ISSN 2284-2934

Fascicolo **2** | 2023

RIVISTA DELLA
Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri

G. Giappichelli Editore

INDICE

Editoriale
La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato
di *Eugenio Bruti Liberati* 252

SAGGI

Dimensioni "eccentriche" dell'impresa bancaria nell'era della sostenibilità 261
di *Laura Ammannati*

Le clausole generali nel diritto pubblico dell'economia 274
di *Margherita Ramajoli*

Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento 295
di *Paola Chirulli*

Le aggregazioni nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica
di *Monica Delsignore* 308

La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali
di *Simone Torricelli* 319

L'*in house providing *fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore
di *Fabrizio Figorilli* 333

COMMENTI

***Corte di Giustizia dell'Unione europea, libertà di stabilimento, limiti al* Golden Power** 355
di *Aldo Sandulli*

Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato 374
di *Andrea Magliari*

Le comunità energetiche quali strumenti di* energy justice *nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive 399
di *Viola Cappelli*

Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'"efficienza energetica prima di tutto" 426
di *Edoardo Nicola Fragale*

Contingentamento delle autorizzazioni per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente: dalla Corte di Giustizia un segnale verso la liberalizzazione del settore? 461
di *Martina Sforna*

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo **2**| 2023

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. Sclafani,
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

Sulla decisione della* Data Protection Commission *irlandese nel caso Meta: il ruolo delle autorità indipendenti nella protezione dei dati personali 484
di *Lorenzo Grossi*

Meta Platforms Inc., già Facebook Inc. v. Bundeskartellamt*: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea apre (finalmente) all'integrazione fra diritto antitrust* e data protection
di *Anna Licastro* 503

COMMENTI

Recensione a Stefano Mannoni – Emiliano Paglia,* Comunicazioni elettroniche Italian Style, *Napoli, Editoriale scientifica, 2022
di *Filippo Donati* 537

La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato

The European Industrial Strategy between targeted public intervention and market dynamics

di *Eugenio Bruti Liberati* *

SOMMARIO: 1. Una politica industriale europea. – 2. Due tratti caratterizzanti della strategia industriale europea. – 3. Le critiche dal versante liberista. – 4. Un intervento pubblico più ambizioso e più pervasivo? – 5. Conclusioni.

1. Una politica industriale europea

È ormai un dato pacifico che in Europa e in larga parte del mondo è oggi in atto una forte ripresa della politica industriale [1].

Dopo oltre trent'anni di prevalenza delle visioni liberiste che assegnavano agli Stati un ruolo circoscritto nella disciplina dell'economia, si torna ad ammettere e talora a sostenere con forza che gli Stati possono e devono intervenire per indirizzare le imprese e le dinamiche di mercato verso esiti socialmente apprezzabili.

Un po' paradossalmente, se si ricordano i contenuti del dibattito svoltosi al riguardo negli anni '90 del '900 e in particolare le tesi sull'implicita abrogazione dell'art. 41, terzo comma, della Costituzione per effetto delle norme sui Trattati, nel nostro contesto europeo è proprio l'Unione, e in particolare la sua Commissione, ad essersi fatta promotrice di questa svolta – l'ennesima svolta nella lunga e complessa storia delle teorie e delle prassi dell'intervento pubblico nell'economia.

Tra gli atti della Commissione europea, quello che più e meglio di altri simboleggia questo fondamentale cambiamento di prospettiva è notoriamente la

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale.

[1] V. al riguardo, tra i moltissimi contributi sul tema, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma,* Il Mulino, 2022; F. BASSANINI-G. NAPOLITANO-L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia,* Bologna, Il Mulino, 2021; K. AIGINGER-D. RODRIK, *Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the XXI Century*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2020, 20, 189 ss.; A. WIGGER, *The new EU industrial policy: authoritarian neoliberal structural adjustment and the case for alternatives,* in *Globalizations*, 2018, 16(3), 353 ss. V. anche il n. 2/2023 della rivista *Il Mulino*, *Serve più Stato*?, nonché E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, I tematici, III, *Funzioni amministrative*, 2022, 654 ss.

Comunicazione sul *Green Deal* europeo del dicembre 2019: nella quale la Commissione si è inequivocabilmente attribuita un ruolo non più solo di regolazione e di promozione dello sviluppo economico europeo, ma anche di governo e di guida dello stesso per indirizzarlo verso gli obiettivi strategici definiti in sede istituzionale [2].

Tale scelta fondamentale – almeno in potenza fondante un diverso ordine giuridico dei mercati – ha poi trovato conferma e sviluppo in molti atti successivi, recanti ulteriori Comunicazioni della Commissione oppure proposte di nuovi regolamenti e direttive, che, riferendosi ad un ambito amplissimo di settori e di temi, hanno più chiaramente definito fini e strumenti della nuova strategia industriale europea [3].

Dato che larga parte di quelle puntuali proposte normative è ancora oggetto di complessi negoziati con il Parlamento e il Consiglio europei [4], e gli esiti degli stessi appaiono oggi solo in parte prevedibili, non sembra utile in questa sede prendere specificamente in esame i contenuti delle stesse.

Appare invece più opportuno, per contribuire al dibattito in corso e in particolare per segnare i confini entro cui tali trattative dovrebbero ragionevolmente muoversi per non compromettere il senso complessivo e gli equilibri di fondo di quella nuova strategia, tornare a considerare le linee essenziali della stessa e i suoi tratti caratterizzanti, evidenziarne i profili maggiormente problematici e valutare le critiche che ad essa sono state rivolte da diversi e anzi opposti punti di vista [5].

---

[2] Comunicazione 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, *Il Green Deal europeo*. Su di essa v. E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Lax Review*, 2022, 59, 19 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 2, 415 ss.; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *RQDA*, 2020, 32 ss.; *Editorial comments*, *The European Climate Law: Making the Social Market economy fit for 55?*, in *Common Market Law Review,* 2021, 58, 1321 ss..

[3] Tra i molti v. in particolare la Comunicazione *A new Industrial Strategy for Europe*, COM(2020) 102 final del 10 marzo 2020; la Comunicazione *Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market*, COM(2021) 350 final del 5 maggio 2021; la Comunicazione *2030 Digital Compass: the European Way for the Digital Decade*, COM(2021) 118 final del 9 marzo 2021; la Comunicazione A Green Deal Industrial Plan for the Net Zero Age, COM(2023) 62 final dell'1 febbraio 2023. Per quanto attiene alle proposte di nuovi regolamenti e direttive, deve innanzitutto citarsi il Pacchetto Fit for 55, recante 13 proposte di regolamenti o direttive, presentato dalla Commissione in data 14 luglio 2021 e diretto a dare attuazione al Green Deal (su cui vedi il Paper "*Il "Fit for 55" unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*", a cura di B. CELATA-G. CAVALIERI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A. GERMANI-A. GIORGI-G. SCARANO, in questa *Rivista*, 1/2022), a cui ha fatto poi seguito una molteplicità di proposte inerenti ancora al Green Deal, alla transizione digitale e alla promozione dell'autonomia strategica dell'Unione Europea.

[4] È bene peraltro ricordare che alcuni segmenti fondamentali della strategia industriale europea sono già stati approvati da Parlamento e Consiglio e sono divenuti quindi norme vincolanti dell'Unione: tra di essi si devono quanto meno ricordare il Regolamento (UE) 12 febbraio 2021, n. 2021/241, recante il Dispositivo per la ripresa e la resilienza; il Regolamento (UE) 30 giugno 2021, n. 2021/1119 recante la Normativa europea sul Clima; i due Regolamenti sul digitale del 14 settembre n. 2022/1925, relativo a "*mercati equi e contendibili nel settore digital*" (c.d. DMA), e n. 2022/2065, relativo a "*un mercato unico dei servizi digitali*" (c.d. DSA); il Regolamento (UE) 2023/851, del 19 aprile 2023, relativo ai limiti emissivi di autovetture e veicoli commerciali "leggeri".

[5] V. già al riguardo, ma in uno stadio meno avanzato di definizione della nuova politica industriale europea, E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, ad vocem, cit.

2. Due tratti caratterizzanti della strategia industriale europea

Dei molti tratti che connotano il nuovo modello di disciplina dei mercati risultante dalle proposte dalla Commissione due sembrano particolarmente meritevoli di essere qui richiamati.

Il primo è il carattere fortemente finalizzato della politica industriale che si sta delineando, con la quale non s'intende più solo promuovere la competitività delle imprese e nemmeno solo sostenere le aree territoriali meno sviluppate – come nei fatti si è sempre continuato a fare anche negli anni in cui a Bruxelles parlare di politica industriale era un tabù –, ma anche indirizzare le imprese verso scelte produttive e commerciali coerenti con le finalità strategiche definite prima dalla Commissione e poi dal legislatore europeo: decarbonizzazione, digitalizzazione e autonomia strategica dell'industria europea [6].

Non si tratta soltanto di sostenere e facilitare lo sviluppo economico, ma di tornare ad orientarlo verso direzioni non necessariamente coincidenti con quelle che sarebbero determinate dalle dinamiche spontanee di mercato.

Riappare l'intervento finalistico dei pubblici poteri, che si affianca, in una relazione ancora largamente da chiarire, a quello condizionale prevalente negli ultimi decenni e in particolare agli interventi di tutela della concorrenza e di regolazione pro-competitiva: il che assume ovviamente rilievo da molteplici punti di vista, ivi incluso quello del disegno concreto degli strumenti nuovi o tradizionali della politica industriale. Evidente è ad esempio la rilevanza di tale connotazione finalistica rispetto al tema – mai risolto in passato – dell'indirizzo strategico delle imprese pubbliche e a quello del carattere automatico o (parzialmente) discrezionale degli incentivi pubblici alle imprese [7].

Nel caso dell'obiettivo della decarbonizzazione, la finalizzazione è talmente forte e pregnante da avere indotto a coniare l'espressione *Green Industrial Policy* [8], anche per sottolineare che, nella nuova strategia di contrasto al cambiamento climatico, quell'obiettivo ha cessato di essere un mero limite esterno delle politiche di sviluppo per divenire un criterio guida – determinante e sostanziale – delle stesse [9] (e in realtà di molte altre politiche pubbliche) [10].

---

[6] V. molto chiaramente, al riguardo, la già citata Comunicazione *Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market*, del 5 maggio 2021.

[7] Su tali temi v., in tempi recenti, A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali,* Napoli, Jovene, 2018; G. NAPOLITANO, *Il "governo" delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?,* in R. GAROFOLI-A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, Nel diritto, 2018, 24 ss.; V. MINERVINI, *Il ritorno dello Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto tra Stato e mercato*, in Merc. Conc. 2020, 471 ss.; BRUTI LIBERATI, *Industria*, ad vocem, cit., 674 ss.

[8] Su cui v., in termini generali, D. RODRIK, *Green industrial policy*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2014, 469 ss.; J.J. MONAST, *The ends and means of decarbonization: the Green New Deal in context*, in *Environmental Law*, 2020, 21 ss.

[9] V. al riguardo MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., 32 ss.; CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, cit., 19 ss.; BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, cit., 415 ss.

[10] Emblematica in tal senso è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, in cui, nel statuire l'illegittimità di un provvedimento del Ministero della Cultura che avrebbe impedito la realizzazione di un impianto che utilizzava una fonte rinnovabile di energia, si è condivisibilmente affermato che "*Gli atti impugnati risultano violativi anche del principio di integrazione delle tutele – riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 TFUE) sia nazionale (art. 3-quater del D.Lgs. n. 152 del 2006) sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e*

Ma anche le finalità di promuovere la transizione digitale del sistema produttivo europeo e la sua (almeno tendenziale) indipendenza strategica sono in grado di incidere fortemente sulle scelte delle imprese e dei loro finanziatori, e richiedono di essere adeguatamente considerate nelle politiche di concorrenza e nella regolazione economica.

Il secondo aspetto essenziale del modello che sta emergendo attiene agli strumenti che almeno allo stato le istituzioni europee sembrerebbero voler utilizzare o far utilizzare dagli Stati membri per conseguire gli obiettivi sopra richiamati.

Appare al riguardo evidente che la Commissione europea non vuole ripercorrere la strada – largamente battuta negli anni '60 e '70 del '900 da molti Paesi europei – della pianificazione autoritativa delle attività d'impresa; e intende invece ricorrere ad una combinazione di misure di *command and control* e di incentivazione – una combinazione complessa e significativamente diversa a seconda dei settori –, destinate comunque lasciare uno spazio significativo alla libertà d'impresa e alle dinamiche di mercato.

È bene essere molto chiari sul punto: le comunicazioni della Commissione e le sue proposte di direttive e di regolamenti, come anche alcuni provvedimenti legislativi già approvati in sede europea, sono ricchi di riferimenti ad atti di tipo programmatorio. Ma tali atti, nella loro attuale configurazione, riguardano tempi, modi ed obiettivi puntuali dell'azione pubblica di incentivazione e di regolazione e non direttamente l'attività delle imprese. Si tratta quindi, come ha sottolineato ad esempio Marco D'Alberti, di una pianificazione indicativa e non vincolante per gli operatori economici, che, sia pure con molti limiti e condizionamenti, restano liberi di decidere come, dove, cosa e quanto produrre.

Non è dunque un modello di organizzazione economica accentrata quello che la Commissione europea sta apparentemente cercando di introdurre. L'indirizzamento delle imprese verso gli obiettivi della decarbonizzazione, della digitalizzazione e della rilocalizzazione in Europa delle attività industriali e commerciali considerate strategiche dovrebbe invece realizzarsi sia rafforzando taluni limiti imperativi allo svolgimento delle attività produttive sia attraverso una pluralità di misure di mercato, promozionali o al contrario disincentivanti, dirette ad incidere sul calcolo di convenienza delle imprese.

La volontà della Commissione e del legislatore europeo di preservare uno spazio adeguato per la libertà di iniziativa degli operatori economici e per le dinamiche di mercato appare evidente, ed emerge anche dalla esplicita salvaguardia delle politiche di concorrenza: che sono ora ovviamente destinate ad essere affiancate dalle politiche industriali e anche a venire in parte aggiornate per tenere conto delle stesse [11], ma che continueranno ad avere un ruolo rile-

---

nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo" (sottolineatura aggiunta).

[11] V. al riguardo F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Politiche di concorrenza e politica industriale: sinergia o conflitto?*, in *Eurojus*, aprile 2023 (con contributi di S. BASTIANON-G. BRUZZONE-D. DIVERIO-G. MUSCOLO-B. NASCIMBENE-M. TAVASSI-E.A. RAFFAELLI-B. SMULDERS)-C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in questa *Rivi-*

vante nel quadro della complessiva strategia economica europea e all'interno dell'ordine giuridico che dovrebbe derivarne [12].

3. Le critiche dal versante liberista

Come chiaramente emerge da quanto si è sopra rilevato, la strategia delineata dalla Commissione europea costituisce un tentativo di conciliare le dinamiche di mercato e il mantenimento di spazi significativi per l'iniziativa delle imprese e per gli investimenti privati con un intervento pubblico assai più marcatamente finalistico rispetto al recente passato. Decarbonizzazione, digitalizzazione e autonomia strategica dell'industria europea sono perseguite dall'Unione con regole e limiti più stringenti e con incentivi e disincentivi più consistenti, oltre che con qualche aggiustamento – in realtà, tutt'altro che privo di problemi – delle regole di concorrenza [13], ma senza approdare ad un assetto imperniato su programmazioni e pianificazioni pubbliche e senza quindi una drastica compressione della libertà di scelta degli operatori economici.

Tale soluzione non poteva non essere criticata, ed è stata in effetti fortemente criticata, sia da chi continua a guardare con sospetto ad un ruolo di governo – e non solo di regolazione e di "facilitazione" – dei pubblici poteri nell'economia, sia da chi, in una prospettiva opposta, auspica un più netto abbandono della originaria matrice ordo-liberale dell'ordinamento europeo.

Dal primo punto di vista, la volontà della Commissione di interferire, direttamente o per il tramite degli Stati, con le dinamiche di mercato – di interferire più incisivamente rispetto a quanto è avvenuto in un recente passato – viene contestata richiamando in servizio, con qualche aggiornamento, larga parte degli argomenti di taglio economico e politologico che avevano determinato il successo del paradigma liberista a partire dalla fine degli anni '80 del '900.

È chiaro che la crisi finanziaria e poi economica del 2008 e più recentemente l'emergenza pandemica e quella climatica hanno per più ragioni indebolito quegli argomenti, a cominciare da quello imperniato sulla presunta capacità del mercato di autoregolarsi. Tuttavia, essi continuano ad avere una

---

sta 1/2021; e, per una riflessione di carattere più generale, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della), ad vocem*, in *Enc. dir.*, I tematici, III, *Funzioni amministrative*, 2022, 292 ss.).

[12] Tale volontà della Commissione è emersa chiaramente anche dalle misure adottate nel corso del 2022 per fronteggiare l'emergenza energetica indotta dalla guerra in Ucraina e in particolare l'eccezionale aumento dei prezzi di gas naturale ed elettricità: di fronte alla propensione di molti Stati membri ad intervenire con misure di controllo dei prezzi all'ingrosso e al dettaglio e con forme di prelievi straordinari sui profitti degli operatori dell'energia, la Commissione e poi il legislatore europeo hanno chiarito che tali tipologie di interventi erano ammissibili in via transitoria ma hanno anche posto agli stessi limiti precisi, per garantirne la coerenza con la il modello di regolazione pro-concorrenziale che continua ad essere accolto a livello europeo (v. in particolare la Comunicazione "*RepowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibil*", COM(2022) 108 final dell'8 marzo 2022; la successiva Comunicazione "*RepowerEU Plan",* COM(2022) 230 final dell'8 maggio 2022; e infine il Regolamento UE n. 2022/1854 del 6 ottobre 2022, recante "*Un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia*"). Appare anche estremamente significativo che la giurisprudenza italiana, chiamata a verificare la legittimità delle misure adottate dal legislatore italiano nel corso dell'emergenza, abbia a sua volta operato con rigore per assicurare la coerenza di quelle misure con il suddetto modello europeo, oltre che il rispetto del principio di legalità (v. in particolare Cons. Stato, VI, ordinanza 22 dicembre 2022, n. 5986; Tar Lazio, Roma, I, sentenza 23 giugno 2023, n. 10695; Tar Lombardia, Milano, I, ordinanza 7 luglio 2023, n. 1744).

[13] V. ancora, al riguardo, gli A. citati sopra alla nota 11.

forte presa su una parte non marginale dell'opinione pubblica e delle forze politiche, sia per il fascino che sempre esercita il loro richiamarsi all'idea della libertà individuale e del merito [14], sia, più prosaicamente, per le enormi risorse finanziarie che i grandi poteri economici privati che di quegli argomenti si sono nutriti in questi ultimi decenni possono riversare nel circuito mediatico e politico [15].

Gli ostacoli che questi grandi poteri privati – oggi, *in primis,* finanziari e digitali – possono frapporre al tentativo delle istituzioni europei e di alcuni Stati di riassumere la guida dello sviluppo sono ovviamente molto consistenti [16] ed essi sono chiaramente visibili anche nelle negoziazioni in corso, nelle sedi istituzionali e al di fuori delle stesse, sulle proposte normative della Commissione attuative della *Green Industrial Policy* [17].

Non possono esserci dubbi, al riguardo, sul fatto che solo la dimensione europea, e non certo quella dei singoli Stati membri, potrà forse consentire ai poteri pubblici di fronteggiare e superare tali resistenze. È quindi chiaro che l'effettivo prevalere del modello di disciplina dei mercati di cui si sta qui discutendo dipende anche, in larga misura, dalla crescita dell'integrazione europea [18].

4. Un intervento pubblico più ambizioso e più pervasivo?

Il secondo, opposto, punto di vista da cui la nuova strategia industriale europea viene contestata è quello di chi la reputa troppo poco ambiziosa negli obiettivi e troppo poco incisiva negli strumenti: quella di chi vorrebbe che l'Unione europea abbandonasse del tutto la sua matrice ordo-liberale e indi-

[14] Per una riflessione critica sull'estremizzazione dell'idea di libertà individuale nel modello neo-liberista (e per una sua riformulazione in una prospettiva più attenta alle esigenze di coesione sociale) v. C. GIACCARDI-M. MAGATTI, *Super società. Ha ancora senso scommettere sulla libertà?*, Il Mulino, Bologna, 2023.

[15] È sempre utile al riguardo l'analisi svolta da S. GEORGE, *L'America in pugno*, Feltrinelli, Milano, 2008.

[16] Sul tema dei grandi poteri economici privati – dell'influenza che essi sono in grado di esercitare non solo sul funzionamento dell'economia ma anche su quello delle istituzioni democratiche e dei modi per contenerla e ridurla – v. i contributi pubblicati su *Diritto Pubblico* n. 3/2021. V. anche al riguardo L. AMMANNATI, *I "signori" nell'era dell'algoritmo,* ivi, 2/2021, 381 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, ivi, 1/2023, 285 ss.; M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi,* Il Mulino, 2022.

[17] Le cronache provenienti in questi mesi da Bruxelles forniscono molti esempi di tali resistenze: ad esempio, rispetto alla normativa diretta ad imporre l'abbandono entro una data determinata (2035) dei combustibili fossili nel trasporto automobilistico (riguardo al quale si è comunque riusciti a pervenire all'emanazione del già citato Regolamento (UE) 2023/851, del 19 aprile 2023), o rispetto a quelle finalizzate a porre limiti imperativi al consumo del suolo per fini di produzione agricola e ad obbligare al recupero degli ecosistemi. Il che non significa, naturalmente, che tutte le opposizioni all'attuazione – o all'attuazione sollecita – del Green Deal siano riconducibili a grandi poteri economici e finanziari, perché è evidente che la resistenza al cambiamento deriva anche da paure e preoccupazioni relative ai costi sociali dei processi di riconversione produttiva che esso comporta (v. al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Lotta al cambiamento climatico e sostenibilità ecologica e sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2022, 4, 546 ss.).

[18] Sul tema v. le recenti riflessioni di G. AMATO-F. BASSANINI-C. DE VINCENTI-P. GUERRIERI-M. MESSORI-P.C. PADOAN-R. PERISSICH-G.L. TOSATO, *La governance economica dell'Unione europea nel nuovo scenario geopolitico: un'agenda di policy*, Astrid Paper, marzo 2023.

rizzasse con decisione (anche) la sua politica industriale verso obiettivi di uguaglianza sostanziale e di coesione sociale; e vorrebbe altresì che a tale scopo essa riducesse drasticamente il ricorso a meccanismi di mercato in favore di pianificazioni e programmazioni autoritative e di un più largo utilizzo delle imprese pubbliche.

Al riguardo, è difficile, almeno per chi scrive, non simpatizzare con chi richiama i pubblici poteri a prendere nuovamente sul serio quel progetto di trasformazione e crescita civile, volto appunto a promuovere una più effettiva eguaglianza sostanziale e una maggiore coesione sociale, che nel nostro Paese è riassunto dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione. Ed è anzi senz'altro opportuno sottolineare con forza la necessità che l'Unione Europea decida e promuova attivamente un cambiamento profondo delle sue politiche nella direzione della sostenibilità sociale, con uno sforzo analogo a quello che si sta cercando di realizzare rispetto alla sostenibilità ambientale e climatica.

Ma non sembra che a tale scopo sia opportuno utilizzare gli strumenti della politica industriale, e tanto meno quelli della politica di concorrenza o della regolazione economica. Come ha scritto ad esempio L. Khan riferendosi alla disciplina antitrust ma con considerazioni che sembrano valere anche per gli altri strumenti istituzionalmente volti a promuovere l'efficienza del sistema economico, piegare i medesimi a fini diversi da quelli che gli sono propri implica un rischio elevato di alterarne il funzionamento e di non ottenere risultati apprezzabili né dal punto di vista della produzione della ricchezza né da quello della sua redistribuzione [19].

D'altra parte, l'esperienza concretamente svoltasi in Italia e in molti altri Paesi europei negli anni '70 e '80 del '900 mostra con chiarezza gli esiti negativi di un'impropria commistione tra interventi di politica industriale e di politica sociale.

Il bilancio di tale stagione, come ha rilevato anche Giuliano Amato [20], non è stato positivo, non solo perché l'intervento pubblico sui mercati aveva assunto dimensioni molto estese con una corrispondente, spesso eccessiva compressione della libertà d'impresa, ma anche e soprattutto perché esso, pur se mosso almeno in origine da apprezzabili finalità politico-sociali, aveva finito per assumere tratti di arbitrarietà, discriminatorietà e inadeguatezza tecnica incompatibili con basilari esigenze di efficienza economica nel funzionamento dei mercati.

Ha certo ragione W. Streeck quando scrive che in quegli anni il grande capitale si è ritratto dagli investimenti produttivi perché non accettava la limitazione dei suoi profitti derivante dal forte controllo pubblico dell'economia [21], e così ha fatto sino a quando non è riuscito – con un lavoro di decenni presso le università e le opinioni pubbliche di tutto il mondo [22] – a far prevalere il paradigma liberista, che ha riconosciuto pienamente, fino a trasformarlo in dogma, il suo obiettivo di massimizzazione del profitto.

---

[19] V. L. KHAN, *The new Brandeis Movement: America's Antimonopoly debate*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 9, 3, 2018, p. 131 ss. V. anche, nello stesso senso, G. BRUZZONE, *I rapporti tra politiche di concorrenza e politica industriale nella strategia europea per la crescita*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Politiche di concorrenza e politica industriale: sinergia o conflitto?*, cit., 16 ss.

[20] V. ancora AMATO, *Bentornato Stato, ma,* cit.

[21] W. STREECK, *Tempo guadagnato,* Feltrinelli, 2013.

[22] V. ancora sul tema S. GEORGE, *L'America in pugno*, cit.

Ma è anche giusto ammettere che un contesto di politica industriale che prevede e comunque ammette interventi dei pubblici poteri arbitrari, non imparziali e largamente sganciati da criteri di razionalità economica è oggettivamente poco attrattivo per gli investimenti privati e per lo sviluppo delle iniziative imprenditoriali.

5. Conclusioni

Il tentativo della Commissione europea di costruire un modello di politica industriale significativamente finalistico – in cui l'obiettivo della decarbonizzazione risulta particolarmente pregnante, ma anche quelli della trasformazione digitale e della difesa dell'autonomia strategica dell'industria europea appaiono esplicitamente perseguiti – ma compatibile con le dinamiche concorrenziali e con lo stimolo alle iniziative d'impresa e gli investimenti privati sembra in definitiva meritevole di essere sostenuto.

È un tentativo che non poteva non incontrare opposizioni e resistenze molto forti, anche per la sfiducia di molti nella capacità degli Stati e dell'Unione Europea di accompagnare la grande trasformazione socio-economica che quegli obiettivi comportano con misure di sostegno e protezione sociale idonee a socializzare in misura significativa i costi e i sacrifici che non poche aree territoriali dovranno sostenere [23].

Si torna così al tema – sopra richiamato – del governo e della regia complessiva dello sviluppo, che la Commissione ha finalmente rivendicato per sé e per gli Stati e che occorre ora difendere e valorizzare. Tenendo ben presente che, come si è sopra sottolineato, le finalità di promozione dell'eguaglianza sostanziale e della coesione sociale devono essere perseguiti principalmente con strumenti diversi da quelli della politica industriale e della concorrenza: *in primis*, con politiche fiscali e del lavoro e ovviamente con interventi di politica sociale.

Questo non esclude, naturalmente, che le misure preordinate allo sviluppo e all'efficienza del sistema economico debbano essere definite in modo tale da garantirne pienamente la compatibilità con le esigenze di sostenibilità sociale. Ma, da un lato, questo non può in nessun modo esaurire l'ambito degli interventi diretti a garantire coesione e giustizia sociale – che richiedono ora ben altro impegno e mobilitazione anche da parte delle istituzioni europee [24] –, dall'altro, non può tradursi in un'alterazione dei caratteri sostanziali di quelle misure.

---

[23] In realtà, l'Unione Europea ha già istituito o rafforzato diversi fondi diretti a sostenere le aree territoriali (e i settori produttivi) interessati, tra cui innanzitutto il *Just Transition Fund*, istituito con il Regolamento (UE) 2021/1056, che ha una dotazione complessiva di 17,5 miliardi di euro per il periodo 2021-2027 (in parte finanziati nell'ambito di NewtGenerationEU) ed è diretto a sostenere anche il recupero dei siti industriali, la riqualificazione dei lavoratori e l'assistenza tecnica (oltre che investimenti finalizzati alla riduzione delle emissioni e all'adozione di tecnologie per l'energia pulita).

[24] È significativo, al riguardo, il dibattito che si è avviato sul tema della produzione ed erogazione di beni pubblici europei, anzitutto nel campo del welfare, dell'educazione e della cultura (su cui v. ad esempio M. Buti, *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempo di crisi,* Bocconi University Press, 2023). Ma la consapevolezza che è urgente intervenire attivamente sulle aree di disagio sociale ed economico, anche per ridurre il consenso di cui godono in molti Paesi europei i movimenti populisti e illiberali, non sembra ancora sufficientemente diffusa.

Confondere i piani di riflessione e di intervento è sempre insidioso: quando nei primi anni ’40 del ’900, Beveridge chiese aiuto a Keynes per realizzare il suo piano straordinario di riforma ed estensione del Welfare, non gli domandò di progettare interventi di politica industriale, ma (solo) di aiutarlo a garantire la sostenibilità finanziaria del progetto [25].

Un esempio di collaborazione tra scienze umane e tra accademia ed azione politica che sarebbe bene seguire più largamente anche oggi.

[25] V. R. SKIDELSKY, *John Maynard Keynes*, vol. III, *Fighting for Freedom*, Viking, New York, 2001, 267.

Dimensioni "eccentriche" dell'impresa bancaria nell'era della sostenibilita'*

"Eccentric" dimensions of banking in the age of sustainability

di *Laura Ammannati*[**]

ABSTRACT

L'articolo analizza i recenti mutamenti che hanno interessato il mercato finanziario e bancario prodotti dalla crescente rilevanza di fattori esogeni come, tra l'altro, il cambiamento climatico o la tutela dell'ambiente. Dopo aver ricordato le numerose fonti dell'Unione europea riguardo il finanziamento della transizione verde (la cd finanza sostenibile) e gli obblighi informativi degli operatori finanziari, lo scritto si concentra in particolare sulla trasformazione dell'attività bancaria ed i nuovi rischi conseguenti alla integrazione dei fattori Environmental, Social, Governance (ESG). Infine dà conto di alcune delle sfide che la banca deve affrontare per l'adeguamento della sua attività al requisito della sostenibilità.

This article analyses recent changes in the financial and banking market due to the increasing relevance of exogenous factors such as climate change or environmental protection. First of all it describes the numerous EU sources on funding the green transition (the so called sustainable finance) and on the financial operators' information duties. Moreover it focuses on the change of banking activity and the new risks resulting from integrating Environmental, Social, Governance (ESG) factors. Finally it debates some challenges which banks must face to adjust their activities to the sustainability requirement.

SOMMARIO: 1. Qualche elemento di contesto. – 2. Attività bancaria e integrazione dei fattori ESG. Brevi cenni. – 3. Un diverso modello di banca nella dimensione dell'economia sostenibile?

1. Qualche elemento di contesto

1.1. In tempi recenti i mercati finanziari ed in particolare il sistema bancario sono stati influenzati in modo crescente da una serie di fattori esogeni, dalla pandemia al *climate change*, dai *big data* alla transizione verde ed alla economia sostenibile, che stanno generando situazioni impreviste e nuovi rischi. In questo contesto, oltre al ruolo dirompente dell'innovazione digitale (che non

* Questo scritto ripropone con alcune modifiche e l'inclusione delle note la relazione presentata al convegno "*Banche, Europa e sviluppo economico. Convegno in memoria del Prof. Franco Belli*, Università di Siena, Siena, 4-5 maggio 2023.

** Professoressa di Diritto dell'economia – Università di Milano Statale.

è oggetto di questo lavoro), è emerso come elemento onnicomprensivo il fattore ambientale che ormai attraversa ogni ambito della vita economica e sociale.

Il rilievo che la qualità dell'ambiente ha assunto per la vita degli individui sta conducendo il bene ambientale verso il centro della dimensione normativa e regolatoria sottraendolo alla iniziale irrilevanza giuridica e politica.

Ne è testimonianza il progressivo interesse dei legislatori costituzionali per l'ambiente (il fenomeno del c.d. *environmental constitutionalism*, come qualcuno lo ha definito) che ha condotto alla modifica costituzionale con l'inserimento della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi tra i principi fondamentali della Costituzione [1]. Si tratta certamente di una decisione di grande momento nonostante le non indifferenti critiche in merito alla superfluità della revisione stessa in quanto il suo contenuto fondamentale sarebbe stato già rintracciabile nella giurisprudenza costituzionale [2].

Comunque proprio dalla revisione costituzionale possiamo trarre due elementi fondamentali per l'economia del nostro discorso. Da una parte, la nuova versione dell'art. 9 della Costituzione con la definitiva assunzione dell'ambiente a principio fondamentale introduce e valorizza anche il tema della responsabilità intergenerazionale. Così che "la costituzionalizzazione delle generazioni future recupera implicitamente tutto l'*acquis* legato allo sviluppo sostenibile" [3], dal momento che il principio ha origine dall'obiettivo di evitare lo scollamento tra gli interessi delle generazioni presenti e di quelle future. Come ricordato in tutta la letteratura su questi temi, il celebre "rapporto *Brundland*" del 1987 ha elaborato il concetto di "sviluppo sostenibile", precisando che uno sviluppo è sostenibile se in grado di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri» [4].

---

[1] Su questi temi v. l'interessante contributo di R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giur. Econ.*, 1, 2022 (doi: 10.1433/104828), nel quale si fa riferimento al nuovo filone di studio denominato *environmental constitutionalism* (per questo v. E. DALY-J.R. MAY, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Implementing Environmental Constitutionalism. Current Global Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 1); e tra i numerosi contributi precedenti e successivi alla approvazione della legge Cost. n.1/2022, v. M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti,* in *Rivista AIC,* 2, 2023 (*https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/marco-benvenuti/la-revisione-dell-articolo-41-commi-2-e-3-della-costituzione-i-suoi-destinatari-e-i-suoi-interpreti*).

[2] V. con riferimento a questo approccio R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?,* in *federalismi.it*, 13, 2022; e L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, ES, Napoli, 2022; M. DELSIGNORE-A. MARRA- M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2022, dove tra l'altro si riconosce, come effetto della riforma, un rafforzato ruolo del legislatore per una tutela efficace di lungo periodo dell'ambiente; sottolinea una scarsa capacità innovativa E. MOSTACCI, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *DPCE Online*, 2022 (*https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1628*).

[3] R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive,* cit., p. 21.

[4] Il *Report of the World Commission on Environment and Development*, *Our common future*, United Nations, 1987, in partic. p. 37. Sul dibattito in corso da qualche lustro sui diritti delle generazioni future, v. R. BIFULCO-A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale,* Jovene, Napoli, 2008; e ancora un approccio interessante nel contributo di G. LEMME, *Libertà di iniziativa economica e diritto delle generazioni future*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 341 ss.

Dall'altra, oltre l'intervento sui principi fondamentali, gli effetti più evidenti sono prodotti dal secondo comma dell'art. 41 della Costituzione, che introduce il tema del "danno" "alla salute, all'ambiente", e dal terzo comma che, oltre i fini sociali, introduce anche quelli "ambientali", per cui l'ambiente si pone come limite all'iniziativa economica sia pubblica che privata nel senso di promuovere politiche e strategie orientate alla tutela dell'ambiente (come le politiche di economia circolare) e al perseguimento di una transizione industriale verde [5].

In più la revisione costituzionale ha offerto un solido fondamento giuridico per la partecipazione al *Green Deal* [6], cioè a quel patto ambientale, come è stato definito, che pone le basi affinché l'Unione europea possa raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. In un contesto di questo tipo qualsiasi iniziativa economica non può sottrarsi al rispetto dell'ambiente e dell'ecosistema in quanto condizionata dal principio "*do no significant harm*" (DNSH) come dichiarato dal reg. 852/2020 sulla tassonomia che si pone come un requisito essenziale di ecosostenibilità per l'allocazione delle risorse [7].

1.2. Il riferimento al *Green Deal* è cruciale in quanto, proprio per il perseguimento degli obiettivi che lo connotano, si colloca nel solco degli interventi delle istituzioni europee indirizzati a guidare le imprese verso attività sostenibili. In effetti la Commissione qui ribadisce come il finanziamento della transizione richieda il coinvolgimento dei capitali privati attraverso il mercato [8]. Sebbene il quadro sia in continua evoluzione ricordiamo che nel 2018 la Commissione ha presentato un Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile [9] gettando così le basi della transizione verso mercati finanziari sostenibili successivamente rafforzate nella Strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile del 2021 [10]. In sintesi sembrano emergere tre prin-

---

[5] Senza pretesa di dare conto della ormai ampia letteratura giuridica su questi temi, ricordo, tra l'altro, in generale sulla rivoluzione verde dell'economia B. CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Wolters Kluwer, Milano, 2021; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il dir. econ.*, 1, 2019; sull'economia circolare M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in Il *dir. econ.*, 3, 2019; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost*., in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2020; e ID., *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare*? in *Dir. Amm*., 2017. Sul nesso tra politica industriale e transizione verde, v. in partic. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economia europea e assetti di governance*, in *Dir. Pubbl.* 2, 2021; ID., *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2022.

[6] Comunicazione della Commissione europea del 11.12.2019, *Il Green Deal europeo,* COM(2019) 640 final.

[7] Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 (cd. *Taxonomy Regulation*) *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088* (v. in partic. artt. 3 lett. b); 9 e 17). Riguardo le modifiche al Regolamento (UE) 2019/2088 *relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari* (su cui ritorneremo in seguito) rileva l'attribuzione alle Autorità europee di vigilanza del potere di formulare norme tecniche di regolamentazione per specificare gli ambiti del principio "non arrecare un danno significativo" al fine di individuare gli investimenti sostenibili (per la definizione, v. art. 2, punto 17 del reg. 2088).

[8] V. L. AMMANNATI - A. CANEPA*, Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica*, in *Riv. Trim. Dir. Ec*., supplemento n.4/2022, p. 154 s.

[9] Comunicazione della Commissione Europea del 18.3.2018, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM/2018/97 final.

[10] Comunicazione della Commissione Europea del 6.7.2021, *Strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile,* COM (2021) 390 final.

cipali finalità da perseguire: 1) favorire un ri-orientamento dei capitali verso investimenti di lungo periodo [11]; 2) integrare la sostenibilità nella gestione del rischio; e 3) incrementare la trasparenza anche attraverso l'introduzione di una tassonomia dei prodotti finanziari in base alla loro capacità di raggiungere gli obiettivi di sostenibilità.

Questi documenti hanno segnato l'apertura di un "cantiere normativo" per la finanza sostenibile caratterizzato da una crescita esponenziale di norme e fonti, in particolare di *soft law* [12], e strutturato su due percorsi principali: il primo riguardante il fattore informazione declinata in diverse accezioni; l'altro relativo al dispiegamento dei fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*) nelle attività degli operatori finanziari e non e nei prodotti di investimento.

Sul versante dell'informazione un punto di riferimento essenziale è il regolamento 2088/2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFDR) che ha richiesto agli operatori dei mercati finanziari obblighi di comunicazione al mercato per migliorare la qualità delle informazioni e la comparabilità tra prodotti finanziari sotto il profilo delle politiche di sostenibilità adottate [13].

Inoltre, a breve, con il recepimento e l'attuazione da parte degli Stati membri della direttiva sulla rendicontazione societaria di sostenibilità [14] (CSRD), approvata lo scorso dicembre, sarà possibile l'introduzione di una metodologia comune per la rendicontazione di sostenibilità delle imprese. Così i mercati potranno accedere ad informazioni in materia di ESG affidabili e comparabili al fine di indirizzare il capitale privato e gli investimenti al finanziamento della transizione verde e sociale in connessione con attività allineate alle indicazioni della tassonomia e coordinando gli obblighi di trasparenza indicati qui con quelli imposti dal SDFR.

La direttiva prevede l'introduzione di obblighi di comunicazione dettagliati e garantisce che le grandi imprese e successivamente anche le PMI quotate siano tenute a comunicare informazioni in merito alle questioni di sostenibilità, come i diritti ambientali, i diritti sociali, i diritti umani e fattori di *governance*. Con la promulgazione della CSRD, le imprese dovranno presentare osservazioni circa il modo in cui il proprio modello aziendale influenza la loro sosteni-

---

[11] Nel quadro degli investimenti socialmente responsabili si può distinguere tra finanza sostenibile o socialmente responsabile, dove l'investimento valuta i rischi ambientali o sociali nei processi decisionali nell'intento di contenere il rischio finanziario e la cd finanza d'impatto ("*impact investing*") che fa dell'impatto ambientale o sociale la ragione principale dell'investimento stesso (su questo, in partic. D. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds. fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali,* in *Banca Impresa Società*, 1, 2021, p. 115 ss.; e J.B. BERK, J. H VAN BINSBERGEN, *The Impact of Impact Investing*, in *Law & Economics Center at George Mason University*, Scalia Law School Research Paper Series n. 22-008 (*http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3909166*), 9 giugno 2022).

[12] Per una attenta ricostruzione del quadro dell'Unione europea, v. A. BROZZETTI, *Profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale,* in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale,* cit., p. 200 ss.

[13] Il regolamento ha un campo di applicazione ampio formato dai "partecipanti ai mercati finanziari" (banche, imprese di investimento, assicurazioni, enti pensionistici, fondi di investimento) e dai soggetti che offrono raccomandazioni di investimento (consulenti finanziari). Per un esame approfondito del regolamento, v. P. COPPOTELLI, *La strategia europea sullo sviluppo sostenibile. In particolare, la finanza sostenibile e le modifiche al quadro regolamentare europeo*, in *Analisi Giur. Econ.*, 1, 2022, p. 298 ss.

[14] Direttiva (UE) 2022/2464 del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda *la rendicontazione societaria di sostenibilità*.

bilità e, in aggiunta, come i fattori di sostenibilità esterni (in primo luogo il cambiamento climatico e i diritti umani) orientano la loro attività.

In breve, gli obblighi di comunicazione non finanziaria, nella interazione tra SFDR e CSRD, producono un flusso di informazioni in merito alla sostenibilità a favore di un numero crescente di soggetti (soci, investitori, analisti, agenzie di rating, ed anche consumatori). Questa interazione è imperniata su due elementi inscindibili. Per un verso, che le società forniscano agli investitori e agli altri soggetti del mercato le informazioni necessarie; per un altro, che siano disponibili informazioni affidabili e comparabili sulla sostenibilità.

Comunque, come sempre in caso di rilevanti obblighi di *disclosure*, appare necessario evitare fenomeni di *information overload* negativi proprio per i principali attori del mercato [15].

Le conseguenti strategie di investimento sono strettamente connesse all'approccio del *green deal* e all'obiettivo prioritario della necessaria dissociazione tra crescita economica e uso delle risorse per cui la transizione non può che affidarsi ad un modello più adeguato di utilizzo delle risorse che non sia una semplice revisione di quello tradizionale ma segni un incisivo cambio di passo [16].

1.3. Ritornando ora alle trasformazioni provocate sui mercati finanziari e in particolare sulle banche dal peso crescente della transizione verso la sostenibilità, si assiste ad una progressiva estensione e diversificazione degli interessi che influiscono sull'orientamento del flusso degli investimenti.

Al di là dei casi in cui i fattori ESG rappresentano un obiettivo di investimento, come nel caso delle obbligazioni verdi europee (EuGB) sulla cui creazione è stato raggiunto a fine febbraio un accordo provvisorio [17], interessi terzi nuovi e non tradizionali fanno il loro ingresso a tutti i livelli operativi, da quello dei rapporti con i clienti a quello dei decisori delle diverse strategie ai quali è

---

[15] Il tema è da sempre al centro del dibattito sulla regolazione anche in considerazione della limitata capacità degli individui di processare grandi quantità di informazioni e per imprese e istituzioni di predisporre strategie di *compliance* verso una massa crescente di obblighi (v. le considerazioni generali di A. I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p.121 ss.; e R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice,* OUP, Oxford, 2012, p.119 ss.).Sulla necessità che l'informativa sulla gestione del rischio di sostenibilità sia sintetica e standardizzata, v. M COSSU, *Tassonomia finanziaria e normativa dei prodotti finanziari sostenibili e governo societario*, in *Banca Impresa Società*, 2, 2022, p. 447 s. (doi: 10.1435/105421).

[16] Sulla dissociazione tra crescita economica e uso delle risorse v. innanzitutto la "Normativa europea sul clima" (Regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno *2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica* e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999) al considerando 1 e poi ancora al considerando 1 della Direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità: "Il Green Deal intende dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse e garantire che tutte le regioni e tutti i cittadini dell'Unione partecipino a una transizione socialmente giusta verso un sistema economico sostenibile, affinché nessuna persona e nessun luogo siano esclusi".

[17] Il mercato dei *green bonds* è cresciuto negli ultimi anni sia per quantità delle emissioni che per qualità degli emittenti in misura proporzionale all'incremento della lotta istituzionale al cambiamento climatico. V. sul tema innanzitutto, N. MARAGOPOULOS, *Towards a European Green Bond. A Commission's proposal to promote sustainable finance*, EBI Working papers, 2021, n. 103 (*https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3933766*); e ancora C. MARASCO, *Il mercato dei green bond alla prova della disciplina europea*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, supplemento al n. 4/2022, p.335 ss.; M COSSU, *Tassonomia finanziaria e normativa dei prodotti finanziari sostenibili e governo societario*, cit., p. 448 ss.

richiesta l'integrazione dei fattori ESG nella stessa procedura di decisione. Ma su questo torneremo più avanti.

La 'valanga' normativa che si sta abbattendo in modo alluvionale sull'area che possiamo indicare come economia sostenibile si pone giustamente quale obiettivo di promuovere la transizione ecologica dell'economia. Tuttavia legislatori e regolatori sembrano dimenticare che l'obiettivo di introdurre regole uniformi per la gestione dei fattori ESG e dei rischi connessi, sebbene sia un passaggio importante, non è decisivo se non si pone mano alla definizione di un nuovo "codice culturale" [18] capace di 'conformare' i comportamenti degli operatori e dei consumatori e le logiche dell'attività finanziaria.

Comunque lo stesso quadro normativo relativo alla finanza sostenibile è, nonostante la sovrabbondanza normativa, ancora incompleto e incerto: in particolare dal punto di vista di una prima standardizzazione delle caratteristiche di sostenibilità ESG dei prodotti di finanza sostenibile [19] come da quello dell'individuazione delle metriche per procedere ad una "misurazione" della stessa sostenibilità, il cd rating ESG.

Non possiamo qui affrontare in dettaglio questo tema. Tuttavia è forse utile ricordare che sebbene alcuni problemi giuridici appaiono simili a quelli presenti in tema di rating creditizio, le specificità dell'oggetto della valutazione ci conduce a escludere l'applicazione della normativa esistente, nonostante che le agenzie di rating del credito abbiano in anni recenti investito risorse per sviluppare le competenze in materia di ESG anche con l'acquisizione di fornitori ESG specializzati. Hanno così contribuito alla formazione di agenzie di rating ESG o 'di sostenibilità' che, in analogia con le CRAs, hanno il compito di colmare il gap informativo tra investitori e operatori di mercato [20].

È perciò opinione condivisa che queste lacune normative lasciano spazio a condotte di *greenwashing* che non si limitano soltanto all'atto della comunicazione non finanziaria ma coinvolgono i vari passaggi dell'attività. La necessità di procedere ad una analisi più attenta di questa tipologia di rischio è confermata nella Sustainable Finance Roadmap 2022-2024 dell'ESMA laddove è indicata come una delle priorità della vigilanza [21].

---

[18] Per questa espressione, v. G. SCHNEIDER, *Per un approccio sostanziale alla finanza sostenibile: il greenwashing sotto la lente del rischio di condotta*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, supplemento al n. 4/2022, p. 226.

[19] Sul tema della standardizzazione, v. tra l'altro, A. BROZZETTI, *Profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 248 s.; M. SIRI - S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2020, p. 15 ss.; A. AMELZADEH - G. SERAFEIM, *Why and How Investors Use ESG Information: Evidence from a Global Survey*, in *Fin. Analysts J.,* 2018 (*https://ssrn.com/abstract=2925310*); e più in generale, L. ENRIQUES - S. GILOTTA, *Disclosure and Financial Market Regulation*, in E. FERRAN - N. MOLONEY - J. PAYNE (eds), *The Oxford Handbook on Financial Regulation,* Oxford University Press, Oxford, 2015.

[20] Per una ampia trattazione, v. S. MICHIELIN, *Misurare la sostenibilità: note introduttive e inquadramento del problema. Il ruolo del rating ESG*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2022. Sul tema delle discordanze nella valutazione dei *ratings* tra le diverse società e agenzie e sulle rilevanti conseguenze per gli investimenti, v. F. BERG, J. F. KOELBEL, R. RIGOBON, *Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings*, in *Rev. of Finance*, 2019 (*https://ssrn.com/abstract=3438533*).

[21] ESMA, *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, 10 February 2022 | ESMA30-379-1051, dove il termine *greenwashing* è definito in relazione a "market practices whereby the publicly disclosed sustainability profile of an issuer and the characteristics and / or objectives of a financial instrument or a financial product and the related processes do not properly reflect the underlying sustainability risks and impacts" (in partic. p. 11 ss.).

1.4. Considerando da un altro punto di vista il disegno del modello di crescita e di sviluppo delineato dalla comunicazione sul *Green Deal* e dalla normativa europea sul clima è evidente che questo richiede una riforma economica e sociale diretta a ridimensionare le pretese di auto-regolazione dei mercati e a riconoscere allo stato il ruolo di indirizzare il mercato al raggiungimento di fini sociali. Richiede in breve sia un cambiamento culturale che un diverso modo di impostare il rapporto tra attività di impresa e ambiente esterno.

È noto a chi si occupa di regolazione che uno dei classici fallimenti del mercato riguarda proprio le esternalità negative cioè il fatto che l'impatto dell'impresa sull'ambiente circostante non è internalizzato nel prezzo così che i suoi risultati non sono condizionati dalle esternalità negative che essa produce [22].

Questo epocale fallimento del mercato richiede ormai interventi urgenti e indifferibili. Infatti l'emergenza climatica sta imponendo, potenzialmente su scala globale, interventi regolatori finalizzati ad internalizzare la sostenibilità.

Non è un caso che la stessa Commissione europea negli Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario faccia costante riferimento all'«impatto della […] attività [dell'impresa]» precisando, per un verso, che ‹‹le informazioni relative al clima devono essere comunicate se necessarie alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati e della sua situazione. Questa prospettiva è quella che di solito interessa maggiormente gli investitori››. E, per un altro, che il riferimento all'«impatto della […] attività [dell'impresa]» rimanda alla rilevanza ambientale e sociale. Perciò ‹‹le informazioni relative al clima devono essere comunicate se necessarie alla comprensione dell'impatto esterno dell'impresa. Questa prospettiva è quella che di solito interessa maggiormente i cittadini, i consumatori, i dipendenti, i partner commerciali, le comunità e le organizzazioni della società civile›› [23]. Tuttavia gli stessi investitori ricercano informazioni sull'impatto climatico per misurare meglio l'incidenza dei propri portafogli sul clima.

Sebbene non sia possibile qui riflettere sulla nozione di regolazione mi pare comunque utile osservare come, anche nel contesto del nostro discorso, è evidente la crisi dei tradizionali fondamenti della regolazione finora costruita come un meccanismo tipicamente reattivo nei confronti dei fallimenti o dei rischi del mercato. Anche qui la regolazione sembra uscire per cosi dire da un'ottica "rimediale" per porsi come meccanismo funzionale alla transizione indirizzandola e condizionando i comportamenti necessari per il suo successo [24].

---

[22] In generale, v. sulla inefficienza dei mercati nella valutazione della sostenibilità dell'attività di impresa, cfr. S. CAPPIELLO, *Impresa, società, e mercato finanziario sostenibili: chi decide e sulla base di quali informazioni?,* in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 4, 2022, p. 470 ss.

[23] Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: Integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima* (2019/C 209/01), p. 4.

[24] Sul superamento di una logica "rimediale" a favore di una prospettiva funzionale ad accelerare la transizione economica, M. PASSALACQUA, *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *An. Giur. Econ.*, 1, 2022, p. 30 s.; e G. LUCHENA, *Il "nuovo" intervento pubblico nell'economia: come sistema di deroghe e come co-programmazione a impulso europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, suppl. n. 4, 2022, p. 71.

2. Attività bancaria e integrazione dei fattori ESG. Brevi cenni

Potremmo a questo punto chiederci quale ruolo può svolgere la banca e quali obiettivi si prefigurano per la sua attività nel quadro di una transizione verso un'economia sostenibile. In effetti il fatto che la banca sia in grado di far fluire fondi verso determinati settori ed anche di condizionare i soggetti finanziati definisce, almeno in parte, il suo ruolo nel promuovere il passaggio dell'economia alla sostenibilità.

A questo proposito mi pare utile ricordare alcune iniziative internazionali, anche queste fondate sui principi di trasparenza e reporting, come la Task Force on Climate-related Financial Disclosure (TCFD) istituita dal Financial Stability Board (FSB) già nel 2015 con l'obiettivo principale di analizzare i rischi finanziari legati ai cambiamenti climatici e incoraggiare la consapevolezza e la trasparenza delle imprese finanziarie in merito a questi stessi rischi. La Task Force ha elaborato una serie di raccomandazioni divenute nel tempo un punto di riferimento a livello internazionale per migliorare la coerenza, la qualità e la comparabilità delle informazioni divulgate dalle istituzioni pubbliche e private con la definizione di una *global baseline* per la rendicontazione di sostenibilità.

E più di recente il Network of Central Banks for Greening the Financial System (NGFS) ha elaborato raccomandazioni, linee guida e scenari climatici, per promuovere da parte di banche centrali, supervisori e operatori di mercato l'integrazione dei fattori climatici e ambientali nelle rispettive attività e procedure di gestione del rischio [25].

E ancora potremmo ricordare, senza pretese di completezza, il documento dell'OECD su ESG Investing and Climate Transition pubblicato nel 2021 così come l'Interim Report del FSB del 2022 e inoltre, nello stesso anno, il Report pubblicato dalla piattaforma FinanceMap su Finance and Climate Change [26].

Peraltro in questa fase iniziale di transizione verso la sostenibilità le banche sembrano incoraggiate dalle stesse autorità di settore ad adottare un nuovo modello di business che ha come presupposto e come obiettivo politiche di investimento secondo criteri ESG, cioè ad incentrare su questi e sui rischi bancari connessi la prospettiva di un "riposizionamento strategico" [27].

Riguardo la posizione delle autorità può aver senso rileggere il documento

---

[25] V. a proposito *NGFS, Climate-related litigation: Raising awareness, about a growing source of risk,* November 2021 *(https://www.ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/climate_related_litigation.pdf).*

[26] OECD, *ESG Investing and Climate Transition: Market Market-practices-issues-and-policy-considerations*, Paris 2021 (*https://www.oecd.org*); FSB, *Supervisory and Regulatory Approaches to Climate-related Risks – Interim Report,* 29 April 2022 (*https://www.fsb.org*); InfluenceMap, *Finance and Climate Change. A Comprehensive Climate Assessment of the World's Largest Financial Institutions* – Input paper prepared for the G20 Sustainable Finance Working Group under the Indonesian Presidency, May 2022 (*https://g20sfwg.org/wp-content/uploads/2022/07/Finance-and-Climate-Change.-A-Comprehensive-Climate-Assessment-of-the-Worlds-Largest-Financial-Institutions-InfluenceMap.pdf*).

[27] Per specifico aspetto, tra l'altro, R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, suppl. n. 4, 2022, p.177 ss.; M. LA TORRE-S. LEO-I.C. PANETTA, *Banks and environmental, social and governance drivers: Follow the market or the authorities?*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management,* 28, 2021 (*https://doi.org/10.1002/csr.2132*); più in generale F. CAPRIGLIONE, *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 2, 2021.

di Banca d'Italia sulle Aspettative di Vigilanza sui rischi climatici e ambientali [28] che si colloca nella scia dell'approccio della BCE e dell'EBA. La prima ha pubblicato nel 2020 una specifica guida sui rischi climatici e ambientali dove si evidenziano le modalità di integrazione del rischio climatico e ambientale nella strategia e nel modello di business, nei processi di *governance* e nel *risk management framework* delle banche significative insieme alla tipologia di informazioni da pubblicare nell'ambito della *disclosure* al pubblico [29]; e la seconda ha pubblicato nel 2021 il suo Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms [30].

Come emerge dalle sintetiche indicazioni su documenti, ricerche e policy adottate dalle diverse istituzioni internazionali, la dimensione dei rischi finanziari sta incorporando tutti i rischi ambientali provenienti da attività potenzialmente interessate dal degrado naturale e ambientale che possono anche causare rischi di rilievo sistemico. In considerazione della ricaduta sulle banche di questi elementi, Banca d'Italia ripropone le definizioni di "rischio fisico", che si riferisce all'impatto economico di eventi naturali la cui manifestazione può essere definita "estrema" ovvero "cronica"; e di "rischio di transizione", che si riferisce all'impatto economico dell'adozione di norme finalizzate a ridurre le emissioni di carbonio, degli sviluppi tecnologici e del cambiamento delle preferenze dei consumatori e del grado di fiducia dei mercati, nel presupposto di base che il modello di crescita sostenibile debba integrare a pieno titolo i fattori ambientali, sociali e di governance.

Inoltre, come raccomandato dall'ESMA nella Roadmap 2022-2024 [31], analogamente a quanto indicato dal FSB nell'Interim Report, realizzare questi obiettivi richiede un necessario rafforzamento dell'*expertise* delle autorità di supervisione ed in particolare di quelle nazionali, anche grazie alla collaborazione tra queste e la stessa ESMA, e l'acquisizione di una approfondita conoscenza della complessa intersezione tra profili di sostenibilità e finanza in grado di supportare la regolazione della sostenibilità in coerenza con l'attuale cambiamento di paradigma [32].

---

[28] Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, 2022 (*http://www.bancaditalia.it*), dove si sottolinea la consapevolezza "che i rischi climatici e ambientali – che possono a loro volta essere ricondotti ai rischi finanziari tradizionali (di credito, di mercato, operativo e di liquidità) – comportano implicazioni anche per le banche e gli intermediari finanziari non bancari sotto la sua diretta supervisione" (p.3). Per una analisi di questi rischi per le banche centrali, cfr. E. BERNARDINI-I. FAIELLA-L. LAVECCHIA-F. NATOLI-A. MISTRETTA, *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, Questioni di economia e finanza, n. 608, Banca d'Italia, marzo 2021; e ancora sul ruolo delle banche centrali v. P. CIPOLLONE, *The Role of Central Banks for Green Finance*, Università di Firenze, 11-12 March 2022.

[29] ECB, *Guide on climate-related and environmental risks. Supervisory expectations relating to risk management and disclosure*, November 2020. Come riconosciuto da F. ELDERSON (*Climate-related and environmental risks – a vital part of the ECB's supervisory agenda to keep banks safe and sound*) in occasione del "panel on green finance policy and the role of Europe" organizzato dal Federal Working Group Europe of the German Greens (23.6.2023): "In 2022 we also made climate-related and environmental (C&E) risks one of our main supervisory priorities for the next three years" (v. per questo ECB, *Supervisory priorities and risk assessment for 2022-2024*, 2022).

[30] EBA, *Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms,* EBA/REP/2021/18 (*https://www.eba.europa.eu*).

[31] ESMA, *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, 10 February 2022, ESMA30-379-1051 *(https://www.esma.europa.eu/document/sustainable-finance-roadmap-2022-2024*).

[32] V. le brillanti osservazioni di J. ELKINGTON, *Green Swans: The Coming Boom in Regenerative Capitalism,* Fast Company Press, NY, 2020.

Sul versante dell'attività delle banche, sia di credito che di raccolta, il rispetto delle condizioni ESG produce due effetti diversi ma convergenti: da un lato, l'offerta di prodotti ESG può indirizzare i fondi raccolti verso attività connotate per il loro valore ambientale o sociale; dall'altro, la banca come prestatore ha la possibilità di promuovere e supportare diversi e innovativi modelli di business delle imprese finanziate.

In concreto diversi osservatori rilevano un certo dinamismo nell'offerta di tipologie di prodotti che rispondono ad una domanda di servizi finanziari rispettosi dell'ambiente e socialmente responsabili. Questo consente di rafforzare la reputazione dell'intermediario e, come noto da tempo per i fenomeni di *ethical branding*, di guadagnare quote di mercato con quegli investitori sempre più attenti a questi aspetti.

A questo proposito si può fare riferimento, ad esempio, ad un ventaglio di prodotti bancari sostenibili come i "prestiti verdi" finalizzati a progetti a favore dell'ambiente oppure i "prestiti connessi alla sostenibilità" che pongono al debitore obiettivi di performance misurabili. In aggiunta si possono ricordare i cd "depositi verdi" ma soprattutto l'attività di raccolta a fini di sostenibilità, cioè finalizzata ad attività compatibili con ESG [33].

3. Un diverso modello di banca nella dimensione dell'economia sostenibile?

Al di là delle brevi osservazioni sulla trasformazione dell'attività bancaria a seguito della inevitabile integrazione dei fattori ESG restano da porre alcune domande più generali ma cruciali al fine di inquadrare anche la posizione della banca in un 'mondo' in trasformazione laddove ogni ambito dell'economia deve fare i conti con interessi e valori ulteriori, per così dire 'incongrui' rispetto all'insieme degli interessi tradizionalmente coinvolti.

Pur limitandoci a qualche rapida incursione su questo terreno, possiamo innanzitutto ricordare il dibattito in corso, in particolare a seguito delle iniziative promosse dalla Commissione europea e da alcune autorità nazionali, sul tema della integrazione degli obiettivi ambientali nella politica antitrust. Inoltre, di recente, sono frequenti le critiche verso una politica della concorrenza incentrata unicamente sulla efficienza economica a favore di un approccio finalizzato a perseguire obiettivi non solo economici come lo sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente o l'equità sociale [34].

Detto questo è comunque diffusa la convinzione che il tema del rapporto tra tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale debba essere discusso con molta attenzione, sebbene, nell'ottica di un bilanciamento tra i diversi interessi, sia accettata l'idea che l'applicazione della disciplina antitrust non può trascurare la necessaria trasformazione del sistema produttivo finalizzata alla sostenibilità della crescita economica. In questo contesto si riconosce come la pro-

[33] Indicazioni più in dettaglio su questi prodotti bancari sostenibili in V. BEVIVINO, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni,* in *Riv. Trim. Dir. Ec.,* 4, 2022, p. 490 ss.

[34] C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2021, p. 73 s. Per alcune riflessioni sulla crisi del diritto antitrust europeo e non solo, v. M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, ivi, 2, 2020.

mozione di soluzioni innovative finalizzate ad obiettivi di sostenibilità può richiedere una qualche forma di cooperazione tra imprese anche concorrenti tra loro. Tuttavia questi meccanismi di cooperazione presentano rischi di violazione delle norme antitrust, in particolare dell'art. 101 del TFUE [35].

D'altra parte anche chi ritiene che tra concorrenza e sviluppo sostenibile il rapporto non sia necessariamente conflittuale auspica che siano messi in atto interventi regolatori in grado di ridurre la rilevanza della cooperazione tra imprese concorrenti senza negare il suo ruolo come "complemento" dell'intervento pubblico [36]. Di fronte alle sfide poste dal principio della sostenibilità così come da altri interessi pubblici la Commissione europea sembra aver optato per una posizione che non attribuisce direttamente alla disciplina antitrust il perseguimento della sostenibilità come è possibile rilevare ad una prima lettura della recente revisione delle Linee guida sull'applicazione dell'art. 101 del TFEU agli accordi di cooperazione orizzontale [37].

Su un fronte diverso, quello dei mercati digitali, sta emergendo una diversa tipologia di integrazione di interessi altri nella applicazione del diritto antitrust, cioè l'integrazione tra diritto antitrust e protezione dei dati personali, come ci mostra la 'saga' del caso Meta Platforms/Facebook contro Bundeskartellamt, al momento concluso con la sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 luglio 2023. In tal senso la decisione afferma che "nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa su un dato mercato, può risultare necessario che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato esamini anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme in materia di protezione dei dati personali previste dal RGPD".

Quindi, sebbene la violazione dei principi a tutela dei dati personali non possa porsi come condizione di un illecito antitrust può, tuttavia, costituire un indice di abuso di posizione dominante. Infatti, a partire da questa premessa, la Corte sostiene che l'autorità garante della concorrenza di uno stato non controlla l'applicazione né assicura il rispetto del regolamento sulla protezione dei dati al fine di tutelare diritti e libertà fondamentali degli individui ma al fine di garantire che questo non abbia ‹‹l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza›› [38].

---

[35] Per una analisi in dettaglio, v. E. SPINELLI, *Brevi note in materia di compliance antitrust e scambio di informazioni nell'ambito di iniziative green: il fine giustifica i mezzi?*, in *An. Giur. Econ.*, 1, 2022 p. 343 s. (doi: 10.1433/104842).

[36] Come ricordato da A. PEZZOLI (*Come era verde il mio cartello*, ivi, p. 330 (doi: 10.1433/104841)) riguardo la valutazione degli accordi di sostenibilità emergono due pozioni diverse: "c'è chi, come l'autorità antitrust greca e quella olandese, ritiene che il coordinamento tra imprese private possa svolgere un ruolo centrale insieme alle misure regolamentari e chi, invece, affida soprattutto all'intervento pubblico l'internalizzazione delle diseconomie esterne, confinando il coordinamento tra imprese concorrenti a un ruolo assai meno centrale" (p.5).

[37] EU Commission, Communication from the Commission, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* (2023/C 259/01) del 1.6. 2023 (pubblicate il 21.7.2023). Allo stesso tempo sono stati approvati anche due nuovi regolamenti di esenzione sulla applicazione dell'art. 101, 3 Tfeu relativi agli accordi di ricerca e sviluppo e agli accordi di specializzazione.

[38] Corte Giust. (Grande Sezione), 4 luglio 2023, causa C-252/21, Meta Platforms Inc., già Facebook Inc., contro Bundeskartellamt, rispettivamente nn. 48 e 47 (*https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794957*).

Come evidente, non solo la transizione verso un'economia sostenibile ma anche la crescente complessità di organizzazione dei mercati digitali richiedono di perseguire interessi e obiettivi che rispondono a logiche spesso non coerenti con quelle tradizionalmente sottese ai diversi ambiti dell'economia e della società.

Quindi, se il settore finanziario può svolgere un ruolo nel supportare l'adeguamento dell'economia anche al requisito della sostenibilità, non possiamo non interrogarci sulle sfide connesse ai nuovi e diversi interessi con i quali in particolare la banca deve misurarsi.

La prima riguarda l'ampliamento della gamma e dell'offerta degli strumenti finanziari sostenibili a disposizione degli investitori sul mercato. Nel panorama internazionale è evidente l'espansione della domanda di prodotti di investimento ESG, a riprova dell'attenzione degli investitori per gli aspetti ambientali in risposta ai costanti inviti a sostenere la transizione verde [39]. Perciò, sebbene il trend in corso possa configurare un passo importante verso un'economia sostenibile, l'ESMA, nella Roadmap, ha messo in luce che proprio la combinazione tra domanda crescente da parte degli investitori, un mercato in rapida trasformazione e misure regolatorie applicabili solo ex post possono produrre un disallineamento tra la domanda per investimenti con impatto sostenibile e le opportunità di investimento etichettate come sostenibili [40]. Infatti l'emergere di pratiche di *greenwashing* può avere effetti potenzialmente negativi nei confronti degli investitori intenzionati ad allocare risorse su investimenti sostenibili.

La seconda considera la rapida evoluzione dei mercati ESG dove si creano nuove opportunità di investimento ma, allo stesso tempo, emergono anche nuovi rischi per la tutela degli investitori e la stabilità dei mercati finanziari. In questa prospettiva, in chiave di monitoraggio e valutazione dei rischi, emerge con tutta evidenza il tema dei dati e del loro valore, sia riguardo alla loro disponibilità che alla qualità degli stessi.

L'obbligo di comunicazione non finanziaria mette in moto un flusso di informazioni sulla sostenibilità a favore di un numero crescente di soggetti presenti sul mercato. Infatti, come si sostiene nelle Aspettative di vigilanza, è importante la capacità di comunicare adeguatamente l'integrazione dei rischi climatici e ambientali nel proprio modello strategico e operativo, evitando pratiche scorrette di *greenwashing* che, al contrario, possono scoraggiare lo sviluppo della finanza sostenibile e minare la reputazione degli stessi operatori. Ed è altrettanto importante sottolineare come i dati relativi alla sostenibilità, raccolti dalle diverse fonti, possano alimentare la strumentazione digitale, in particolare gli algoritmi di intelligenza artificiale, che i soggetti del mercato utilizzano ormai per le loro decisioni di investimento e di erogazione del credito [41].

La terza riguarda più da vicino la banca che è tradizionalmente un soggetto

---

[39] "On this basis [on a broad definition that includes various approaches to integrating ESG criteria as well as "thematic", "impact" and "community" investing] some estimates indicate that ESG assets rose by nearly one third between 2016 and 2020 to $35 trillion, or no less than 36% of total professionally managed assets", come indicato da S. ARAMONTE, A. ZABAI, *Sustainable finance: trends, valuations and exposures*, in *BIS Quarterly Rev.*, September 2021 (*https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt2109v.htm*).

[40] ESMA, *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, cit., p. 11.

[41] Per questo rinvio a L. AMMANNATI-G.L. GRECO, *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, in *Riv. Dir. Banc.,* luglio/settembre 2023 (*https://rivista.dirittobancario.it/*).

economico per il quale "i rischi finanziari rappresentano l'essenza stessa dell'attività imprenditoriale" [42].

Ora, nella società dell'incertezza, laddove la regolazione del rischio è stata elevata a criterio base del monitoraggio e del controllo di ogni settore economico, almeno da un decennio a questa parte sono emersi rischi 'eccentrici' oltre i tradizionali rischi finanziari. Rischi che sono conseguenti sia all'innovazione tecnologica che alla segmentazione della catena del valore. La conseguente proceduralizzazione delle decisioni e delle attività produce una moltiplicazione dei soggetti coinvolti e quindi introduce, ad esempio, il rischio di *outsourcing* nell'esercizio di alcune funzioni parte dell'attività bancaria come tipicamente nel caso del *credit scoring* algoritmico. Ed anche rischi originati dal rischio climatico che incidono in varie forme sul portafoglio delle banche o dalla violazione di diritti fondamentali prodotta da un uso altamente rischioso dell'IA [43].

La quarta, la più difficile da vincere ma certamente quella determinante, riguarda la capacità della banca come degli altri intermediari di gestire la coesistenza così come le potenziali conflittualità tra i diversi interessi in campo, valutando l'impatto dei rischi ambientali e climatici (prevalenti almeno in questa prima fase) sui rischi tradizionali quali il rischio di credito, di mercato, il rischio operativo e quello di liquidità.

Analizzando una delle crisi bancarie che si sono susseguite nel 2023, quella della Sylicon Valley Bank, possiamo capire il valore di un corretto bilanciamento e di una attenta ponderazione tra i diversi interessi e valori in gioco e i potenziali rischi. Questo caso, come ben descritto in un articolo di The Wall Street Journal [44], fa emergere la rilevanza del principio di proporzionalità il cui uso si fa sempre più necessario per prevenire il rischio di crisi e tenere fermo, anche di fronte a valori potenzialmente in conflitto, l'obiettivo della stabilità del sistema [45].

Infatti causa del fallimento della banca non sono stati i rilevanti investimenti verdi, quanto piuttosto la discutibile valutazione da parte della San Francisco Fed del peso dei rischi finanziari in rapporto agli impegni per il clima e la società. Quindi sembra corretto chiedersi se i regolatori, in considerazione del ruolo prioritario di questi obiettivi, come decretato dalla presidente della Fed, non abbiano trascurato una corretta valutazione dei rischi di bilancio. Forse la sfida è che la supervisione riesca ad uscire dal dilemma se nel suo lavoro debbano prevalere gli obiettivi di "*fairness*" o di "*safety and soundness*".

In conclusione l'ipotesi è che sia necessario un cambio di passo nella vigilanza prudenziale che dovrebbe porsi ormai come fulcro del sistema di supervisione integrando, oltre al tradizionale obiettivo della stabilità e a quelli dell'efficienza e della concorrenza, il criterio della sostenibilità.

---

[42] M. ONADO, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Il Mulino, 2021, p. 72 ss.

[43] Sulla influenza del rischio climatico sul portafoglio degli investitori, v. anche PH. KRUEGER-Z. SAUTNER-L.T. STARKS, *The Importance of Climate Risks for Institutional Investors*, in *ECGI Working Paper Series in Finance,* Working Paper N° 610/2019 – November 2019 (*https://ssrn.com/abstract=3235190*).

[44] The Wall Street Journal del 27 marzo 2023, *A Climate for Failed Bank regulation*.

[45] Per una trattazione ad ampio raggio del tema della proporzionalità, v. G.L. GRECO, *L'equilibrio delle regole nei mercati dinamici. Metodo e prassi della proporzionalità nell'ordinamento bancario*, Cacucci editore, Bari, 2023.

Le clausole generali nel diritto pubblico dell'economia *

General clauses in public economic law

di *Margherita Ramajoli* **

ABSTRACT

Le disposizioni costituzionali dedicate ai rapporti economici ricorrono frequentemente a clausole generali ("utilità sociale", "fini sociali", "funzione sociale" e "utilità generale"). In questa maniera la Costituzione mostra capacità di flessibilità e adattamento a nuovi scenari, economici, sociali e giuridici, specialmente dovuti all'influenza del diritto dell'Unione europea. La Corte costituzionale ha riconosciuto al legislatore ordinario ampi margini di discrezionalità nel riempimento delle clausole generali, ma al tempo stesso ne ha limitato i confini a fini di garanzia, imponendo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, come quelli di ragionevolezza e di proporzionalità. Anche le norme di rango primario che attribuiscono poteri alle autorità indipendenti sono costellate da clausole generali, perché la complessità e la rapida evoluzione dei mercati in cui agiscono queste amministrazioni rendono difficile al Parlamento prefigurare un sistema completo ed esaustivo di puntuali regole di disciplina. L'apprezzamento delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati contenuti in norme di legge che è effettuato dalle amministrazioni è ricondotto da dottrina e giurisprudenza alla categoria delle valutazioni tecniche complesse. Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa di concretizzazione delle clausole generali in materia economica si presenta problematico ed è possibile individuare diversi orientamenti giurisprudenziali, a livello sia nazionale, sia europeo, in relazione agli atti posti in essere dalle Autorità di vigilanza, di regolazione e di garanzia espressivi di valutazioni contraddistinte da opinabilità. In questo contesto di estrema incertezza si ritiene che la contestualizzazione o concretizzazione della disposizione normativa contenente clausole generali o concetti giuridici indeterminanti sia un'operazione che attiene ad una *quaestio juris,* come tale pienamente sottoposta al sindacato giurisdizionale.

Constitutional provisions concerning economic relations frequently rely to general clauses ("social utility," "social ends," "social function," and "general utility"). In this way, the Constitution has shown capacity for flexibility and adaptation to new economic, social and legal scenarios, especially due to the influence of European Union law. The Constitutional Court has granted the policy maker wide margins of discretion filling in the general clauses, but, at the same time, the Court has specifically required compliance with the general principles of the legal system, such as those of reasonableness and proportionality. Even primary legislation granting powers to independent authorities refers to general clauses, because the complexity and rapid evolution of the markets, in which those administrations operate, make it difficult for

* Il presente scritto è la rielaborazione della relazione *Clausole generali e diritto amministrativo* presentata al Convegno ADDE (Associazione dei docenti di diritto dell'economia), *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2-3 dicembre 2023.

** Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano Statale.

Parliament to prefigure a complete and exhaustive system of timely regulation. The interpretation of general clauses or indeterminate legal concepts (contained in rules of law and carried out by administrations) is referred by doctrine and jurisprudence to the category of complex technical assessments. Judicial review of the administrative action in applying general clauses to economic matters is problematic. Different jurisprudential orientations, both at the national and European levels, could be identified in relation to acts carried out by supervisory, regulatory and guarantee authorities that are expressive of evaluations marked by opinability. In this context of extreme uncertainty, the contextualization or concretization of the regulatory provision containing general clauses or indeterminate legal concepts is an operation that pertains to a quaestio juris, as such fully subject to judicial review.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le clausole generali nella Costituzione: a) l'utilità sociale e la discrezionalità legislativa; b) la dialettica tra legislatore e Corte costituzionale nell'attività d'integrazione valutativa. – 3. Le clausole generali nella legislazione: *rules* e *standards* nella disciplina antitrust. – 4. Le clausole generali nella giurisprudenza amministrativa: all'interno della spirale ermeneutica tra fatto, tecnica e diritto.

1. Premessa

Le clausole generali presentano alcuni caratteri costanti e stabili relativi alla loro funzione e alla loro struttura. Ciò indipendentemente dal settore giuridico considerato e ferma restando la vaghezza della relativa nozione [1]. Dal punto di vista funzionale il ricorso alle clausole generali garantisce elasticità all'ordinamento, il quale, per un verso, si mantiene attuale nonostante il trascorrere del tempo e, per altro verso, si adatta più facilmente alle circostanze concrete. La clausola generale assolve a una funzione di "adeguamento permanente dell'ordinamento allo sottostante realtà socio-economica" e pertanto vale a "supplire alle lacune" di una normativa che tutto non può prevedere [2]. Emblematicamente la dottrina ha qualificato le clausole generali come "finestre aperte sulla società" [3], "organi respiratori" del diritto [4], "polmoni della vita giuridica" [5].

L'evocata flessibilità si ottiene mediante una determinata struttura normativa. Dal punto di vista strutturale le clausole generali sono formule lessicali aperte, indeterminate e incomplete ("gravi ed eccezionali ragioni", "buona fede", "sana e prudente gestione", "giusta causa" e così via), che comportano una particolare delega all'interprete del potere di concretizzazione della disposizione che le contiene. La norma in cui è racchiusa una clausola generale non descrive la fattispecie astratta in modo tassativo ed esaustivo, ma

[1] Sul punto cfr., per tutti, M. Clarich, in M. Clarich-M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, p. 9 ss.

[2] Corte cost., 20 dicembre 1996, n. 399, con riferimento alla "integrità fisica" e alla "personalità morale" dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2087 c.c.; sulla funzione assolta dalle clausole generali e per un completo quadro dottrinale cfr. E. Fabiani, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. V, 2012, pp. 183 ss., 191.

[3] S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 261.

[4] P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, VII, *La Cassazione civile*, parte seconda, riedizione a cura di RomaTrePress, 2019, p. 82.

[5] A. Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, p. 2087.

rinvia all'interprete per il completamento e la specificazione della clausola stessa [6].

Vero è che ogni disposizione normativa presenta di regola un certo qual grado di indeterminatezza. Ritenere che nel campo giuridico esista sempre un significato oggettivo preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare è costruzione artificiosa, non corrispondente alla realtà. Come ben precisato da Mortara, la concretizzazione di una norma non è un'operazione riconducibile all'automaticità di una sussunzione logica, perché la commisurazione dei fatti ad una norma astratta è un processo complesso nel quale la norma costituisce criterio di selezione dei fatti, mentre i fatti sono criterio di individuazione della norma e di chiarimento del suo significato [7]. Detto ciò, l'attività di applicazione di una disposizione che include una clausola generale presenta però una peculiarità: il contenuto della norma elastica necessita non solo d'essere interpretato, ma anche integrato. Più precisamente, nel caso di norme contenenti clausole generali l'indeterminatezza deve essere colmata attraverso una "integrazione valutativa" [8].

Il ricorso alle clausole generali, se è idoneo a garantire l'adattamento del diritto a tempi diversi e situazioni differenziate, nondimeno porta con sé un "costo sociale" [9] in termini di possibile incertezza e imprevedibilità degli atti giuridici interpretativi delle clausole stesse [10]. I criteri di valutazione da utilizzare per dare contenuto alle clausole generali sono controversi. Sia le clausole generali che esprimono "concetti empirici" riferiti al modo di essere di una situazione di fatto apprezzabile facendo ricorso a nozioni della scienza e della tecnica (ad esempio, un "abuso" di "posizione dominante" su una "parte rilevante" del mercato nazionale), sia le clausole generali che esprimono "concetti valoriali" facenti rinvio a parametri di tipo etico o alla c.d. coscienza sociale (ad esempio, il limite all'iniziativa economica privata dato dalla tutela dell'ambiente "anche nell'interesse delle future generazioni"), poggiano su criteri e parametri che forniscono risposte opinabili e non oggettive. La relatività e la soggettività delle interpretazioni portano con sé anche il problema del grado di deferenza del giudice nei confronti delle valutazioni previamente compiute per dare attuazione alla clausola generale, con risvolti delicati in tema di divisione dei poteri dello Stato. Conseguentemente, sul piano processuale risultano mobili i confini del controllo giurisdizionale sull'attività integrativa e di completamento della norma giuridica [11].

---

[6] Per la giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; TAR Lombardia, sez. I, 14 maggio 2020, n. 811.

[7] L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile (1889)*, vol. I, IV ed., Milano, 1909, p. 75 ss.

[8] K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970, 172 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 39 ss.

[9] Di costo sociale parla M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2, 2018, 1 ss., ora anche in *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, pp. 179-180.

[10] Che possono essere atti giuridici interpretativi molto diversi tra loro quanto a natura, forma e forza, spaziando dalle leggi ai provvedimenti amministrativi per arrivare alle sentenze.

[11] Per la distinzione tra clausole generali che esprimono concetti empirici e clausole generali che esprimono concetti valoriali si veda M. CLARICH, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., pp. 20-21. Sul rapporto tra scienza e diritto sollevato dalle clausole generali cfr. L. VIOLINI, *Le clausole generali nel diritto costituzionale: note a margine del saggio di Antonio Ruggeri*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una pro-*

L'ordinamento giuridico ha cercato di introdurre alcuni presidi per garantire che l'uso delle clausole generali non metta a repentaglio vuoi il principio di legalità, vuoi la certezza del diritto, vuoi la separazione dei poteri dello Stato. Tali presidi assumono una particolare coloritura nel caso in cui le clausole generali trovano applicazione nel diritto pubblico dell'economia [12]. Per procedere alla loro analisi occorre preliminarmente individuare il titolare, o, meglio, i titolari del potere di concretizzazione delle clausole generali quando la descritta tecnica di redazione degli enunciati normativi sia impiegata per disciplinare i molteplici territori d'intervento del diritto pubblico d'economia. Si tratta di soggetti istituzionali che occupano posizioni diverse all'interno dell'ordinamento giuridico e la loro competenza è legata al rango della fonte del diritto contenente la clausola generale. Se è la formulazione di un articolo della Costituzione a prevedere una clausola generale, il titolare del potere di concretizzazione è anzitutto il legislatore e il controllo sulla sua attività interpretativa e attuativa è demandato alla Corte costituzionale; se invece la clausola generale è contenuta in una norma primaria che disciplina le relazioni tra autorità amministrativa e privati l'opera di integrazione valutativa spetta all'amministrazione e in tal caso sarà il giudice amministrativo ad effettuare il relativo sindacato giurisdizionale [13].

2. Le clausole generali nella Costituzione: a) l'utilità sociale e la discrezionalità legislativa; b) la dialettica tra legislatore e Corte costituzionale nell'attività d'integrazione valutativa

Le clausole generali costellano la Costituzione, che ben si presta ad accogliere questa tecnica normativa. Le Costituzioni moderne, a differenza di quelle d'epoca liberale, offrono un quadro pluralista di interessi e valori antagonisti, che non sono composti secondo un preciso e già predeterminato criterio di priorità. La loro composizione è rinviata a momenti successivi e demandata al potere costituito e alla giurisprudenza costituzionale. Questi soggetti istituzionali riscrivono "interpretativamente" la Costituzione e così determinano e modificano i punti di equilibrio tra principi enunciati, interessi concorrenti e valori contrapposti. In questa logica le clausole generali si rivelano una risorsa preziosa per la loro attitudine a "tenere costantemente in moto la Costituzione" e ad assicurarne "la incessante ed adeguata rigenerazione interna" [14].

---

spettiva multidisciplinare, Milano, 2021, 311 ss., spec. 321 ss.; cfr. altresì A. MORONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, n. 6/2014; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; in generale, sul problema di divisione dei poteri, messo a repentaglio dal ricorso alla coscienza sociale da parte dell'interprete della clausola generale, cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2017.

[12] Sulla a-temporalità o, se si preferisce, sulla perdurante attualità dell'espressione "diritto pubblico dell'economia" cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2021, VII ed.

[13] A differenza di quanto accade nell'universo civilistico in cui si svolgono relazioni interprivate, ove la clausola generale prevista in una legge è concretizzata dal giudice ordinario di merito, le cui decisioni soggiacciono al giudizio di legittimità della Corte di Cassazione. Sul punto cfr. *infra*, par. 4.

[14] Così A. RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?*, in

La tecnica normativa delle clausole generali è ampiamente utilizzata nel Titolo III della Parte I, dedicata ai rapporti economici. Gli articoli ivi contenuti sono tutti costruiti intorno clausole generali; basti pensare alla "utilità sociale" e ai "fini sociali" che compaiono rispettivamente al secondo e al terzo comma dell'art. 41, oppure alla "funzione sociale" della proprietà privata prevista al secondo comma dell'art. 42, o ancora alla "utilità generale" contemplata all'art. 43. È proprio grazie a queste clausole generali che le disposizioni costituzionali in materia economica hanno mantenuto vitalità e conservato elasticità nel corso del tempo, anche nel dialogo sempre più fitto con il diritto dell'Unione europea. Ne è prova tangibile la clausola generale dell'utilità sociale, tanto criticata in Assemblea costituente da Einaudi per la sua "pericolosa genericità" [15], ma che ha in realtà rappresentato uno straordinario strumento di adattamento dell'ordinamento giuridico al continuo evolversi della vita politica, sociale ed economica [16].

Nel caso della libertà d'iniziativa economica si ricorre alla tecnica delle clausole generali perché la compressione della sfera d'autonomia privata è costituzionalmente legittima solo se è preordinata a consentire il soddisfacimento di interessi rilevanti che vengono espressi ricorrendo a formule aperte. Lo schema fatto proprio dall'art. 41 Cost., da leggere attualmente anche alla luce dei Trattati europei, risponde a quello consueto della relazione-contrapposizione tra libertà e autorità: mentre si garantisce una posizione giuridica individuale si ammette che ad essa possano venire apportate limitazioni a tutela di interessi generali [17]. Non è possibile aspettarsi che lo schema contenuto all'art. 41 Cost. esprima una regola univoca e ben definita. Esso non si impone alla realtà come la volontà sovrana del legislatore, ma ne accompagna il corso operando dall'interno. La sua incidenza si coglie solo nello sviluppo storico della totalità dei fattori che compongono l'ordinamento e il giudizio di legittimità

R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, cit., pp. 271 ss., 307. Del "moto" della Costituzione ha parlato M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013. Sul fatto che le Costituzioni adottino linguaggi politici, per loro stessa natura imprecisi, cfr. M.S. GIANNINI, *Relazione di sintesi*, in (a cura di) M. D'ANTONIO, *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Milano, 1985, pp. 19 ss., 20. Sul ruolo della Corte costituzionale quale "ponte necessario tra il *corpus iuris* e la mutevole realtà" cfr., per tutti, T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 69 ss.

[15] "Una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste"; così l'intervento di Luigi Einaudi nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38.

[16] Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss., spec. 604 ss.; L. ELIA, *Costituzione e poteri legislativi decentrati*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, vol. IV, p. 378; sul ruolo "pivotale" del limite dell'utilità sociale per l'interpretazione del rapporto fra Costituzione ed economia cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 71 ss.; cfr. altresì, sempre con particolare riguardo alla Costituzione economica, P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 21.

[17] Questa dialettica è riscontrabile in tutte le norme costituzionali che disciplinano i rapporti economici (dall'art. 41 all'art. 47), strutturate con l'affermazione di una regola garantistica del privato e di una regola di disciplina pubblica della materia; in questo senso M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 126. Sulla necessità di considerare unitariamente i tre commi dell'art. 41 Cost. cfr. già C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37 ss.

costituzionale può essere considerato come il principale momento di emersione di questo operare.

a) Fin da subito la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare sui limiti posti dal legislatore alle scelte imprenditoriali in nome dell'utilità sociale e dei fini sociali di cui all'art. 41, commi 2 e 3, Cost. e, quindi, a definire i contorni di queste due clausole generali [18]. Lo ha fatto riconoscendo al legislatore ampi margini di discrezionalità nel riempimento delle clausole generali, ma al tempo stesso circoscrivendo a fini di garanzia siffatta discrezionalità. Infatti, da un lato, il legislatore di fronte a formule elastiche dispone di un largo spazio di integrazione valutativa e, dal canto suo, la Corte non potrebbe produrre valutazioni soggettive che sconfinino in apprezzamenti politici, di per sè sottratti alla competenza della Corte stessa. Dall'altro lato, ciò non comporta necessariamente che il giudice costituzionale non sia in grado di svolgere un sindacato efficace e pieno, opposto a quello che giustifichi qualunque limitazione posta dalla legge all'attività economica [19].

Così la Corte costituzionale ha affermato che le ragioni riconducibili alle clausole generali non devono necessariamente risultare da "esplicite dichiarazioni del legislatore" [20]. È principio ripetutamente affermato quello secondo cui il giudizio in ordine all'utilità sociale concerne solo "la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine" e "la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo" [21]. Tuttavia, la riconosciuta discrezionalità legislativa e quindi l'ampio potere di cui dispone l'interprete della clausola generale incontrano alcuni paletti individuati dalla medesima giurisprudenza costituzionale. L'attività d'integrazione valutativa da parte del legislatore soggiace al limite "insuperabile" dell'arbitrarietà e dell'incongruenza – e quindi dell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale o i fini sociali [22]. Nel dare un significato alla clausola generale la legge è tenuta al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, primi tra tutti quelli di ragionevolezza e di proporzionalità, su cui veglia la Corte stessa. Così i limiti alla libertà d'iniziativa economica non devono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficoltoso l'esercizio e parimenti i programmi e i controlli imponibili alla attività

[18] Si veda, da ultimo, la giurisprudenza costituzionale illustrata da L. CASSETTI, *Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale "a distanza" alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziarie*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2021. Scienza costituzionalistica e scienze umane*, Napoli, 2022, p. 115 ss.

[19] Il giudice costituzionale "deve arrestarsi di fronte alla valutazione che il legislatore ha fatto degli elementi del problema e che lo hanno portato a ritenere l'esistenza e congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione... solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi... nel giudizio" (Corte Cost., n. 190/2001, in *Giur. cost*., 2001, 1462, con nota di A. MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale).*

[20] Corte Cost., n. 46/1963, che richiama anche le sentenze n. 5 e n. 54/1962.

[21] Corte Cost., n. 94/2013, n. 388/1992, n. 63/1991 e n. 446/1988.

[22] Trattasi di giurisprudenza costante e consolidata. Cfr. Corte Cost., n. 218/2021, n. 56/2015, n. 94/2013, n. 244/2011, n. 247 e n. 152/2010, n. 167/2009 e n. 428/2008, n. 548/1990. Spesso è resa esplicita la correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost., con l'affermazione della necessità che le misure attuative delle clausole generali limitative della libertà imprenditoriale non siano idonee a realizzare una ingiustificata disparità di trattamento. In questo senso Corte Cost., n. 270/2010, n. 440/2006, n. 207/2001, sentenze tutte intese a censurare segmentazioni territoriali del mercato oppure trattamenti differenziati *ratione loci*, lesivi, oltre che il principio della parità di trattamento, del principio dell'uniformità di disciplina nei confronti degli operatori economici su tutto il territorio nazionale.

economica privata non devono sopprimere l'iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla ed a condizionarla [23].

Questa giurisprudenza costituzionale consente di percepire chiaramente la differenza tra clausole generali e principi generali. I principi generali rappresentano i "valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte", mentre le clausole generali non coincidono con i suddetti principi, "anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi". In altri termini, i principi generali possono essere intesi anche come "un limite all'andamento elastico del sistema" o, meglio, "come la condizione concreta della sua elasticità", tant'è che si è parlato di elasticità delle clausole generali orientata dai principi [24].

b) Per quanto riguarda il concreto contenuto delle clausole generali idonee a legittimare restrizioni alla libera iniziativa economica, è possibile notare un suo progressivo allargamento e cambiamento, a conferma del fatto che le clausole generali svolgono la funzione di perenne adeguamento dell'ordinamento alla realtà sottostante. In particolare, all'utilità sociale sono stati ricondotti interessi qualificati in vario modo, anche collegati alla sfera economica e al mercato in senso lato. Se negli anni Cinquanta del secolo scorso l'utilità sociale veniva ravvisata nel fine di tutelare in un mercato "ancora turbato dallo sconvolgimento prodotto dalla economia di guerra", "la stabilità della moneta e il valore reale dei salari", con il conseguente riconoscimento della legittimità costituzionale della disciplina sui prezzi amministrati [25], via via il catalogo delle possibili ragioni di utilità sociale si è sempre più arricchito e variegato, risentendo del contesto, giuridico, sociale ed economico, di riferimento. L'utilità sociale è stata identificata con "l'interesse alla conservazione dei livelli occupazionali in un settore, quello delle assicurazioni r.c.a., che presenta una peculiare coloritura pubblicistica" [26]; oppure con "l'esigenza di protezione di una data produzione" [27]; ovvero con la necessità di "salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda ed offerta" [28]; o con "l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo" di imprese di determinate dimensioni [29]; o ancora con l'istanza di "garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente" [30]; oppure con "il perseguimento dell'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali" [31]; o, infine, con "l'apertura alla

---

[23] "La libertà d'impresa non può subire infatti, nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa" (Corte Cost., n. 218/2021). Sulla garanzia di un contenuto minimo dell'iniziativa economica privata cfr. G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica priv*ata, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, pp. 4-5.

[24] Così S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in AA. VV., *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA-M. BESSONE, I, Torino, 1991, 399 ss.; parimenti per M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Quest. giust.*, n. 1/2020, p. 67 ss, i principi "non sono necessariamente costruiti come le clausole generali, né ne posseggono le caratteristiche".

[25] Corte Cost., n. 50/1957.

[26] Corte Cost., n. 316/1990.

[27] Corte Cost., n. 20/1980.

[28] Corte Cost., n. 63/1991.

[29] Corte Cost., n. 64/2007.

[30] Corte Cost., n. 94/2013; n. 439/1991.

[31] Corte Cost., n. 85/2020.

concorrenza, attraverso la restituzione al mercato di segmenti di attività ad esso sottratti [32].

È pacifico – come già accennato – che la Corte costituzionale non è legittimata a svolgere un sindacato sostitutivo nei confronti delle scelte effettuate dal legislatore con la sua attività di integrazione valutativa. Tuttavia, merita di essere sottolineato un aspetto della dinamica tra sfera riservata alla discrezionalità legislativa e sindacato costituzionale che evidenzia il ruolo accorto e sottile di autonoma integrazione valutativa della Consulta e, a monte, l'estrema flessibilità delle clausole generali. Infatti, in talune occasioni la Corte costituzionale ha anticipato le concrete scelte del legislatore nel colmare l'indeterminatezza propria delle clausole generali dell'utilità sociale e dei fini sociali, sfruttandone l'intrinseca elasticità. Ciò è avvenuto, ad esempio, con riferimento sia alla tutela ambientale, sia alla tutela della concorrenza in senso oggettivo.

Come è noto, la legge Cost. n. 1/2022 ha modificato, assieme all'art. 9 Cost., anche l'art. 41 Cost., integrando il catalogo dei limiti alla libertà di iniziativa economica privata, che non è più tenuta a rispettare solo l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, ma anche la salute e l'ambiente (comma 2), e riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata a fini ambientali, oltre che ai tradizionali fini sociali (comma 3). Nondimeno, già da tempo la Corte costituzionale era giunta a precisare che la clausola generale dell'utilità sociale fosse idonea ad includere anche la protezione dell'ambiente, in quanto interesse fondamentale della collettività [33]. La Consulta ha quindi valorizzato al massimo grado la clausola generale, arricchendone il contenuto e rivestendo un ruolo antesignano nel chiarire che l'utilità sociale altro non è che l'utilità della società intera, la quale si proietta su un largo orizzonte di rapporti, primo tra tutti sul rapporto tra persona umana e ambiente, da concepire pure in una dimensione intergenerazionale [34].

Stesso discorso – forse ancora più interessante – vale con riferimento alla tutela della concorrenza. È altrettanto risaputo che la legge Cost. n. 3/2001 ha introdotto espressamente nella Carta la "tutela della concorrenza", riconoscendola come materia riservata in via esclusiva alla legislazione statale (art. 117, comma 2, lett. e). Ma anche in questo caso la Corte aveva riconosciuto l'autonoma rilevanza positiva del mercato per l'interesse generale ben prima della riforma normativa. Infatti, come sopra precisato, la giurisprudenza costituzionale aveva da decenni identificato l'utilità sociale (anche) con l'assetto concorrenziale del mercato in termini oggettivi, o, con parole diverse, con la difesa del mercato dai rischi insiti nella sua logica interna.

In questa maniera la clausola generale manifesta tutta la sua capacità di flessibilità e di adattamento a nuovi scenari, non solo economici e sociali, ma anche giuridici, principalmente dovuti all'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea, mediante il quale penetrano i valori e la cultura del mercato [35]. Nei

---

[32] Corte Cost., n. 218/2021, ma cfr. anche n. 168/2020.

[33] Così già Corte Cost., ord. n. 184/1983; ma cfr. altresì Corte Cost., n. 127/1990; n. 196/1998; n. 190/2001; n. 151/2018; n. 218/2021.

[34] Su questo specifico punto cfr. M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 1 ss.

[35] Cfr., per tutti, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss., pp. 17-19, secondo cui la Costituzione è 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".

suoi giudizi in ordine alla violazione dell'art. 41 la Corte spesso ha guardato nella direzione dell'instaurazione di un compiuto sistema di mercato, sottolineando la dimensione evolutiva e storica dei processi economici. Più precisamente, la Corte non ha appiattito la propria considerazione sugli interessi politici contingenti che costituiscono spesso la vera causa degli interventi legislativi, ma ha cercato di evidenziare ragioni strutturali a fondamento delle misure normative da vagliare. Essa si è sforzata di ricollegare le misure sottoposte al suo esame all'esigenza di sostenere e conservare il processo economico, in un'insistita sottolineatura del carattere evolutivo e adattativo dei fenomeni di mercato, che si compendia nella necessità di tenere conto della lunga durata e del costo sociale necessario per riequilibrare le loro tendenze spontanee [36].

Così, in modo sottile e tacito, la Consulta ha provveduto essa stessa a far emergere un autonomo contenuto della clausola dell'utilità sociale, diverso da quello dato originariamente dal legislatore, talvolta maggiormente in linea con lo spirito dei tempi e in ogni caso proiettato sul lungo periodo. Infatti, l'efficacia delle pronunce della Corte non si riduce affatto agli effetti immediati del suo dispositivo, ma comprende tutte le sue possibili ripercussioni, di natura informale, sui processi di produzione e applicazione del diritto ben al di là del singolo caso deciso [37].

Con una precisazione d'obbligo. Questo sindacato formalmente estrinseco, ma sostanzialmente sostitutivo, non è mai stato effettuato dalla Corte per censurare la valutazione integrativa della clausola generale effettuata dalla legge al fine di dichiararne l'incostituzionalità, quanto piuttosto allo scopo diametralmente opposto di salvare la legittimità costituzionale della legge fornendo essa stessa una nuova, diversa e più aggiornata valutazione integrativa della clausola generale.

3. Le clausole generali nella legislazione: *rules* e *standards* nella disciplina antitrust

Scendendo al livello della normazione primaria il ricorso da parte del legislatore a clausole generali o concetti giuridici indeterminati [38] è particolarmente frequente nel caso di attribuzione di poteri alle autorità indipendenti. Vero è che clausole generali come ordine pubblico, oppure necessità e urgenza caratterizzano da tempo immemorabile le norme attributive del potere delle amministrazioni tradizionali, specie operanti nel settore della sicurezza pubblica [39]. Tuttavia, in ambito economico e segnatamente nei settori regolati il fenomeno in questione si presenta con tratti ancora più accentuati, quasi da essere considerato tipico e qualificante. Ciò per mol-

[36] Sul punto, con una esemplificazione di ipotesi concrete in cui il fenomeno descritto si è verificato cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir.amm.*, 2008, p. 121 ss.

[37] Ci si permette di rinviare ancora a M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa*, cit.

[38] Sull'equivalenza tra i due termini cfr. M. CLARICH, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., 9; M. LUCIANI, *Certezza del diritto*, cit., p. 67 ss.

[39] In tema cfr. B. TONOLETTI, voce *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. dir.*, *I tematici. Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 791 ss., spec. p. 794 ss.

teplici ragioni e in primo luogo perché la complessità e la rapida evoluzione dei settori in cui agiscono le amministrazioni indipendenti, nonché l'atipicità e la fantasia delle condotte imprenditoriali rendono arduo al Parlamento prefigurare un sistema completo ed esaustivo di puntuali regole di disciplina [40].

L'attenzione dottrinale e giurisprudenziale si è concentrata in particolare modo su una tra le implicazioni della tecnica legislativa delle clausole generali quando chiamate a darvi attuazione siano quelle particolari amministrazioni indipendenti che sono le autorità di regolazione. La premessa è tracciata in maniera suggestiva da una nota decisione del Consiglio di Stato del 2005. Secondo il giudice amministrativo i poteri delle autorità di regolazione sono attribuiti da "leggi d'indirizzo che poggiano su prognosi incerte", "rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare" [41]. Più di recente sempre il Consiglio di Stato ha parlato di "clausole aperte da implementare in base al prudente apprezzamento dell'Autorità a seconda degli scopi di tutela da raggiungere" [42].

Se questa è la premessa, è la conseguenza ultima tratta dal particolare dettato normativo ad apparire meritevole di riflessione. Infatti, gli atti delle Autorità, "pur talvolta non rinvenendo immediatamente nel proprio sistema se non clausole generali e non anche un puntuale fondamento nelle norme primarie (europee e nazionali) di settore", sono reputati legittimi nella misura in cui "perseguano obiettivi comunque coerenti con quelli fissati nelle suddette normative primarie, tali da poterne costituire continuazione ideale" [43]. Si parla a tal riguardo di poteri impliciti, fenomeno approfonditamente indagato dalla dottrina e talvolta da quest'ultima criticato, in ragione del fatto che solleva un problema di rispetto del principio di legalità da parte delle amministrazioni [44].

Ma l'uso da parte del legislatore di clausole generali nell'ambito del diritto pubblico dell'economia genera non solo il problema – patologico – dei poteri impliciti delle Autorità di regolazione, bensì anche altre questioni, che sono fisiologiche e sulle quali è possibile ragionare prendendo le mosse dalla disciplina antitrust. Infatti, la legislazione a tutela della concorrenza e del mercato, sia europea, sia nazionale, fa un ampio ricorso alle clausole generali. Questa tecnica legislativa è particolarmente congeniale visto che, come già sottolineato, formule normative ampie e flessibili evitano i rischi di una rapida obsolescenza connessi a disposizioni troppo rigide e minuziose, permettono l'adattamento della disciplina a tempi diversi nonché a mercati in evoluzione e con-

---

[40] M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello,* Bologna, 2005, p. 155 ss.

[41] Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

[42] Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879; in senso analogo, sempre sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

[43] Ancora Cons. Stato, sez. VI, n. 879/2020. Per quanto riguarda la giurisprudenza di primo grado cfr. Tar Lombardia, 20 marzo 2023, n. 697; 10 luglio 2023, n. 1774.

[44] Sul fenomeno si rinvia a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, *in Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; ID., *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in questa *Rivista*., 2017, p. 263 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 165 ss.

sentono margini di elasticità nella valutazione delle fattispecie in sede applicativa [45].

Proprio il dettato normativo antitrust aiuta ad effettuare qualche differenziazione all'interno della categoria delle clausole generali, che altrimenti rischia di rimanere indistintamente considerata. Il diritto positivo fa emergere che non tutte le clausole generali sono uguali tra loro. La loro diversificazione non è una questione meramente terminologica – e quindi formale –, ma illumina le diverse modalità di integrazione valutativa e il successivo controllo giurisdizionale.

Anzitutto il legislatore, europeo e nazionale, ricorre a clausole generali nel descrivere le fattispecie imprenditoriali da vietare ("intesa restrittiva della concorrenza", "posizione dominante", "abuso" della stessa) e, al tempo stesso, accompagna a questa tecnica normativa la tipizzazione di alcune fattispecie imprenditoriali particolari, tramite un elenco esemplificativo e non tassativo di specifiche azioni vietate. La tipizzazione legislativa ha lo scopo non solo di identificare con certezza alcune condotte pacificamente illecite, ma anche di fornire un ausilio nel rendere la stessa clausola generale meno preda dell'imprevedibilità nei casi non tipizzati. Basti pensare al sintagma indeterminato del divieto di abuso di posizione dominante e al modo in cui è stato strutturato dal legislatore: non viene descritto con precisione un elemento della fattispecie, ma quest'ultima è individuata facendo riferimento a una valutazione affidata all'interprete che è guidato nella sua attività da alcune esemplificazioni normative (art. 102 T.F.U.E. e art. 3 della legge n. 287/1990).

Vi sono poi altri strumenti giuridici idonei a facilitare l'applicazione in concreto della normativa e quindi a fornire un criterio d'interpretazione da utilizzare con riferimento a fattispecie atipiche, al fine di ottenere un buon grado di certezza in concreto, nonché di oggettività e di trasparenza delle decisioni. La prima qualificazione e integrazione dei "sintagmi" che compongono le regole di concorrenza avviene ad opera della Commissione europea, che specifica le clausole generali mediante quegli atti di *soft law* che sono le sue Comunicazioni [46]. Anche a livello nazionale si rinvengono atti di autolimitazione che introducono criteri e parametri generali in via sub-legislativa ad opera dell'Autorità antitrust [47]. Un ruolo decisivo di integrazione del significato della clausola generale è stato anche assegnato all'"accumulo di prece-

---

[45] In tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, *Funzioni amministrative*, cit., 292 ss.; cfr. altresì L. KAPLOW, *Rules versus Standards: an Economic Analysis*, in *42 Duke Law Journal*, 1992, p. 557 ss.; D.A. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, in *Wash. And Lee Law Review*, 2007, p. 49 ss.

[46] Per una puntuale illustrazione di queste Comunicazioni si veda F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali nel diritto dell'Unione europea*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, cit., p. 161 ss., spec. pp. 176-178. Talvolta negli stessi atti di *soft law* è possibile rinvenire, oltre ad enunciati diretti a esplicitare il senso delle clausole generali contenute in fonti vincolanti, anche concetti che costituiscono a loro volta clausole generali; si pensi, in materia di aiuti di Stato alle banche, alla "condivisione degli oneri" (o *burden sharing*), condizione individuata dalla Commissione nella Comunicazione sul settore bancario del 1° agosto 2013 e successivamente evoluta nel criterio del *bail-in*, previsto dalla direttiva 2014/59/UE e dal Regolamento n. 806/2014. Sul punto cfr. C. AMALFITANO-F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, *ivi*, p. 179 ss., pp. 206-207.

[47] Sul tema, ampiamente, M. CLARICH, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 32 ss.

denti giurisprudenziali", nonché "di contributi di contorno della dottrina" [48]. Lo scopo di questi vari presidi è di tipo orientativo rispetto al singolo processo di specificazione della clausola generale, che in concreto avviene attraverso il ricorso a particolari discipline, prime tra tutte quelle economiche e finanziarie [49].

Viene così in rilievo uno dei profili più dibattuti in materia di clausole generali: l'individuazione dei parametri di riferimento, altrimenti definiti standards, che – al pari dei principi generali [50] – fungono da guida per l'interprete nell'esercizio dell'attività integrativa di cui necessita il testo normativo in ragione della sua indeterminatezza [51]. Si pensi ancora alla clausola generale dell'abuso di posizione dominante in una parte rilevante del mercato nazionale. Il suo accertamento in concreto richiede di "andare alla ricerca della concorrenza virtuale", ossia di quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo, definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geografica e l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi [52].

L'apprezzamento delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati è ricondotto da dottrina e giurisprudenza alla categoria delle "valutazioni tecniche complesse", ossia a quel particolare tipo di giudizio che implica "l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di leggi scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili" [53]. Si tratta dunque di un'attività che comporta la conoscenza e la valutazione di fatti concreti mediante l'impiego di regole che nel campo qui preso in considerazione sono proprie di scienze prevalentemente economiche, finanziarie o sociali, le quali non sono idonee a dare risposte univoche. Sono le scienze a fornire gli standards valutativi, definibili come i criteri di giudizio per mezzo dei quali si determina il significato della clausola generale, risolvendo l'indeterminatezza che le contraddistingue. Pertanto, l'integrazione valutativa è traducibile nella "scelta dello standard operata dall'interprete tra i criteri concorrenti" [54].

Il descritto procedimento intellettivo è quello consueto laddove vengano in rilievo clausole generali, da chiunque applicate. La Cassazione, ragionando in generale su tale procedimento intellettivo, ha parlato di una "spirale ermeneutica tra fatto e diritto". All'interno di questo vortice l'interprete è chiamato a integrare il contenuto della disposizione dando concretezza a quella parte mobile della norma elastica che il legislatore ha lasciato indeterminata per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale ovvero a determinate situa-

---

[48] M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi*, cit., 188; cfr. altresì F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia, Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019, p. 15 ss.

[49] Di "*spirale ermeneutica* (tra fatto e diritto)" parla Cassazione civile sez. lav., 25 giugno 2020, n. 12714; in senso analogo Cassazione civile, sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2572.

[50] Cfr. *supra,* paragrafo precedente.

[51] Per tutti cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1986, pp. 5 ss., 18; E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., p. 216 ss.

[52] Così, con particolare chiarezza, Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564.

[53] Così Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254; 19 luglio 2022, n. 6254; in dottrina cfr., per tutti, M. CLARICH, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit.

[54] Così V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 65 ss.; cfr. anche G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 475 ss., 475, che definisce gli standards valutativi come la "misura sociale" dell'applicazione delle clausole generali.

zioni non esattamente ed efficacemente specificabili *a priori* e per farlo esprime un giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma stessa [55].

Di peculiare nelle ipotesi qui in esame è che l'interprete è una pubblica amministrazione, i cui atti sono sindacati dal giudice amministrativo, e non un giudice di merito, i cui atti sono invece sindacati dalla Corte di Cassazione, oppure il legislatore, i cui atti sono vagliati dalla Corte costituzionale. Il secondo elemento di specificità attiene parimenti al soggetto titolare del potere di concretizzazione della clausola generale. Nel diritto dell'economia l'amministrazione-interprete della clausola generale non presenta i tratti dell'autorità tradizionale, ma è un'autorità indipendente, contraddistinta da una particolare composizione e qualificazione e da un elevato grado di autonomia, o, utilizzando le espressioni del Consiglio di Stato, è un soggetto che si caratterizza per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità [56]. Il che, come si avrà modo di constatare al paragrafo successivo, non è privo di ripercussioni sul piano del sindacato giurisdizionale.

Si è accennato al fatto che le clausole generali non sono tutte uguali tra di loro. Sempre ricorrendo a fini esemplificativi alla disciplina antitrust, accanto alle menzionate clausole generali che descrivono fattispecie imprenditoriali da vietare è dato rinvenire la ben diversa tipologia di clausole generali introdotte nel caso di autorizzazioni in deroga al divieto generale di intese e concentrazioni restrittive della concorrenza. Per rilasciare le autorizzazioni in deroga l'Autorità deve verificare la sussistenza di alcune condizioni indicate vuoi dal legislatore nel caso di intese, vuoi dal Governo nel caso di concentrazioni, che fanno perno su clausole generali del tutto peculiari, come lo sono i "rilevanti interessi generali dell'economia nazionale", oppure "ragioni essenziali di economia nazionale" (art. 25, commi 1 e 2 della legge n. 287/1990).

È evidente che in questo caso l'interprete della clausola generale dispone di un vero e proprio potere di scelta valoriale, sotteso alla ponderazione di tutti gli interessi in gioco: emergono qui, assieme a valutazioni tecniche complesse, profili di vera e propria discrezionalità amministrativa [57]. Nondimeno, ciò non significa una piena delega in bianco e il riconoscimento di un potere arbitrario all'interprete e quindi alla pubblica amministrazione. Due sono i paletti che s'impongono all'autorità amministrativa. Da un lato, il discorso si presenta simile a quanto già notato con riferimento alla discrezionalità legislativa alle prese con le clausole generali contenute nella Costituzione: nel nostro ordinamento giuridico l'esercizio di qualsivoglia potere discrezionale è sempre vincolato al rispetto dei principi generali, ragionevolezza e proporzionalità *in primis*, a fini di garanzia. Dall'altro, nel caso di clausole generali da rapportare

---

[55] Di "*spirale ermeneutica* (tra fatto e diritto)" discorre la Cassazione civile, sez. lav., 25 giugno 2020, n. 12714; in senso analogo Cassazione civile, sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2572.

[56] Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156.

[57] La distinzione, pubblicistica, tra norme contenenti clausole generali che reclamano valutazioni tecniche e norme contenenti clausole generali che invocano discrezionalità amministrativa presenta numerose similitudini con la distinzione che la dottrina privatistica ha tracciato tra norme a contenuto indeterminato composte di fattispecie e disciplina (come, ad esempio, il divieto di abuso di posizione dominante) e norme a contenuto indeterminato comportanti delega all'interprete di un bilanciamento tra interessi concreti in conflitto e della conseguente previsione della regola del caso concreto (come, ad esempio, l'art. 844 c.c., che prevede il limite della "normale tollerabilità" per le immissioni nei rapporti di vicinato); così M. LIBERTINI, *Ancora*, cit., p. 188 ss.

a una reale situazione di fatto, come è il caso di qualsiasi clausola generale la cui concretizzazione spetti a un'amministrazione, non è possibile negare la giuridicità del fatto qualificato, pur imprecisamente, dalla legge. In altri termini, anche se all'interprete è assegnato un potere di valutazione comparativa di concreti interessi contrapposti, l'esercizio di questo potere reclama la conoscenza e l'apprezzamento dei fatti concreti, che debbono essere sussunti nel perimetro di estensione della clausola generale [58].

4. Le clausole generali nella giurisprudenza amministrativa: all'interno della spirale ermeneutica tra fatto, tecnica e diritto

Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa di concretizzazione delle clausole generali in materia economica si presenta problematico. È possibile individuare due orientamenti giurisprudenziali, a livello non solo nazionale, ma anche europeo, in relazione agli atti posti in essere dalle Autorità di vigilanza, di regolazione e di garanzia espressivi di valutazioni contraddistinte da opinabilità [59].

L'identificazione di questi due filoni pretori ha comunque alle spalle un'attività di loro schematizzazione e semplificazione, visto che la giurisprudenza non è sempre lineare e talvolta si registra una discrasia tra affermazioni di principio contenute nelle decisioni e sindacato concretamente effettuato. Inoltre, anche se la giurisprudenza è ormai solita sostenere che il giudice amministrativo non è vincolato alla rappresentazione del fatto data nell'atto amministrativo oggetto di impugnativa e dispone di un pieno accesso al fatto stesso, nondimeno risulta controverso proprio il sindacato sul confronto tra i fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato.

a) Secondo un primo orientamento il procedimento di integrazione della clausola generale è scomponibile al suo interno: "un conto è l'accertamento del fatto storico (che precede ogni valutazione)" e "un conto è la contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma". Quest'ultimo è "fuori dall'accertamento del fatto e rientra nel suo apprezzamento, questo sì, sottratto alla completa sostituibilità della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione" [60].

Il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni economiche complesse è simile a quello svolto nei riguardi delle valutazioni di opportunità e

---

[58] A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE-F. SAITTA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione* (atti del convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011), Milano, 2013, p. 3 ss.

[59] In tema cfr. A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; F. SCLAFANI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito*, in questa *Rivista*, 2021, p. 148 ss.; L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1359 ss.; per quanto riguarda il livello europeo in ambito concorrenziale cfr. la giurisprudenza riportata da F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, II ed., p. 12 ss.

[60] Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2022, n. 9800, in tema di valutazione delle offerte tecniche nei contratti pubblici, a testimonianza del carattere generale e trasversale del *trend* giurisprudenziale.

contraddistinto da deferenza nei riguardi dell'amministrazione: una verifica esterna e indiretta secondo lo schema dell'eccesso di potere, un riscontro del rispetto delle norme di procedura e di motivazione e dell'insussistenza di manifesta irragionevolezza o di palese travisamento dei fatti, un controllo estrinseco sulla ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, logicità, coerenza e completezza della valutazione [61]. La giurisprudenza ha coniato a tal proposito il principio di "ragionevolezza tecnica": di fronte ad atti posti in essere dalle Autorità di regolazione, di garanzia e di vigilanza applicativi di clausole generali il giudice amministrativo ha solo il potere di verificare la ragionevolezza del criterio accolto dall'amministrazione, la completezza e la serietà dell'istruttoria, l'adeguatezza della motivazione fornita ma non può stabilire se la valutazione dell'amministrazione sia giusta, condivisibile, appropriata o comunque concretamente preferibile. Data una valutazione opinabile, qualora sia stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica prescelta dall'amministrazione nei riguardi del caso di specie, il giudice deve fermarsi se il risultato al quale è giunta l'amministrazione è "uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza" e ciò "anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato" [62].

Si tratta di un orientamento condiviso allo stato anche dalle sezioni unite della Cassazione, secondo cui il giudice di merito "deve arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo"; nonché da (buona parte della) Corte di giustizia, a detta della quale "il controllo che i giudici dell'Unione esercitano sulle valutazioni economiche complesse condotte dalla Commissione si limita necessariamente alla verifica dell'osservanza delle regole procedurali e di motivazione, nonché all'esattezza materiale dei fatti, all'assenza di manifesti errori di valutazione dei fatti e di sviamento di potere" [63].

Un sindacato giurisdizionale di tal genere poggia su molteplici giustificazioni. Alcune ricorrono in ogni settore dell'agire amministrativo, come l'osservanza del principio di separazione dei poteri dello Stato e il conseguente carattere riservato della valutazione, altre invece sono specifiche dell'agire delle autorità indipendenti, come la posizione d'indipendenza di queste ultime oppure la loro qualificata competenza tecnica [64]. Si afferma, ad esempio, che il sindacato sugli atti dell'Autorità Garante delle Comunicazioni

---

[61] Il giudice "deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato". "Anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici" (Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322).

[62] Tra le tantissime cfr., di recente, Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; 15 dicembre 2020, n. 8061; 30 gennaio 2020, n. 779; 6 marzo 2019, n. 1550; TAR Lombardia, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 271.

[63] Rispettivamente Cass., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929, relativa a una sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e Corte di giustizia, 7 maggio 2020, C-148/19 P, con riguardo a una decisione della Commissione europea in tema di aiuti di Stato, entrambe richiamate da M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, II ed., pp. 263-264.

[64] Cons. Stato, sez. VI, n. 19 marzo 2020, n. 1957; 11 novembre 2019, n. 7719; 2 settembre 2019, n. 6022; 5 agosto 2019, n. 5559.

deve essere limitato in considerazione del fatto che essa opera in "materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, le regole del gioco" [65]. La stessa argomentazione ricorre nel caso di valutazioni rimesse alla Banca d'Italia, il cui sindacato "incontra il limite della specifica competenza tecnica (e) della posizione di indipendenza" [66].

Con riferimento specifico ed esclusivo all'attività svolta dall'Autorità antitrust è stato lo stesso legislatore a (cercare di) positivizzare l'orientamento giurisprudenziale in esame. L'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, stabilisce infatti che il sindacato del giudice amministrativo in materia riguarda "i profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità", o, capovolgendo la costruzione sintattica, non può spingersi sino a controllare gli aspetti oggettivamente opinabili, che costituiscono un limite al potere cognitorio e decisorio del giudice. Se una parte della giurisprudenza successiva all'intervento normativo ha interpretato letteralmente la disposizione, affermando che "l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza" [67], altra parte della giurisprudenza si è emancipata dallo stretto dato testuale e si è posta lungo la scia del secondo orientamento giurisprudenziale [68].

b) Il secondo filone giurisprudenziale, che si oppone a quello più tradizionale, nasce proprio nelle ipotesi di clausole generali la cui integrazione valutativa è stata demandata alle autorità indipendenti e solo successivamente è stato via via esteso ad altri settori dell'agire amministrativo, come, ad esempio, alla materia ambientale o al campo dei beni culturali [69]. Quest'ultimo orientamento non è ancora consolidato [70], sta tuttora procedendo per progressivi aggiustamenti e risulta oltretutto articolato al suo interno. Esso reputa che le valutazioni effettuate dall'amministrazione, per quanto opinabili, non rappresentino un limite intrinseco al sindacato del giudice amministrativo, partendo dal presupposto che il procedimento di integrazione valutativa delle clausole generali

[65] Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645.

[66] Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113.

[67] TAR Lazio, sez. I, 17 maggio 2021, n. 5801.

[68] In ciò sostenuto da una parte della dottrina; cfr. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv.it.dir.pubbl.com*., 2021, p. 469 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 45 ss., spec. p. 76 ss. In senso parzialmente diverso, cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, *ivi*, 2018, p. 1209 ss., p. 1221 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sule valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti della autorità indipendenti*, in *Dir. amm*., 2020, 97 ss. 109, in part. nota 35.

[69] *Leading case* è Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in tema di divieto di intesa restrittiva della concorrenza; l'indirizzo ha poi trovato applicazione anche altrove; ad esempio, in materia di realizzazione di impianti di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili (Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167) e di diniego di autorizzazione paesaggistica (Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624).

[70] Anche se, da ultimo, si veda il cospicuo pacchetto di decisioni del Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312; 29 marzo 2023, n. 3280, n. 3281, n. 3282, tutte in tema antitrust.

debba essere ricostruito in maniera differente rispetto a quanto fa il primo orientamento.

Si ritiene infatti che la sussunzione delle circostanze di fatto "nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati" costituisca un'attività intellettiva "ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa". Questo perché "il tratto *libero* dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni giuridiche, tecniche ed economiche" [71]. La sussunzione, anche qualora si svolga attraverso valutazioni opinabili, presenta carattere esclusivamente giuridico, nel senso che la valutazione di fatti complessi nel prisma delle clausole generali è un giudizio compiuto alla stregua di un criterio giuridico [72].

Pertanto, in presenza di norme che "rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili" il mancato confronto tra soluzioni tecniche impedisce di verificare la bontà della soluzione tecnico-scientifica adottata dall'amministrazione. Il giudice deve quindi entrare nel merito delle questioni economiche e procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie, o, con parole differenti, compiere una "piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)" [73]. Al tradizionale "sindacato (non sostitutivo) di *attendibilità*" viene contrapposto un "sindacato pieno di *maggiore attendibilità*": il giudice non deve limitarsi a verificare se la valutazione tecnica compiuta dall'autorità rientri nella gamma di soluzioni intrinsecamente attendibili, ma può spingersi oltre per accertare se essa è anche la valutazione maggiormente attendibile [74].

Ciò non significa che il giudice sostituisca aprioristicamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, ma che quest'ultima è messa su un piano di tendenziale parità rispetto alle valutazioni fornite dal ricorrente, con la conseguenza che il giudice, confrontando valutazioni non coincidenti, è chiamato a stabilire quella che pare meglio argomentata, oppure basata su dati empirici più solidi o sulla letteratura scientifica più accreditata [75].

Il ricorrente ha così non solo la facoltà di censurare il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali e gli indici di eccesso di potere, ma anche l'onere, qualora intenda contestare il nucleo intrinseco dell'apprezzamento complesso, "di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica" [76]. Di conseguenza, qualora quest'ultimo onere non venga assolto e si fronteggino solo opinioni divergenti, che paiano tutte parimenti plausibili, il giudice "deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito … della competenza ad adottare la decisione" [77].

---

[71] Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414.

[72] B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, p. 321 ss.

[73] Cons. Stato, sez. VI, n. 10624/2022, cit.

[74] Così Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.; a livello europeo emblematica è la sentenza resa in Trib. UE, T-342/99, *Airtours Plc*, nella quale il Tribunale ha di fatto "annientato" (così F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, cit., p. 12 ss.) la teoria della posizione dominante collettiva proposta dalla Commissione al fine di valutare le concentrazioni nei mercati oligopolistici, dettando alcune condizioni alternative che la Commissione stessa avrebbe dovuto seguire per apprezzare l'impatto di tali operazioni sul mercato.

[75] M. CLARICH, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 26-27.

[76] Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

[77] Cons. Stato, Sez. VI, n. 10624/2022, cit.

Questo orientamento giurisprudenziale si diversifica poi al suo interno, a seconda che il giudice ricorra o meno alla consulenza tecnica d'ufficio, giungendo talvolta ad apprezzare direttamente, senza alcun ausilio, i fatti da valutare affrontando direttamente la questione tecnico-scientifica [78], altre volte ritenendo che la soluzione debba necessariamente passare attraverso il vaglio delle risultanze dell'organo verificatore o del consulente tecnico d'ufficio, garantendo il contraddittorio tra i consulenti delle parti in sede processuale [79].

Nella specifica prospettiva qui considerata, che ha riguardo alle clausole generali, sono interessanti alcune delle ragioni addotte a favore del sindacato maggiormente esteso in materia. Si tralasciano quindi sia le argomentazioni che poggiano sui canoni europei della *full jurisdiction* [80], sia i rilievi critici mossi, sul piano pratico, all'orientamento contrapposto, il quale spingerebbe, per un verso, l'amministrazione a focalizzarsi sulla forma e sulla regolarità del suo procedimento a discapito della bontà del risultato, e, per altro verso, i privati a precostituirsi elementi in vista di possibile futuro contenzioso a discapito di una effettiva collaborazione procedimentale utile all'emanazione di una buona decisione [81]. Entrambi i profili infatti assumono una valenza di carattere generale, che trascende il particolare ambito qui considerato. L'attenzione va dunque rivolta alle motivazioni che fanno leva sulle caratteristiche proprie del procedimento di integrazione valutativa del concetto giuridico indeterminato e, quindi, sulla già menzionata spirale ermeneutica tra fatto, tecnica e diritto.

Si è già sottolineato che la sussunzione da parte delle amministrazioni delle circostanze di fatto all'interno dei concetti giuridici indeterminati viene qui concepita come attività interpretativa. Questa posizione del giudice amministrativo presenta notevoli affinità con la posizione attuale delle Sezioni Unite della Cassazione in merito al proprio sindacato sulle sentenze del giudice di merito applicative di clausole generali. Se originariamente tale giudizio era reputato incensurabile in sede di legittimità purché sorretto da una motivazione adeguata ed immune da vizi logici e giuridici [82], a poco a poco è emersa la tendenza da parte della Cassazione a considerare il giudizio di merito applicativo di norme elastiche pienamente soggetto al proprio controllo di legittimità, al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge [83]. In questa evo-

---

[78] Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.; a tal riguardo si vedano le osservazioni critiche di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss.

[79] Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4465, sulla quale cfr. S. RODOLFO MASERA, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la "dimensione" processuale del problema*, in questa *Rivista*, 2021, 406 ss.

[80] Su cui si rinvia a F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; ID., *L'efficacia del provvedimento autonomo AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., 45 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, *ivi*, 2012, p. 1589 ss.

[81] L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, indifferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 189 ss., p. 192.

[82] Per le numerosissime sentenze in tal senso si rinvia ad E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 163 ss.

[83] Così E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit. 230, analizzando le sentenze della Cassazione relative al concetto di "giusta causa di licenziamento", emanate a partire dalla fine del secolo scorso (Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 e Cass., 18 gennaio 1999, n. 434), secondo cui l'applicazione di una norma elastica integra un giudizio di diritto e non di fatto, perché la sussunzione di un fatto materiale in una norma giuridica è questione di legittimità e non di merito.

luzione giurisprudenziale si trova un eco delle tesi della dottrina processualcivilistica favorevole a ritenere che tutto ciò che riguarda l'applicazione di norme giuridiche inerisce al giudizio di diritto, "indipendentemente dal carattere di maggiore o minore determinatezza del contenuto della disposizione" [84].

La dottrina pubblicistica maggiormente attenta all'effettività della tutela giurisdizionale e alla parità delle parti processuali ha suggerito di trarre ispirazione dall'evoluzione registrata in Cassazione, che dimostrerebbe come "l'elasticità della norma, l'indeterminatezza del concetto" non siano sufficienti a "degradare il giudizio di diritto in giudizio di fatto". Sempre e in ogni caso si tratta di stabilire se una certa situazione, "di cui sia stata definita la verità materiale", rientri o meno nella fattispecie contemplata dalla norma, a prescindere dalla puntualità o meno della fattispecie nella norma stessa [85]. La valutazione incerta, ma pur sempre applicativa di un criterio preciso, deve essere suscettibile di un sindacato pieno: la contestualizzazione o concretizzazione della disposizione normativa contenente clausole generali o concetti giuridici indeterminati è un'operazione che attiene ad una *quaestio juris,* come tale pienamente sottoposta al sindacato giurisdizionale [86].

In particolare, si è evidenziato che la contrapposta giurisprudenza che attribuisce rilievo, per limitare il proprio sindacato, alla "convinzione che la scienza economica non sia in grado di fornire un quadro univoco di soluzione" finisce per identificare l'inesattezza "con l'impossibilità di escludere alla radice ogni soluzione alternativa", includendo quindi tra le valutazioni riservate all'amministrazione "qualsiasi scienza che utilizzi criteri statistici o si basi su logiche probabilistiche" [87]. Sottesa a questa impostazione vi è l'infondato presupposto che la ricostruzione tecnico-scientifica dell'autorità sia sostenuta da "una presunzione *di esattezza*", nel senso che il giudice "si attiene ad essa se non sia stata smentita, e non invece a condizione che sia stata verificata con esito positivo" [88]. È chiaro qui l'accostamento di questa presunzione di esattezza con la risalente e ormai superata idea della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo [89]. In questa maniera, "l'affermazione dell'opinabilità, nella giurisprudenza italiana, non è un risultato finale, ma è un dato di partenza", perché al riscontro della possibilità di margini di opinabilità nell'attività amministrativa si fa corrispondere, in via di principio, l'esclusione di un confronto tra diverse soluzioni [90].

---

[84] Così M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 118 ss.; ID., *La prova de fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 67 ss.; in senso del tutto analogo E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, cit.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo,* cit., 439 ss.; B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 320 ss.

[85] A. TRAVI, *Recensione a Ernesto Fabiani, Clausole generali e sindacato della Cassazione, con prefazione di Michele Taruffo,* in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 663 ss.

[86] F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 257 ss., 261 e 267.

[87] A. TRAVI, *Il giudice amministrativo,* cit., p. 439 ss.

[88] A. TRAVI, *op. ult. cit.*; dello stesso Autore cfr. altresì *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 304 ss.

[89] B. TONOLETTI, *Norme imprecise, qualificazione dei fatti ed estensione della cognizione del giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI-M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, p. 145 ss., p. 156, nt. 25.

[90] Così A. TRAVI, *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *La protección de los derechos frente al poder de la administracion. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Caracas, 2014, 755 ss.;

A scompaginare ulteriormente le carte generate dai due opposti orientamenti giurisprudenziali vi è la circostanza, già sottolineata, che esistono tipologie di clausole generali, come ad esempio quella facente riferimento a "ragioni essenziali di economia nazionale", che delegano il suo interprete a compiere una scelta connotata da una ponderazione di tutti gli interessi in gioco. Nondimeno, anche rispetto a queste clausole generali la tutela dell'interesse individuale dovrebbe comportare un riesame degli apprezzamenti compiuti dall'amministrazione, per lo meno con riferimento ai fatti contestati, evitando di riconoscere un potere di riempimento della clausola generale integralmente e indistintamente riservato all'amministrazione stessa. Ma la questione è ancora più complessa in ragione del fatto che non sempre è agevole individuare ipotesi connotate da quella politicità intrinseca propria nel bilanciamento di interessi da contrapporre ad ipotesi che si limitano a prevedere margini di opinabilità, o, in altri termini, le valutazioni tecniche talvolta non sono chiaramente separabili dalle valutazioni di opportunità [91].

Un esempio per tutti è dato dal sindacato effettuato, anche in tempi recenti, dal giudice amministrativo in relazione alla clausola generale di "sana e prudente gestione" (art. 5 TUB). Tale clausola attraversa in vari punti la disciplina bancaria, al punto da essere stata definita una clausola generale dell'intero settore, e rappresenta un presupposto, indeterminato, per l'emanazione di molti provvedimenti di competenza della Banca d'Italia [92]. Tra i poteri che traggono fondamento dalla tutela della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati rientrano alcune misure di intervento precoce, c.d. di *removal*, adottabili nello stato embrionale della crisi degli istituti, al fine di scongiurare il definitivo deterioramento della situazione aziendale e di prevenire gli effetti sistemici che tale crisi genera sulla stabilità del sistema bancario, imponendo l'estromissione degli organi responsabili del declino (artt. 69-*bis* ss. TUB).

Il Consiglio di Stato, nel considerare i presupposti per l'adozione di una misura di *removal* [93], ha sostenuto che nelle valutazioni complesse cui è chiamata la Banca d'Italia si registra "una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico" e, più in generale, "la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario". Questa affermata attrazione del momento dell'apprezzamento tecnico nell'orbita della ponderazione degli interessi porta il Consiglio di Stato ad estendere i confini della riserva di valutazione dell'amministrazione e, conseguentemente, del sindacato estrinseco sulle clausole generali, potendo il giudice amministrativo in queste ipotesi intrecciate (altri-

---

"che l'opinabilità debba essere *reale* e debba rappresentare non il complesso della valutazione amministrativa, ma soltanto un suo *margine residuale* è premessa necessaria e sufficiente … per consentire un sindacato non meramente estrinseco da parte del giudice amministrativo" (B. TONOLETTI, *Norme imprecise,* cit., p. 166).

[91] "La distinzione tra accertamenti e valutazioni di opportunità non (è) sempre netta e sicura, perché le norme sono dettate in vista di esigenze pratiche, senza tener conto spesso delle ragioni della certezza del diritto"; così B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 324.

[92] M. STELLA RICHTER, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, 320, la definisce "una endiadi o un ossimoro". In senso analogo cfr. F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa a statuto contrattuale: il criterio della sana e prudente gestione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 131 ss.; P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, p. 133 ss.

[93] Si tratta delle misure previste dall'art. 69-*vicies-semel* TUB, tra cui la rimozione di tutti i componenti del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e del direttore generale.

menti dette di discrezionalità mista) verificare solamente "la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione" [94]. Si torna così, se si vuole in via indiretta, a un sindacato integralmente e completamente estrinseco.

L'esempio mostra come siano proprio le clausole generali a mettere a dura prova la tenuta della distinzione tra valutazioni tecniche complesse e valutazioni in ordine alla tutela dell'interesse istituzionalmente demandato all'amministrazione, come pure il confine tra giudizio di fatto e giudizio di diritto rilevante per il controllo in Cassazione [95]. Tuttavia, in questo quadro incerto e problematico non va dimenticato che, dal punto di vista sostanziale, la valutazione di fattispecie determinate con criteri estremamente elastici comporta sempre un'attività interpretativa da condurre alla stregua di determinati standards da verificare, mentre, dal punto di vista processuale, il giudice deve essere sempre *super partes*, come impone l'art. 111 Cost., con la conseguenza che sono per lui irrilevanti la particolare autorevolezza e la specifica qualificazione tecnica di una delle parti, per quanto essa sia titolare, in prima battuta, del potere di concretizzazione della clausola generale.

[94] "È evidente il carattere spiccatamente discrezionale del provvedimento in esame, volendosi con ciò sottolineare come l'autorità vigilanza, una volta accertata l'esistenza dei presupposti oggettivi enunciati dall'art. 69-*octiesdecies*, comma1, lett. b), TUB, sia chiamata a stabilire, sulla base di una valutazione di opportunità, se disporre la rimozione collettiva degli organi sociali, ovvero se, nello specifico caso, siano prospettabili soluzioni meno gravose (o se in ipotesi sia invece necessaria una misura ancora più incisiva)"; così Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giur. comm.*, 2023, p. 389 ss., con note di R. PISELLI, *I poteri in intervento precoce di Banca d'Italia: spigolature di diritto commerciale*, e di G. FIDONE, *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*.

[95] Sulla linea di facile trapasso tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, spec. 75 ss.; per quanto attiene al sindacato in Cassazione si rinvia a L. SALVANESCHI, *Il confine incerto tra giudizio di fatto e giudizio di diritto nell'uso delle clausole generali e il controllo della Cassazione*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, cit., p. 483 ss., spec. p. 486 ss.; S. DE MATTEIS, *Il sindacato della Cassazione sulle clausole generali, tra fatto e diritto*, in *Giust. civ.*, 2022, II, p. 265 ss.

Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento

The legislative decree No. 201/2022 and the reform of local services of general economic interest: an overview

di *Paola Chirulli* *

ABSTRACT

Il contributo intende offrire un inquadramento della riforma dei servizi pubblici locali introdotta dal d.lgs. n. 201/2022, mettendone in luce gli aspetti più innovativi, con particolare riferimento al rapporto tra servizio pubblico, mercato e iniziative private. L'articolo si sofferma sulle nuove responsabilità dell'ente locale nelle scelte di istituzione e di gestione dei servizi e sull'accresciuto peso della regolazione, dei controlli di efficienza e di trasparenza della gestione.

The article is aimed at offering an overview of the reform of local services of general economic interest enacted by l. d. No. 201/2022, by highlighting its main innovations and achievements, with specific focus on the relationship between public service, the market and private initiatives. To this end, it focuses on the new responsibilities of local authorities in establishing services and their management and on the increasing role of regulation, efficiency and transparency.

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. di riordino e la sua genesi. – 2. Il perimetro della riforma. – 3. Servizio pubblico locale, concorrenza per il mercato e sussidiarietà. – 4. Il servizio pubblico locale in un'ottica di efficacia ed efficienza. Il ruolo della regolazione. – 5. Trasparenza e *accountability*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il d.lgs. di riordino e la sua genesi

In tempi rapidi e senza troppo clamore, in attuazione della delega contenuta nella legge concorrenza 2021 [1], con il d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201 si è concluso il processo di lenta e sofferta codificazione di una disciplina generale dei servizi pubblici locali, oggetto nel recente passato di ripetuti tentativi di riforma [2] e resa più urgente dalla necessità di dare attuazione alle misure del PNRR [3].

* Professoressa di Diritto amministrativo presso Sapienza Università di Roma.

[1] Art. 8, legge 5 agosto 2022, n. 118.

[2] La riforma organica dei servizi pubblici locali negli ultimi vent'anni è stata tentata da quattro Governi diversi, in cinque diverse occasioni, ma sempre con esito fallimentare: dal Governo Berlusconi II, prima nel 2001 (art. 35, legge 28 dicembre 2001, n. 448) e poco dopo nel 2003

Sul fallimento dei precedenti disegni di riordino, alcuni di portata solo parziale e disorganica, aveva pesato il nodo irrisolto e controverso delle "liberalizzazioni"[4], che ha portato, com'è noto, anche a un referendum[5] e a pronunce della corte costituzionale[6].

Pur non essendo in discussione l'autonomia dell'ente locale nell'individuare i servizi pubblici da istituire e nell'utilizzare lo strumento dell'autoproduzione, ampiamente riconosciuta dalla disciplina eurounitaria[7], il dibattito in passato si è soprattutto concentrato sulle forme di gestione più che sulla precisazione del perimetro dei servizi pubblici locali rispetto alle attività liberamente svolte dai privati.

La vicinanza della materia ai bisogni più essenziali della collettività – si pensi al servizio idrico – ma anche la differenza tra le varie tipologie di servizio e la rispettiva offerta attuale e potenziale presente sul mercato – è certamente alla base delle difficoltà di dettarne una disciplina unitaria, che presuppone una definizione del servizio pubblico e soprattutto dei rapporti tra pubblico e privato, nonché tra pubblico e mercato.

Non è un caso che, pur affrontando il tema di fondo dell'istituzione/assunzione del servizio, e dunque della perimetrazione delle attività di servizio pubblico locale, già il disegno di riordino pensato nel 2016 in attuazione della c.d. legge Madia, muovesse dalla premessa di non radicalizzare l'alternativa tra liberalizzazione o gestione pubblica del servizio.

Sotto questo profilo, il testo in esame prospetta una serie scalare di alterna-

---

(art. 14, legge 24 novembre 2003, n. 326), con una disposizione assai simile alla precedente, censurata però dalla Corte Cost. (27 luglio 2004, n. 272); dal Governo Prodi II nel 2008, con l'articolo 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 – e con il relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 7 settembre 2020, n. 168); dal Governo Berlusconi IV nel 2011, con il d.l. 13 agosto 2011, n.138, anch'esso censurato dalla Corte Cost., per contenere disposizioni troppo simili a quelle appena abrogate (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199); dal Governo Renzi nel 2015, con la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e lo schema di decreto legislativo contenente il Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, mai emanato, a causa dell'intervento del giudice delle leggi (Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251), ma forse anche al mutato clima politico.

[3] Sull'inserimento del riordino dei servizi pubblici locali tra le riforme "abilitanti" del PNRR in materia di concorrenza, v. A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giornale dir. amm.*, 4/2023, 479.

[4] L'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 aveva in realtà introdotto misure di solo parziale liberalizzazione, invertendo il rapporto tra concorrenza per il mercato, attraverso l'affidamento a terzi tramite gara, e autoproduzione attraverso lo strumento delle società *in house*.

[5] Si fa riferimento al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, avente ad oggetto, tra l'altro, la disciplina contenuta nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008. Sull'esito del referendum pesò non poco la campagna mediatica legata allo slogan sulla "privatizzazione dell'acqua".

[6] La Corte Cost., con sentenza n. 199/2012, ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, il cui primo comma così recitava: «Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.» In precedenza, la riforma introdotta nel 2003 era stata censurata solo parzialmente dalla Corte Cost., nella parte in cui disciplinava aspetti di dettaglio delle modalità di svolgimento delle gare per la selezione della gestione e dettava la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, esulando dal titolo di legislazione statale esclusiva rappresentato dalla tutela della concorrenza.

[7] Si veda il Protocollo n. 26 allegato al TUE e al TFUE.

tive tra le quali spetta all'ente locale scegliere, individuando i principi e le regole che debbono guidare il processo decisionale e che ne rappresentano al tempo stesso il parametro di legittimità.

Compatibilmente con l'obiettivo di dettare una normativa organica di riordino dei servizi pubblici locali, il decreto n. 201/22 è un testo snello, che detta una disciplina generale, destinata a prevalere sulle previsioni di settore, salvo ove diversamente previsto.

2. Il perimetro della riforma

Il legislatore delegato ha agito all'interno di un perimetro, che è quello dei servizi di interesse economico generale, la cui rilevanza per il mercato e per la concorrenza contribuisce a giustificare il titolo statale della disciplina di riordino della materia insieme alla disciplina delle funzioni fondamentali degli enti locali [8]. Anche per questo, del tutto condivisibilmente, non ha tentato di dettare una definizione originale del servizio pubblico locale [9], facendo propria la nozione di servizio generale di rilevanza economica [10], in coerenza del resto con quanto più volte precisato sul punto non solo dalla Commissione europea [11] ma anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale [12] e del Consiglio di Stato [13]. Nella definizione contenuta nell'art. 2, infatti, precisandone la natura economica di rilevanza anche comunitaria, riferita alla suscettibilità di erogazione dietro corrispettivo economico su un mercato, il testo contempla quale elemento indefettibile del servizio pubblico l'esistenza di un fallimento del mercato, riferendosi ai servizi che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o che sarebbero offerti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza [14]. Da questo punto di vista, il testo appare coerente con i criteri di delega, e segnatamente con quello che imponeva *in primis* il rispetto della tutela della concorrenza, e dei principi e dei criteri dettati dalla normativa dell'Unione Europea e dalla legge statale.

Per quanto riguarda invece l'aggettivo *pubblico* che caratterizza il servizio locale, il decreto ne precisa in più punti la finalizzazione alla soddisfazione dei bisogni delle collettività locali [15], anch'esso criterio di delega, insieme all'assi-

---

[8] Chiaramente delineato nell'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022.

[9] Sulle difficoltà di definire il servizio pubblico locale, già nell'ambito di un complesso inquadramento della nozione di servizio pubblico, nell'ambito di una vasta letteratura, v. E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, *Digesto (disc. Pubbl.)*, 2012, p. 629.

[10] Come precisa M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, p. 6 ss., la disciplina contenuta nel testo unico è applicabile anche ai servizi sociali di rilevanza economica.

[11] Si pensi ad esempio alla Comunicazione sui Servizi di interesse generale del 2000 (COM (2000) 580).

[12] Si veda Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

[13] Sulla rilevanza della distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi che ne sono privi, v., *ex multis*, Cons. Stato, V, 6 dicembre 2022, n.10682; 3 aprile 2018, n. 2036.

[14] Si veda, anche per riferimenti bibliografici, M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Dir.*, *I tematici*, *III, Funzioni amministrative*, B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (diretto da), Giuffrè, Milano, 2022, p. 1087.

[15] Si veda l'art. 3 dedicato ai principi generali del servizio pubblico locale, nel quale «la sod-

curazione di condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e di assicurazione dei migliori livelli di qualità e di sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale [16].

Dall'art. 10 del decreto emerge inoltre una nozione di servizio pubblico locale dal perimetro mobile e dinamico [17], disancorata dalla dicotomia oggettiva/soggettiva, che risponde, tra l'altro, alla necessità di modulare il rapporto tra l'autonomia dell'ente locale e l'iniziativa privata tenendo conto della differenziazione territoriale e dell'offerta quantitativa e qualitativa presente, tenendo in considerazione anche il profilo temporale [18].

Emergono così i tre poli di riferimento della disciplina: l'autonomia dell'ente locale, ente a fini generali, e il suo diretto collegamento con la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento; la rilevanza del contesto di mercato e delle iniziative sussidiarie, nella prospettiva dell'operatore; il rapporto con il cittadino-utente del servizio, fonte del bisogno, fruitore e al tempo stesso titolare del diritto di valutare l'efficacia del servizio.

Il testo si propone di trovare un equilibrio tra queste componenti, e da questo punto di vista sembra mantenere la promessa, come risulta già dall'art. 3 sui principi, che specifica anche i principali obiettivi che la disciplina detta agli enti locali.

In primo luogo vi sono le comunità e i loro bisogni, che segnano il perimetro esterno dei servizi pubblici locali; poi la concorrenza e la sussidiarietà, che debbono essere perseguite avendo cura di assicurare efficacia e adeguatezza dei servizi, con tariffe che riflettono i costi efficienti, l'innovazione tecnologica e la promozione degli investimenti, la proporzionalità nella durata e infine trasparenza sia nelle scelte, sia nei risultati. Infine, la centralità del cittadino e dell'utente.

Volendo offrire un quadro di sintesi, che faccia da cornice ai contributi più specifici, la disciplina di riordino si sviluppa lungo tre principali direttrici: la definizione del rapporto pubblico-privato, nei confronti del mercato ma anche delle autonome iniziative assunte dai privati cittadini; la scelta ponderata delle modalità di gestione dei servizi, improntata ad efficacia ed efficienza; l'*accountability* degli enti locali in tutte le fasi di gestione del ciclo dei servizi. Come è stato segnalato [19], vi è una certa vicinanza con l'approccio seguito dal legislatore nella redazione del codice dei contratti pubblici, che ha articolato la disciplina dei singoli istituti seguendo le fasi delle procedure di affidamento dei contratti. Anche nel nostro caso, infatti, le previsioni scandiscono con una cer-

---

disfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti» figura sia nel primo comma, come elemento caratterizzante, sia nel secondo, come «efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini», sia nel terzo, dove si ribadisce la centralità del cittadino e dell'utente. L'art. 10 funzionalizza la stessa individuazione del perimetro del servizio pubblico locale al soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali.

[16] Così il comma 2, lett. a) dell'art. 8 della legge delega.

[17] A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, Giuffrè, Milano, 2023, p.166 ss.

[18] Si veda M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 522.

[19] G. BRUZZONE, *Analisi economica e trasparenza nelle scelte delle amministrazioni*, relazione al convegno su *Concorrenza, regolazione e fini sociali nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (d. lgs. n. 201/2022)*, svoltosi all'Università di Venezia Cà Foscari il 21 aprile 2023.

ta precisione quattro fasi: la perimetrazione del servizio ossia, come qualcuno ha detto, la "verifica di liberalizzabilità" [20]; la scelta della modalità di gestione e di affidamento; la regolazione del rapporto contrattuale; il costante monitoraggio e la verifica dei risultati.

Pur dichiaratamente limitato alla predisposizione di una disciplina generale, e dunque caratterizzandosi per l'assenza di disposizioni dedicate agli specifici settori, il testo detta alcune importanti previsioni di coordinamento, come ad esempio in materia di trasporto pubblico locale [21], dove, com'è noto, la disciplina prevista dal regolamento n. 1370/2007 consente un più ampio ricorso a forme di affidamento diretto, ma contiene previsioni più restrittive sull'utilizzazione del modello *in house* [22]. L'art. 32 del decreto opera un utile coordinamento tra le norme previste in via generale, la normativa europea e la disciplina di settore. Analoghe previsioni sono formulate in materia di servizio idrico, rifiuti urbani e farmacie, mentre per i servizi di distribuzione di energia elettrica e gas naturale stabilisce che resta in vigore la normativa di settore di derivazione europea.

3. Servizio pubblico locale, concorrenza per il mercato e sussidiarietà

Il fulcro della riforma viene centrato sul momento dell'istituzione del servizio, che rappresenta il primo punto di contatto con i bisogni da soddisfare, e che precede funzionalmente oltre che temporalmente la scelta delle modalità di gestione.

Il decreto disegna un modello scalare composto da tre livelli di servizi, oltre a quelli che vengono sufficientemente prestati dal mercato e dalle autonome iniziative dei cittadini, e che non rientrano nel perimetro dei servizi pubblici.

L'istituzione di un servizio pubblico, che segna il passaggio del servizio dallo *status* di attività economica liberamente svolta sul mercato a quello di prestazione connotata da aspetti di doverosità, sia per l'ente istitutore, sia per i privati che ne prendono in carico la gestione, è soggetto a una ponderata valutazione, di cui l'ente deve dare atto in una relazione articolata.

La scelta dell'ente locale, pur avendo carattere politico-amministrativo, deve essere adeguatamente motivata sulla base di parametri oggettivi, e dunque non è espressione di discrezionalità pura.

In tale ambito, fermi restando i servizi già previsti dalla legge, l'amministrazione potrà optare tra:

• servizi *non necessari*, che l'ente locale decide di non istituire, poiché l'offerta libera esistente è sufficiente a garantire la soddisfazione dei cittadini, ma per i quali può promuovere vantaggi economici e misure di sostegno (art. 11);

---

[20] Così M. CALCAGNILE, *I modi di gestione dei servizi*, relazione al convegno, *ult. cit*.

[21] Al quale invece nello schema normativo del 2016 erano dedicate numerose capillari disposizioni.

[22] Per una ricostruzione accurata delle modalità di coordinamento delle previsioni contenute nel testo unicocon il regolamento (CE) n. 1370/2007, v. L. BERTONAZZI, *Modalità di gestione del trasporto pubblico locale*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 378 ss.

• servizi che vengono *ritenuti necessari* e dunque istituiti, per i quali tuttavia non vengono attribuiti al gestore diritti esclusivi o speciali, né vi è altra forma di selezione dei soggetti abilitati, ma possono essere imposti obblighi di servizio pubblico a uno o più operatori;

• servizi *necessari*, per i quali vengano previsti motivatamente diritti speciali o esclusivi (art. 13), ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, e per i quali sono disciplinate le modalità di gestione e di affidamento (art. 14).

Diversificato è dunque il modo in cui il servizio pubblico intercetta il libero mercato e l'offerta autonoma dei cittadini organizzati, ben potendo essere gestito con modalità che, pur assicurando i requisiti di accessibilità, di continuità di qualità del servizio pubblico, lasciano spazio alle imprese e ai cittadini attivi.

Sotto questo profilo, l'attuale testo appare aver ripreso e affinato l'impostazione innovativa dello schema del 2016, che aveva previsto forme di concorrenza nel mercato, modalità finora non contemplata dalla nostra legislazione sui servizi pubblici locali. È stato eliminato il riferimento all'assunzione dei servizi, termine utilizzato nel 2016, e che poteva generare qualche equivoco interpretativo lasciando pensare non solo alla perimetrazione del servizio pubblico, ma anche alla sua presa in carico da parte dell'ente locale. Condivisibilmente il testo non poggia sulla distinzione tra titolarità e gestione, restando comunque sempre in capo all'ente locale la responsabilità ultima per l'istituzione del servizio, per la verifica continua della sua rispondenza ai bisogni della collettività e soprattutto per la definizione delle modalità del suo svolgimento, nonché per il monitoraggio continuo sulla gestione.

Le forme di concorrenza *per* il mercato, attraverso l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, sono previste come modalità residuale che, per le potenzialità restrittive della libertà di impresa, devono essere rigorosamente motivate e scelte solo se indispensabili all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico.

Quanto invece ai modi di attuazione delle previste forme di concorrenza *nel* mercato, il testo non fornisce specifiche indicazioni e, a differenza di quanto previsto dal decreto del 2016, non richiama il d.lgs. n. 59/2010 di recepimento della direttiva servizi n. 123/06, né il regime di semplificazione ivi disciplinato. Nonostante la mancata menzione di tale normativa nell'attuale decreto, è fuor di dubbio che vi possa essere una sovrapposizione tra le previsioni in materia di servizi di interesse economico generale e quelle contenute nella normativa di derivazione comunitaria sulla c.d. "liberalizzazione" dei servizi [23].

Come scelta delle modalità di ricorso all'offerta presente sul mercato, il testo del 2016 prevedeva la sola ipotesi di imposizione di obblighi di servizio pubblico a tutti gli operatori, forse immaginando (pur senza prevederlo) un modello di autorizzazione generale, mentre l'attuale decreto prevede la possibilità che destinatari di tali obblighi siano solo alcuni operatori. Pur ipotizzando l'imposizione di un onere a un'impresa privata nello svolgimento di una attività libera, la norma sembra avere una finalità facoltizzante, piuttosto che ablatoria/impositiva, anche se sembra presupporre la titolarità di poteri di regolazione in capo all'ente locale in relazione alla specifica attività. È stato condivisi-

[23] Sia consentito sul punto un rinvio a P. CHIRULLI, *Servizi pubblici "deregolamentati"? Il caso del trasporto pubblico locale*, in *Diritto amministrativo e società civile*, scritti in onore di F. Roversi Monaco, vol. III, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 405.

bilmente osservato come l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (che nel diritto eurounitario sono quegli oneri che l'impresa non assumerebbe o non assumerebbe alle stesse condizioni) sia cosa diversa dall'affidamento del servizio, che implica in primo luogo il dovere di prestare il servizio. La scelta resta libera per il privato, senza che vi siano limiti di accesso al mercato [24], ma occorrerà tuttavia in sede consensuale/regolatoria prevedere misure di compensazione degli oneri di servizio pubblico per coloro che (evidentemente a titolo volontario) li prendono in carico, in una misura che dovrà essere parametrata ai maggiori costi di produzione del servizio [25].

Eliminato il riferimento all'assunzione del servizio presente nel testo del 2016, che rimandava forse a un'accezione troppo soggettiva, centrale resta comunque la scelta, politico-amministrativa, dell'istituzione del servizio, ed è una scelta che, pur nel perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 3 sui principi, e nel rispetto dei criteri ispiratori della riforma, spetta all'ente locale, nell'autonomia che gli è propria, e che la stessa normativa di fonte europea del resto gli riconosce. Ed è in definitiva rimesso al singolo comune – al di là dei servizi obbligatori per legge – individuare ulteriori servizi pubblici necessari oppure non necessari [26], inserendoli tra le prestazioni libere a fruizione agevolata per gli utenti, le attività sottoposte a modalità di affidamento selettive ovvero prevedendone l'erogazione attraverso l'autoproduzione. Tali scelte sono sottoposte a un dovere di proporzionalità e di motivazione rafforzata ed è prevista la facoltà di prevedere forme di consultazione pubblica, che forse sarebbero state da prevedere come doverose, rappresentando una importante modalità di emersione dei bisogni.

E d'altra parte, ferme restando le iniziative organizzative autonome dei cittadini attivi, la partecipazione alla fase conoscitiva che precede la scelta di istituire un eventuale servizio e di definirne le modalità ottimali di affidamento andrebbe il più possibile e il prima possibile condivisa con la collettività di riferimento [27].

Qui il riferimento alla sussidiarietà orizzontale e ai modelli di amministrazione collaborativa e condivisa viene spontaneo, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia [28]: si pensi non solo ai rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore, di cui all'art. 18 del decreto [29], ma ad esempio anche ai patti di collaborazione, strumenti ormai diffusi sul territorio e previsti da regolamenti di numerosi comuni, anche se ancora

---

[24] Come rilevato da M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 11, la quale osserva che in questo caso «nel rispetto del vincolo, il mercato resta liberamente accessibile.».

[25] G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori sul mercato*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 197 ss.

[26] Art. 11, che prevede, nei casi di servizi la cui istituzione sia "non necessaria", la promozione di iniziative per assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni degli utenti, come ad esempio il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni ai fini della fruizione del servizio.

[27] Condivisibili sul punto le considerazioni di A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., p. 176 ss.

[28] Il riferimento è a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, sull'assenza di una riserva pubblica nella cura dell'interesse comune e sulla legittimità degli spazi lasciati all'autonoma iniziativa dei cittadini e degli enti del terzo settore.

[29] Che a sua volta fa attuazione di quanto previsto dalla lett. o) dell'art. 8, comma2, della legge delega, in merito alla necessità di razionalizzare la disciplina dei servizi pubblici locali con la disciplina per l'affidamento dei rapporti negoziali di partenariato regolati dal Codice del Terzo settore.

privi di un preciso inquadramento normativo [30]. È chiaro tuttavia che il dispiegarsi in concreto di queste forme di sussidiarietà e di co-amministrazione e la loro diversa incidenza sulle scelte pubbliche dipenderà dagli strumenti regolatori di cui ogni ente o aggregazione si doterà e dal grado di apertura a forme collaborative già presente all'interno a ciascun ente.

Il decreto non scioglie tutti i nodi relativi alla possibile intersezione tra attività libere e servizio pubblico: non individua lo strumento con cui possono prevedersi a carico di privati operanti sul libero mercato obblighi di servizio pubblico, né chiarisce se sia consentito, anche in caso di acclarati e documentati fallimenti del mercato, e di istituzione (o di mantenimento) di un servizio pubblico affidato in esclusiva o gestito in autoproduzione, ammettere la possibilità di consentire a imprenditori privati di offrire lo stesso servizio ma in regime libero pur in condizioni insufficienti a coprire i bisogni della comunità di riferimento [31]. In termini ancora più generali, l'art. 8 della legge delega, alla lettera d) ha espressamente inserito tra i criteri anche il superamento dei regimi di esclusiva, ma tale previsione – che peraltro non trova riscontro nel testo del d.lgs., se non con riferimento all'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi – non dovrebbe poter incidere sulle privative previste dalla legge, come ad esempio in materia di rifiuti urbani. Come è stato rilevato in dottrina, la mera indicazione contenuta nella legge delega non sembra poter facoltizzare gli enti locali a superare previsioni legislative di riserva, ma rafforza il dovere di effettuare un rigoroso scrutinio della necessità di attribuire e di mantenere diritti speciali o esclusivi, facoltizzando comunque una revisione nel tempo dei regimi di esclusiva esistenti [32].

Certamente possibile, anche al fine di attuare in modo più significativo i principi di apertura al mercato e alla sussidiarietà orizzontale, è che gli enti locali o le loro aggregazioni sostituiscano, ove possibile, le gestioni che comportano l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali, o forme di gestione diretta, con affidamento del servizio a più operatori o con modalità autorizzative, ovvero con forme di partenariato con il terzo settore, o ancora con forme di gestione collaborativa.

L'ampiezza delle alternative di cui gli enti locali dispongono nella disciplina dei servizi pubblici appare senz'altro apprezzabile. E tuttavia, l'indeterminatezza di alcune previsioni, come quella sugli obblighi di servizio pubblico disgiunti dall'affidamento del servizio nel suo complesso, potrebbe rappresentare un deterrente proprio rispetto all'applicazione delle soluzioni più innovative rispetto a quelle tradizionalmente utilizzate.

---

[30] Su questi strumenti, per alcune prime indicazioni, si possono vedere gli scritti raccolti nel volume *La co-città*, P. CHIRULLI-C. IAIONE (a cura di), Jovene, Napoli, 2018.

[31] Il tema è stato affrontato da S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, privative e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2/2022, p. 311, la quale sostiene che la presenza di una titolarità pubblica di un dato servizio non significa che vi sia una privativa e che il medesimo servizio non possa essere offerto anche da privati, ancorché a diverse condizioni. Il dibattito sulla possibilità di affiancare o abbinare a servizi svolti in esclusiva attività che possono essere svolte in regime di libero mercato si era posto nella fase di elaborazione del decreto di attuazione dell'art. 4, comma 33-*ter*, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (c.d. decreto liberalizzazioni).

[32] Si v., per uno sviluppo di tale tematica, G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 215 ss.

4. Il servizio pubblico locale in un'ottica di efficacia ed efficienza. Il ruolo della regolazione

Altra importante direttrice della riforma, che ne costituisce un aspetto di potenziale novità [33], è la previsione di misure volte a garantire – indipendentemente dalla modalità di gestione prescelta – la costante efficacia ed efficienza dei servizi.

L'obiettivo viene perseguito attraverso l'introduzione di disposizioni trasversali rispetto alle singole scansioni del ciclo di vita del servizio e che sono innanzitutto di tenore anche, ma non solo, organizzativo.

Il primo istituto è quello che prevede l'incentivazione dell'aggregazione tra comuni sia all'interno della città metropolitana, sia attraverso un dimensionamento di ambiti più ampi di quello del singolo ente locale. Per quanto riguarda invece gli incentivi, il testo rinvia a un decreto ministeriale, prontamente emanato a fine aprile 2023: ma sul tema si rinvia al contributo di Monica Delsignore.

Un profilo determinante per il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'art. 3, è dato dall'esistenza e dal buon funzionamento di un adeguato sistema di regolazione [34].

La nuova disciplina, in coerenza con quanto espressamente previsto anche dalla legge di delega [35], punta in modo marcato su questo aspetto delineando agli articoli un quadro regolatorio composito, che poggia sulla distinzione tra servizi a rete e non a rete, già previsto nella disciplina vigente ma che viene qui ribadito ed espressamente articolato [36].

Per i servizi a rete – ciascuno dei quali peraltro presenta le sue peculiarità – può individuarsi un sistema "ascensionale" che dal livello locale, a sua volta diversamente configurato, si collega a quello nazionale che fa capo alle autorità centrali di regolazione, ARERA per i servizi ambientali ed energetici, ART per il trasporto pubblico locale.

Se il decreto conferma e rafforza le competenze centralizzate delle autorità di regolazione per i servizi a rete, lascia un ruolo complementare ma residuale agli enti locali, che trovano definiti in un atto di fonte centrale (ministero delle imprese e del made in Italy) i costi di riferimento dei servizi, lo schema tipo di piano economico-finanziario, gli indicatori e i livelli minimi di qualità dei servizi, nonché gli schemi di bandi di gara e di contratti tipo.

---

[33] Potenziale in quanto si tratta di un aspetto nel quale fondamentale è l'attuazione della riforma e non la sua semplice enunciazione.

[34] Sul tema, nell'ambito di un'ampia letteratura, v. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Giuffrè, Milano, 2006.

[35] Art. 8, comma2, lett. b), che prescrive una adeguata considerazione delle differenze tra i servizi di interesse economico generale a rete e gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche ai fini della definizione della disciplina relativa alla gestione e all'organizzazione del servizio idonea ad assicurarne la qualità e l'efficienza e della scelta tra autoproduzione e ricorso al mercato.

[36] Sul sistema di regolazione risultante dalla disciplina contenuta dal testo unico e sulle conseguenze legate alla distinzione tra servizi a rete e non, si veda l'articolato contributo di S. LUCATTINI, *La regolazione dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 27 ss. Sui servizi a rete, S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2008.

Resta ai singoli enti (o alle loro aggregazioni) un potere organizzativo di tipo integrativo da esercitare con un regolamento o con altro atto generale in cui inserire principi, obiettivi e standard della gestione. Tale competenza, prevista dall'art. 8 per i servizi non a rete, laddove effettivamente esercitata, potrebbe svolgere un ruolo molto importante, poiché potrebbe stabilire la base regolatoria (condizioni, principi, obiettivi e standard della gestione) su cui si saldano poi le previsioni dei contratti di servizio e degli "altri atti di regolazione contrattuale".

Al complessivo rafforzamento della funzione regolatoria [37] si accompagna la necessità di rendere effettiva la distinzione tra attività di regolazione e di gestione, cui consegue, nel testo, una disciplina piuttosto analitica delle cause di incompatibilità e inconferibilità degli incarichi di gestione del servizio previsti per i componenti dell'organo di indirizzo politico, nonché dei dirigenti e responsabili delle funzioni di organizzazione e della regolazione del servizio.

Come è stato sottolineato in dottrina, la previsione di un regime centralizzato o "duale" di regolazione potrebbe favorire da un lato una maggior indipendenza del regolatore da pressioni a livello locale e la valorizzazione dell'*expertise* di cui esso è fornito, dall'altro, attraverso un coinvolgimento degli enti locali (e auspicando che essi riescano a sviluppare le necessarie competenze) consente di prendere in adeguata considerazione le realtà locali e le loro priorità [38].

Sempre nell'ottica che potremmo definire di risultato, oltre alla previsione delle aggregazioni e della loro incentivazione, centrali sono le norme in materia di scelta delle modalità di affidamento, di cui all'art. 14, comma 2.

In attuazione di quanto prescritto dalla delega [39], e precisato nel precedente art. 13 con riferimento all'attribuzione di diritti speciali o esclusivi – ammessa solo se «indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica» – il testo prevede una declinazione scalare del potere di scelta tra le varie modalità di gestione e un esercizio quanto mai "ponderato" della facoltà di autoproduzione, con particolare riferimento al modello dell'*in house*.

Pur indicando una preferenza per l'esternalizzazione del servizio rispetto alle altre forme di gestione, il testo mantiene in capo all'ente locale un'ampia discrezionalità, che tuttavia viene "guidata" da criteri di efficienza economica, di adeguata valutazione delle caratteristiche tecniche e dei risultati attesi, anche alla luce delle passate gestioni del servizio, e che viene controbilanciata da oneri motivazionali particolarmente stringenti.

Si riconosce dunque all'ente locale una discrezionalità analoga a quella prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici, che consente una flessibilità di scelta alle stazioni appaltanti superiore a quella prevista nel passato. E tutta-

---

[37] Sottolineato anche da A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, cit., p. 485.

[38] In tal senso, v. S. LUCATTINI, *La regolazione dei servizi pubblici locali*, cit., 40, il quale tuttavia osserva come l'articolato sistema di regolazione concepito dal legislatore delegato, «a trazione nazionale-centrale». si presti a inceppamenti dovuti sia a conflitti tra i vari livelli, sia ad incapacità, sia a condotte dilatorie.

[39] La legge di delega (art. 8, comma 2, lett. d)) invitava a definire i criteri per l'istituzione di regimi speciali o esclusivi, anche in considerazione delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità e in conformità alla normativa dell'Unione europea, nonché il superamento dei regimi di esclusiva non conformi a tali principi e, comunque, non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio.

via, anche questa scelta viene incanalata in un procedimento che culmina nella stesura di una relazione non di tenore discorsivo, ma basata su analisi tecniche, economiche e sociali, e che, nel caso di servizi a rete, deve essere accompagnata, ai sensi dell'art. 14, comma4, anche da un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o altro intermediario finanziario.

Importante anche il rinvio alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici, per quanto riguarda le procedure di affidamento a terzi, e segnatamente delle concessioni, modalità che il Testo Unico definisce preferibile all'appalto [40].

Ancora, in conformità con la delega, vi è una particolare attenzione agli indicatori e ai livelli minimi di qualità dei servizi, che hanno una ricaduta anche sulla scelta delle modalità di gestione e sulla durata del servizio.

Nella disciplina del "ciclo di vita" del servizio, fondamentale è la definizione dei contenuti del contratto di servizio, che rappresenta la concretizzazione delle previsioni contenute negli atti che lo precedono, e cioè della delibera sulla selezione della modalità di gestione e di affidamento, e pone le basi per una gestione efficiente, economicamente sana e controllata del rapporto di servizio, assumendo una significativa rilevanza organizzativa [41]. Pur non essendo un istituto nuovo, nel quadro della riforma esso assume una rinnovata centralità, ed è fatto oggetto di una disciplina articolata, tale da consentire non soltanto una chiara rappresentazione dei reciproci obblighi e impegni, ma anche da renderlo strumento di verifica del corretto adempimento delle prestazioni non solo da parte dell'ente locale [42], ma degli stessi utenti [43].

Allo stesso modo, i criteri di calcolo delle tariffe vengono riferiti ai costi di riferimento e ai costi efficienti, ancorandosi sempre di più a parametri di corretta gestione aziendale, così come la definizione della durata del servizio va definita anche sulla base dei tempi di ammortamento degli investimenti; vi è poi l'obbligo di allegare al contratto un piano economico finanziario. Tutto ciò dà contenuto al previsto rilievo dell'efficienza del servizio, che insieme alla qualità ne deve essere elemento caratterizzante, chiamando l'ente locale a tenere fede alle responsabilità assunte con la decisione di istituzione del servizio.

5. Trasparenza e *accountability*

Il decreto di riordino chiude il cerchio rafforzando gli istituti di *accountability* dell'ente locale durante l'intero ciclo di vita dei servizi, a partire dalla decisione di istituire un servizio, da adottare con delibera adeguatamente motivata, e dalla scelta delle modalità di gestione, che deve sempre essere accompagna-

[40] Si veda sul punto l'ampia trattazione di S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di) *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 71 ss., la quale ritiene che il rinvio al codice dei contratti pubblici sia in verità più ampio di quanto espressamente previsto, estendendosi anche alle norme che riguardano il rapporto concessorio e non soltanto il momento dell'affidamento.

[41] Condivisibili, a questo proposito, le considerazioni di S. TORRICELLI, *Contratto di servizio*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 392 ss., secondo il quale l'art. 24 «è una norma che va molto oltre la disciplina del rapporto. È una norma sul dover essere del servizio pubblico, con cui il legislatore delinea di esso la funzione necessaria».

[42] Cfr. art. 24, comma 3, lett. c), d), f), g), h, m), n).

[43] Cfr. art. 24, comma 4.

ta da una relazione, che si sofferma sui criteri di convenienza economica oltre che sulle motivazioni giuridiche, e che deve separatamente motivare anche il *quantum* delle compensazioni previste per gli obblighi di servizio pubblico.

A istituti già noti, come la carta dei servizi, la cui efficacia è rafforzata dai correlati obblighi di trasparenza dei gestori e dalla generalizzazione dei rimedi non giurisdizionali in favore degli utenti, si affiancano specifiche disposizioni in merito alla vigilanza e ai controlli sulla gestione, che poggiano sugli obblighi informativi previsti a carico del gestore (art. 28), alle verifiche periodiche sula situazione gestionale dei servizi pubblici locali (art. 30), alle pubblicazioni e alle altre misure di trasparenza previste dall'art. 31 e che riguardano tutti gli atti che accompagnano il ciclo di vita della gestione del servizio. La disciplina si completa con l'istituzione della piattaforma della trasparenza presso l'ANAC, autorità il cui ruolo appare rafforzato, forse in connessione con l'inserimento della riforma nel più ampio ambito del PNRR, mentre è venuto meno il controllo preventivo che in precedenza era previsto in capo all'AGCM, che potrà comunque esercitare i suoi poteri officiosi di segnalazione e di *enforcement* e alla quale comunque gli enti locali potranno rivolgere quesiti in via consultiva.

Il legislatore delegato, sotto questi profili, ha tenuto fede a quanto prescritto dalla legge delega, la quale aveva richiesto il rafforzamento delle misure di trasparenza sull'intero ciclo di svolgimento dei servizi pubblici, anche in relazione ai contratti di servizio e la razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di partecipazione degli utenti e il rafforzamento dei loro strumenti di tutela [44].

Non trascurabile, infine, è l'accresciuta possibilità di sottoposizione delle delibere degli enti locali al controllo giurisdizionale, cui non dovrebbero mancare parametri di sindacato nelle numerose previsioni che assoggettano le scelte a oneri rafforzati di motivazione, all'utilizzazione di criteri oggettivi e misurabili e al rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza.

6. Considerazioni conclusive

Nel complesso, l'operazione di riordino svolta dal Governo ha dato luogo alla stesura di un testo equilibrato, che ha volutamente evitato rotture con la disciplina preesistente e innovazioni radicali, ma che ha posto le basi per un esercizio dell'autonomia degli enti locali coerente con la loro legittimazione democratica e con la tutela dei valori della sussidiarietà e della libertà di iniziativa economica privata.

Nel complesso le scelte del Governo appaiono coerenti, pur lasciando agli enti locali l'attuazione delle disposizioni e dunque in concreto il maggiore o minore ricorso alle varie modalità di gestione contemplate e all'istituzione di eventuali ulteriori servizi, il cui perimetro è di difficile immaginazione, anche perché fortemente legato al quadro differenziato delle singole realtà locali.

Ad un indubbio ampliamento dell'ambito di scelta degli enti locali fa da contraltare il dovere di cercare soluzioni che siano il più possibile compatibili con

[44] In particolare, ma non solo, alle lettere t) e u) dell'art. 8, comma 2.

la necessità di garantire efficienza, economicità e qualità dei servizi prestati al pubblico, e di darne atto con decisioni motivate e supportate da evidenze tecniche ed economiche. Il margine di manovra delle amministrazioni locali appare temperato dall'accresciuto ruolo della regolazione di livello centrale, che introduce un elemento di pressione esterna finalizzato a rendere uniforme e maggiormente *accountable* il quadro di disciplina amministrativa e gestionale dei servizi.

Nel prevedere un salto di qualità nella disciplina del servizio pubblico locale, quella introdotta con il decreto 201/2022 è una riforma che presuppone un'amministrazione locale evoluta, capace di effettuare complesse analisi economiche e sociali, e di tradurle in schemi giuridici adeguati, da applicare seguendo continuamente l'andamento della gestione e mettendo le comunità di riferimento in grado di partecipare a un monitoraggio attivo delle modalità di gestione dei servizi.

L'attuazione della riforma richiederà inoltre una continua osservazione della realtà locale per cogliere bisogni emergenti e per canalizzarne la soddisfazione nel più adeguato strumento di gestione. Essenziale, per assicurare la riuscita del modello, è un dialogo aperto con le comunità, non solo per monitorare il livello di autosufficienza dei servizi prestati in regime libero, ma anche e soprattutto per captare i nuovi bisogni.

La differenziazione territoriale e la presenza/assenza di strumenti istituzionali di raccordo degli enti con le comunità locali giocherà inevitabilmente un ruolo centrale nel non ridurre le possibilità di partecipazione all'attività di formazione delle scelte a un mero *wishful thinking*.

Allo stesso modo, ma con un impatto ancor più rilevante, deve auspicarsi che le misure di miglioramento della capacità amministrativa, attraverso il reclutamento di personale dotato di competenze adeguate, mettano gradualmente le amministrazioni locali in condizioni di svolgere al meglio i compiti rilevanti che in questo settore nevralgico esse sono chiamate ad espletare, supportando al meglio le scelte dei vertici politici.

Le aggregazioni nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Aggregations in the new regulation of local services of general economic interest

di *Monica Delsignore* *

ABSTRACT

A partire dalla disposizione in tema di aggregazioni, introdotta con la riforma della disciplina dei servizi pubblici locali, lo scritto si interroga su tre diversi questioni ovvero la condivisibilità della scelta di individuare la città metropolitana come dimensione territoriale ottimale per la fornitura del servizio pubblico locale; la reale capacità degli incentivi previsti di stimolare l'istituzione di nuove unioni tra i Comuni e quindi permettere in concreto l'attuazione delle aggregazioni; infine, i possibili riflessi delle aggregazioni e unioni tra Comuni in relazione alle conseguenti fusioni o diverse operazioni straordinarie tra società a partecipazione pubblica, che erano, in precedenza, incaricate della prestazione del servizio distintamente nei medesimi singoli Comuni.

Moving from the new provision on aggregations, introduced with the reform of the regulation of local public services, the paper questions three different issues: first of all, the choice of identifying the metropolitan city as the optimal territorial dimension for the provision of local public service; secondary, the real capability of the provided incentives to stimulate the establishment of new unions among municipalities and thus concretely allow the implementation of aggregations; and, finally, the possible connections between aggregations and unions among municipalities, on one side, and mergers or different extraordinary operations between companies with public shareholdings, on the other side.

SOMMARIO: 1. La centralità delle aggregazioni nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 2. Le aggregazioni e gli ambiti territoriali ottimali. – 3. Le incentivazioni alle aggregazioni nel recente D.M. – 4. Le aggregazioni e le possibili implicazioni nell'industrializzazione della fornitura dei servizi pubblici locali.

1. La centralità delle aggregazioni nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Il tema delle aggregazioni riveste un'assoluta centralità rispetto agli obiettivi della nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [1]. Non

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

[1] Per un commento alle disposizioni del decreto si veda R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di, Giuffrè Francis Lefebvre, Mila-

solo la riforma di settore deriva, come noto, da precise richieste formulate in sede di approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, ma, in particolare, nei documenti collegati si trova espressa menzione e indicazione in merito alla necessità di rimodulare l'offerta su ambiti territoriali più estesi così da ridurre le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti a cui fa capo l'erogazione del servizio e, di conseguenza, anche contenerne i costi. Nella decisione di esecuzione del Consiglio (meglio nota come CID dall'acronimo dell'inglese *Council Implementation Decision*) allegata all'approvazione del PNRR dell'Italia, infatti, si indica che "la legge sulla concorrenza sarà adottata con cadenza annuale, aumenterà le procedure competitive di aggiudicazione degli appalti per i servizi pubblici locali (in particolare rifiuti e trasporti pubblici) ed eviterà l'ingiustificata proroga delle concessioni (…), prevedendo una corretta regolamentazione dei contratti di servizio pubblico, *rivedendo le regole sull'aggregazione* e applicando un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico e della loro adeguata compensazione". In particolare, tra gli impegni specifici si prevede la necessità di "*individuare norme e meccanismi di aggregazione che incentivino le unioni tra Comuni volte a ridurre il numero di enti e di amministrazioni aggiudicatrici, collegandoli ad ambiti territoriali ottimali e a bacini e livelli adeguati di servizi di trasporto pubblico locale e regionale di almeno 350.000 abitanti*".

Ecco perché l'art. 5 del d.lgs. n. 201 del 23 dicembre 2022, rubricato *Meccanismi di incentivazione delle aggregazioni*[2], contiene previsioni che hanno l'intento di promuovere unioni tra enti locali, considerando di regola l'estensione territoriale della maggior parte dei Comuni italiani non idonea all'erogazione efficiente del servizio e rinviando ad un decreto ministeriale, adottato nell'aprile 2023, per la predisposizione di specifiche misure di incentivazione senza nuovi o maggiori oneri di bilancio. A tale disposizione si somma la previsione dell'art. 9[3] che sottolinea la necessità del coinvolgimento e della collaborazione e sinergia tra i diversi enti territoriali e i diversi livelli di competenze per la più efficiente erogazione delle prestazioni. Si attribuiscono, perciò, alle Province, le funzioni di raccolta ed elaborazione dei dati e quelle di assistenza tecnica ed amministrativa agli enti locali e, alle Regioni, si riconosce il ruolo di promotori dell'industrializzazione e della riduzione dei costi dei servizi pubblici, anche attraverso la stipula di accordi e convenzioni con gli enti locali e il coinvolgimento di soggetti privati.

Le riflessioni seguenti, concentrandosi sulle disposizioni appena menzionate, mirano ad illustrarne adeguatezza e criticità rispetto all'obiettivo prefissato della promozione delle aggregazioni per l'erogazione di servizi pubblici a carattere imprenditoriale. In particolare, s'intende interrogarsi su tre diverse questioni derivanti dal testo formulato dal legislatore: la prima si riferisce alla condivisibilità o meno della scelta di individuare la città metropolitana come dimensione territoriale ottimale per la fornitura del servizio pubblico locale; la seconda riguarda la reale capacità degli incentivi previsti nel D.M. di recente adozione di stimolare l'istituzione di nuove unioni tra i Comuni e quindi permettere in concreto l'attuazione delle aggregazioni; infine, l'ultima si riferisce ai

---

no, 2023 e R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023.

[2] Per un commento cfr. C. SGARAGLIA, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 112 ss.

[3] Commentato da C. COLLELI, M. CHERUBINI, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 154 ss.

possibili riflessi delle aggregazioni e unioni tra Comuni in relazione alle conseguenti fusioni o diverse operazioni straordinarie tra società a partecipazione pubblica, che erano, in precedenza, incaricate della prestazione del servizio distintamente nei medesimi singoli Comuni.

2. Le aggregazioni e gli ambiti territoriali ottimali

Il tema delle aggregazioni nella fornitura dei pubblici servizi non è certo nuovo; anzi, anche il d.lgs. n. 201/2022 dà conto dell'esistenza di precedenti esperienze laddove indica che la disciplina introdotta non incide in quei settori in cui già esistano aggregazioni che possono qualificarsi come obbligatorie, in quanto previste come tali dal legislatore. Ciò si ricava dalla clausola di salvezza delle discipline settoriali contenuta al comma 5 dell'art. 5 del decreto, ma anche dalla lettera degli artt. 32, per il trasporto pubblico locale, e 33, per il servizio idrico e la gestione dei rifiuti urbani. In questi campi la scelta del legislatore delegato è stata, infatti, nel senso del rinvio alle discipline speciali, anziché del riordino, forse anche tenuto conto delle note ed estreme difficoltà incontrate in passato proprio nel tentativo di definire gli ambiti territoriali.

Come è stato ben ricordato [4], la letteratura di economia industriale inizia a ragionare in termini di *local government e di optimal size per i capital-intensive services* all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso quando si rende evidente che la dimensione dell'ente territoriale non necessariamente coincide con l'ottimale organizzazione dei servizi e non sempre tiene conto delle caratteristiche fisiche e geografiche idonee ad un efficiente gestione. Di qui si ricava l'indicazione dell'opportunità di rimuovere ogni vincolo di corrispondenza per ricorrere, talvolta, a forme di aggregazione, anche volontaria, tra enti locali per la gestione associata (quando la *optimal size* è più ampia della ripartizione territoriale dell'ente), talaltra, al contrario, a meccanismi di affidamento in lotti distinti (nel caso in cui la *optimal size* sia più ridotta). La letteratura precisa, tuttavia, che oltre una certa dimensione le economie di scala possono presentare difetti e criticità quanto, ad esempio, all'offerta di una manutenzione efficiente dell'infrastruttura e alla risoluzione di eventuali disservizi nella fornitura agli utenti [5]. Anche la Corte costituzionale [6] nel dichiarare l'illegittimità dell'obbligo di gestione associata di tutte le funzioni fondamentali per i comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti ha sottolineato come la convenzione o l'unione di comuni non siano sempre "…*idonee a realizzare, mantenendo un adeguato livello di servizi alla popolazione, quei risparmi di spesa che la norma richiama come finalità dell'intera disciplina*". La mancanza di comuni confinanti parimenti obbligati, la collocazione geografica e i particolari fattori antropici o ancora l'isolamento possono ostacolare il realizzarsi di economie di sca-

[4] M. De Benedetto, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Amministrazione in cammino* 2017 e in *Annuario di Diritto dell'Energia* (Gse – Gestore Servizi Energetici), edizione 2017, *Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, a cura di L. Carbone-G. Napolitano-A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, reperibile anche su Amministrazione In Cammino.

[5] Ad esempio, in relazione al servizio idrico R. Romano, *I servizi idrici italiani. Quale relazione tra performance e modelli di governance*, Milano, 2013.

[6] Corte Cost. 4 marzo 2019, n. 33.

la e il miglioramento dell'efficienza, sicché è necessario introdurre inevitabili distinguo in base alla realtà di fatto.

Il nostro legislatore ha scelto di introdurre l'obbligatorietà della gestione ottimale per ambiti diversi dall'ente territoriale, in quanto qualificati per le peculiari condizioni che li caratterizzano, anzitutto nel settore idrico con la legge Galli (5 gennaio 1994, n.36), poi estendendola anche ai rifiuti nel 1997. La disciplina, come noto, è stata trasposta ed è ancor oggi contenuta nel c.d. Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) ove, all'art.147 ss. per il settore idrico [7], e all'art. 200 ss. per la gestione dei rifiuti urbani, si prevede appunto l'organizzazione per ATO e l'unicità della gestione per ciascuno degli stessi. E tuttavia, come noto, tale disciplina, sin dalle sue origini, ha trovato non poche difficoltà applicative e, nonostante l'indubbio arco temporale trascorso, è ancora solo parzialmente attuata. Gli enti territoriali, infatti, hanno spesso osteggiato la cessione delle proprie funzioni ai nuovi soggetti istituiti, tanto che lo stesso Codice dell'ambiente ha previsto e prevede poteri sostitutivi in capo alle Regioni, preordinati proprio al completamento nella istituzione e piena operatività degli enti preposti alle ATO. Non solo: ARERA, oggi competente per le funzioni di programmazione e tariffarie nel settore rifiuti, indicava, proprio nel parere sullo schema di d.lgs. recante riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, del novembre 2022, l'opportunità che le fosse attribuita la competenza a sollecitare l'esercizio di tali poteri sostitutivi nel settore dei rifiuti, stante la situazione ancora inattuata su molta parte del territorio. L'indicazione è rimasta inascoltata e l'ultimo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 201 prevede solamente una relazione periodica semestrale sul rispetto delle disposizioni relative agli ATO, probabilmente intesa quale strumento, certamente meno incisivo, per vigilare sull'attuazione di disposizioni che ancora incontrano l'ostilità degli enti.

Anche nel trasporto locale, l'art. 3-bis del d.l. n.138/2011 ha introdotto, nella più generale previsione relativa ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, l'organizzazione e fornitura sulla base del perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, di regola di dimensione non inferiore a quella provinciale, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio [8].

Si noti che il favore per le aggregazioni, ad esempio in tema di gestione dei rifiuti, non è solo del legislatore italiano: è stato ricordato [9], ad esempio, che la maggior parte dei Comuni francesi opera in forma associata attraverso *ètablissement publics de coopération intercomunale* (EPCI).

---

[7] Sul servizio idrico integrato e sulle modalità di gestione cfr. S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, Regioni e volontà popolare*, in *Federalismi*, 2019.

[8] M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete,* in *Federalismi* (2016) illustra l'evoluzione dell'applicazione dell'ATO, dal settore sanitario sino ai servi pubblici con riflessioni anche in relazione anche in merito all'efficienza mediante l'imposizione di costi standard.

[9] C. FELIZIANI, in *Il servizio pubblico verso la (ri)scoperta dei principi di adeguatezza, differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.,* 2015, p. 845 e *La gestione dei rifiuti in Europa: un'analisi comparata*, in *Federalismi* 26 luglio 2017, ricorda che circa il 95% della popolazione francese vive in un comune che ha trasferito le proprie competenze in materia di rifiuti a una struttura intercomunale e che questo spostamento massiccio di competenze dai comuni a strutture intercomunali ha comportato il riconoscimento di più del 75% della tassa sulla raccolta dei rifiuti domestici in capo a queste ultime, mentre i comuni non ne percepiscono che il 20%, invertendo completamente la proporzione rispetto al passato.

Del resto, la direzione nel senso di superare la dimensione territoriale al fine di sfruttare economie di scala o di scopo, ma anche di superare le carenze organizzative e di corpi tecnici specializzati all'interno di amministrazioni di ridotte dimensioni o che già abbiano dato prova di incapacità e inadeguatezza dei risultati raggiunti, si avverte anche in altri settori dell'ordinamento, ugualmente influenzati dalla prospettiva pro-concorrenziale e dalla necessità di contenimento di spesa.

Ci si riferisce alla disciplina dei contratti pubblici, in cui si riconosce la medesima spinta verso l'aggregazione attraverso la promozione delle centrali di committenza, finalizzate appunto a raggruppare le procedure di appalto [10] in capo a soggetti distinti e diversi dagli enti titolari della capacità contrattuale. In merito si è precisato che "*l'affermazione costituzionale dell'autonomia degli enti territoriali, intesa come funzionale alla realizzazione del buon andamento, mentre non può giustificare le inefficienze, al contrario legittima, fino a renderlo doveroso, l'esercizio di attività rivolte all'ente al livello organizzativamente e professionalmente più adeguato, poiché funzionali alla qualità delle prestazioni ai cittadini*". Si individua così il fondamento, anche costituzionale, per il trasferimento in capo al livello superiore delle competenze contrattuali per una maggior efficienza, intesa fondamentalmente come riduzione della spesa contrattuale.

Forse proprio l'esigenza di salvaguardare la competenza dei comuni ha, invece, frenato lo slancio dell'estensore del d.lgs. n. 201, dopo che la Corte costituzionale [11] ha sottolineato la stretta connessione e al contempo il distinguo, tra previsioni strettamente finalizzate alla concorrenza, di competenza statale, e previsioni inerenti la gestione e organizzazione dei servizi, di competenza regionale, e ricordato l'inevitabile rispetto del principio di leale collaborazione in base al quale la mancata concertazione con gli enti locali dà vita ad una lesione dell'autonomia riconosciuta e garantita dagli artt. 5 e 114 Cost.

Di conseguenza con il recente decreto si sposa, in generale per il settore dei servizi pubblici locali, la concezione per cui gli ambiti, derivanti da aggregazione di Comuni, rappresentino la corretta dimensione di territorializzazione per una buona prestazione del servizio, in grado di realizzarsi secondo modalità utili a promuovere la concorrenzialità nell'offerta e quindi ridurne il costo finale; tuttavia, la concezione favorevole alla concentrazione è accolta assai timidamente e le disposizioni contengono meri inviti gentili affinché gli enti locali si muovano in quella direzione, rinviando ad un sistema di incentivazione da definirsi con un decreto ministeriale, sui contenuti del quale si ragionerà nel prossimo paragrafo.

L'art. 5, rubricato *Meccanismi di incentivazione delle aggregazioni*, si limita, infatti, a fornire indicazioni generali non cogenti, prevedendo la mera possibilità che il comune capoluogo sia delegato dai comuni ricompresi nella città metropolitana all'esercizio delle funzioni in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La norma si concentra, dunque, solo sui territori in cui insistano le quattordici città metropolitane, mentre lascia completamente scoperte le aree, comunque significative nel nostro territorio, escluse da tale perimetro.

L'ambito ottimale non pare in ogni caso identificato in base ad un'indagine

[10] In merito G. M. RACCA-S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.* 2019, p. 33 ss.

[11] Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251 e più specificamente in tema di ATO Corte cost.11 febbraio 2014, n. 22.

che tenga conto delle economie di scala e dei vantaggi derivanti in base a numeri di utenze o all'infrastruttura in uso e agli interventi per la manutenzione; nemmeno si rinvia ad analisi delle condizioni fisiche e geomorfologiche del territorio, della distribuzione della popolazione e degli altri fattori che incidono nella fornitura e nei costi dei servizi. Solo l'ultimo comma della disposizione fa salve le diverse scelte allocative proprie degli ATO e bacini nei servizi pubblici a rete già contenute nelle discipline di settore, scelte compiute istituendo nuovi soggetti, gli EGATO appunto, competenti per ambiti di dimensioni individuate sulla base delle esigenze funzionali alla prestazione del servizio. Così per l'idrico si considerano i bacini idrografici superficiali e sotterranei; per il traporto locale [12], oltre a specificarci che ATO e lotti di affidamento non sono necessariamente coincidenti, si indicano distinti criteri tra cui l'efficienza e l'unitarietà della rete, la domanda attuale e potenziale, aspetti di carattere socio-economico, le relazioni fra dimensioni dei bacini e costi amministrativi; anche per i rifiuti [13] sono stati precisati criteri che tengono conto del principio di prossimità dei centri di raccolta rispetto agli impianti di recupero e smaltimento, di autosufficienza, necessario per la riduzione della movimentazione dei rifiuti urbani ed assimilati e anche del trattamento delle gestioni preesistenti.

Per i servizi locali di rilevanza economica non compresi nei settori speciali, invece, forse anche per evitare l'inevitabile spesa pubblica legata all'istituzione di nuovi soggetti, in una riforma che deve essere a costo zero e semmai produttiva di risparmi, il decreto individua tra gli enti già esistenti la città metropolitana e il comune capoluogo come quelli con dimensioni più confacenti al bisogno aggregato. Si noti che già in passato attenta dottrina [14] precisava che "*la connessione città metropolitana-servizio pubblico meriti di essere colta sotto l'aspetto del rapporto tra due materie normativamente instabili*…" e certo non pare che da allora vi sia stata una evoluzione nell'esercizio delle competenze e delle funzioni delle città metropolitane tale da assicurare che l'area su cui insistono rappresenti la giusta dimensione, né il legislatore fornisce giustificazioni in merito.

In ogni caso l'eventuale delega dei comuni insistenti nell'area metropolitana viene fatta al comune capoluogo, e non alla città metropolitana, e tale scelta è utile a risolvere i contrasti e le controversie precedenti sulle forme e i modelli aggregativi da utilizzare per dar forma all'aggregazione [15]. La formulazione della norma, tuttavia, sembra ammettere che possano crearsi all'interno della medesima area di una città metropolitana più unioni di comuni e che quindi il comune capoluogo possa essere titolare di più di una delega o anche eventualmente di tante deleghe quanti sono i comuni. In quest'ultimo caso, senza

[12] In base alle Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore trasporto pubblico locale e regionale, contenute nella Convenzione tra Dipartimento Affari Regionali e Invitalia del 20 ottobre 2010. Per un commento all'art. 32 del d.lgs. n.201/2022 e una riflessione sulle modalità di gestione del trasporto pubblico locale si rinvia a L. BERTONAZZI, *Modalità di gestione del trasporto pubblico locale,* in *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, a cura di R. Villata. Torino 2023, p. 331 ss.

[13] In base alle Linee guida per la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali nel settore rifiuti, contenute in una Convenzione, analoga a quella citata per il trasporto locale, tra Dipartimento Affari Regionali e Invitalia del 20 ottobre 2010.

[14] F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*, in *Munus* 2014, p. 445.

[15] In merito S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste,* in *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, a cura di R. Villata, cit., p. 71 ss.

necessità di accordi o convenzioni tra comuni, semplicemente i singoli comuni finirebbero di fatto per rinunciare alle proprie funzioni per delegarle al comune capoluogo che, sulla base delle deleghe ricevute, avrebbe il compito e l'onere di individuare le migliori soluzioni per la fornitura del servizio o, più verosimilmente, di diversi servizi integrati.

Si aggiunge poi, al comma 5, che restano salve le disposizioni in tema di forme associative tra enti locali per il governo dei servizi pubblici locali: saranno le regioni nella loro attività di riorganizzazione degli ambiti a individuare eventuali ulteriori modalità per superare anche attraverso aggregazioni volontarie l'assetto esistente. L'art. 9, come si accennava, prevede, codificando strumenti già diffusi [16], che le regioni possano avvalersi di agenzie e protocolli per la regolamentazione dei servizi pubblici locali, utili a sviluppare modelli di gestione che garantiscano l'efficienza.

Questo tipo di organizzazione del servizio stride, in parte, con la disciplina generale, introdotta agli artt. 12 e 14, che richiede agli enti locali nell'individuazione delle modalità di gestione del servizio la predisposizione di una relazione motivata, tanto più nel caso si tratti di servizi c.d. facoltativi, in quanto istituiti per scelta politica dell'ente locale e non già individuati dal legislatore come di sua competenza. Sembrerebbe, infatti, che la relazione implichi che la modalità di gestione individuata sia confacente in base a valutazioni concrete, anche tendendo conto di esperienze precedenti paragonabili, alle esigenze dei cittadini utenti. Dunque, se così è, l'aggregazione, ovvero la delega al comune capoluogo in un momento successivo, parrebbe ingiustificata o tale da rendere incongrua e non adeguatamente motivata la relazione precedente, con cui in via autonoma il singolo comune gestiva il servizio. Insomma, pare a chi scrive, che non ci sia alcun coordinamento tra le modalità indicate per il funzionamento ordinario nella gestione dei servizi e la disciplina di promozione delle aggregazioni e che proprio dalla scelta in favore dell'aggregazione sorgano nuovi oneri in capo al comune capoluogo delegato, anche in relazione alla redazione della relazione e alle relative scelte di gestione e affidamento.

Occorre, infine, sottolineare che l'art. 5 attribuisce un ruolo anche all'attività delle regioni, al comma 2, e delle province, al comma 4, pur nello specifico ambito dei soli servizi a rete, derogando in questo modo da quell'aspirazione a introdurre una disciplina generalizzata a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale [17]. Sono le regioni, infatti, che incentivano, con il coinvolgimento degli enti locali, la riorganizzazione degli ambiti o bacini di riferimento dei servizi a rete, orientandola prevalentemente su scala regionale appunto. Tuttavia, se il legislatore al comma 1 considera ottimale area di riferimento quella della città metropolitana, non è chiaro perché poi il comma 2 orienti l'organizzazione "preferibilmente su scala regionale". Questo tanto più ove si consideri che, si permette di ricordare ancora, trasporto locale, servizio idrico e gestione rifiuti sono esclusi.

[16] In questo senso C. COLLELI-M. CHERUBINI, *op. cit.,* p. 158.

[17] Per ulteriori osservazioni se si vuole M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici locali di rilevanza economica,* in, *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, cit., p. 1 ss.

3. Le incentivazioni alle aggregazioni nel recente D.M.

Come già si è precisato, le incentivazioni alle aggregazioni vengono promosse con uno specifico decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, adottato lo scorso 28 aprile 2023, che, in base al dettato di legge, prevede misure senza nuovi o maggiori oneri bilancio.

Si ricordi che anche in passato il legislatore è intervenuto con incentivi, anche economici a carico del bilancio, al fine di promuovere la gestione associata dei servizi soprattutto tra gli enti locali di piccole dimensioni [18].

Anzitutto il decreto prevede che gli incentivi siano destinati agli enti locali che rispettino i livelli minimi nell'erogazione dei servizi obbligatori e che aderiscano o abbiano aderito alla riorganizzazione. Anche il comma 2 dell'art. 1 ribadisce che gli incentivi si applichino anche laddove già esistessero aggregazioni in ambiti territoriali, ma le stesse risultino potenziate "in misure superiore ai livelli minimi previsti per legge". Condizione preliminare di accesso all'incentivo sembra essere, dunque, la precedente erogazione del servizio in aderenza agli standard minimi.

Il primo comma contiene l'elenco delle misure predisposte.

Si tratta anzitutto della destinazione di maggiori fondi ai soli comuni che scelgano di aggregarsi: non muta, tuttavia, la somma complessiva dei finanziamenti a carico del bilancio statale relativi al servizio oggetto di aggregazione, ma una parte delle risorse viene distribuita con questo criterio premiale. In realtà il D.M. si riferisce solo ad "un incremento percentuale" senza specificarne l'entità.

Si prevede inoltre la riserva fino al 10% nelle procedure di assegnazione delle risorse per attività di assistenza tecnica negli interventi relativi al PNRR, nel rispetto del principio di coesione sociale. Non si comprende se il principio comporti che la riserva non possa applicarsi laddove vi sia una concentrazione degli enti locali in alcune regioni del territorio, in quanto ciò contraddirebbe l'equità, ma anche in questo caso non sembra facile contabilizzare gli effetti concreti dell'incentivo. Allo stesso modo non pare poi così attrattivo e in grado di influire sulle scelte in favore delle aggregazioni il riconoscimento dell'accesso prioritario alle iniziative di supporto tecnico specialistico per il rafforzamento della capacità amministrativa degli enti locali, riconosciuto alla lett. d) del decreto, o la predisposizione di linee progettuali espressamente dedicate nell'ambito di iniziative di rafforzamento della capacità amministrativa, di cui alla lett. c).

Gli incentivi non sembrano rappresentare per il decisore politico, cioè il Sindaco e la Giunta del Comune chiamato a pronunciarsi in favore dell'aggregazione, argomenti da spendere con gli elettori perché toccano piuttosto l'organizzazione e il funzionamento della macchina amministrativa che, pur rappresentando un fattore importante nelle scelte dell'ente non è certo percepito, né può essere speso con la cittadinanza per giustificare di fatto la rinuncia alla funzione e la delega al comune capoluogo.

Forse più rilevante [19] la previsione di un incremento sino al 25% per un periodo non superiore a 36 mesi del limite di spesa per assunzione del persona-

[18] In merito M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, cit., in particolare, p. 29 ss.

[19] Nel senso della rilevanza si esprime C. SGARAGLIA, cit., p. 116.

le e della possibilità di applicare disposizioni, diversamente non previste, su personale e assunzioni con contratto a termine e co.co.co.

Infine, al fine di promuovere le aggregazioni soprattutto in quelle realtà che avevano mostrato malfunzionamenti e inefficienze, supponendo ciò sia dovuto allo scorretto dimensionamento dell'area di erogazione del servizio, si prevede la possibilità del completo ripiano delle perdite di società preesistenti nel caso in cui il piano industriale del nuovo soggetto, derivante appunto dalla nuova aggregazione, evidenzi il recupero e sia in equilibrio nei tre anni successivi.

Non si tratta, dunque, del caso in cui, come si è ricordato, le nuove aggregazioni o singoli comuni indichino il comune capoluogo della città metropolitana come il soggetto delegato ad esercitare le funzioni, ma invece della diversa ipotesi in cui i comuni decidano di istituire, con le forme previste nel TUEL, un nuovo soggetto, un consorzio derivante dall'aggregazione. Il nuovo soggetto deriverebbe dall'unione di comuni, per la maggior parte poco virtuosi, posto che difficilmente vi sarebbe interesse a condividere con altri le proprie ricchezze in mancanza di promesse di consistenti finanziamenti – come invece è accaduto in passato. Difficile, quindi, immaginare che basti unire le forze per raggiungere il risultato, tanto più quando l'unione passa per colori politici e ostilità territoriale facilmente più diffuse a livello micro.

Insomma, il sistema di incentivi non sembra di per sé in grado di comportare la demunicipalizzazione dei servizi pubblici locali, in quanto le misure previste, assai meno significative di ben maggiori somme monetarie offerte in passato alle unioni, non sembrano sufficienti a smuovere enti locali tendenzialmente ostili ad assoggettarsi a forme di gestione espressioni di logiche diverse da quelle del territorio su cui incidono.

4. Le aggregazioni e le possibili implicazioni nell'industrializzazione della fornitura dei servizi pubblici locali

La legge delega contiene il riferimento all'industrializzazione dei servizi quale necessario momento di passaggio per realizzarne una più efficiente erogazione in un mercato concorrenziale.

L'art. 9 del d.lgs. n. 201 affida chiaramente alle regioni il compito di sostenere l'industrializzazione e la riduzione dei costi delle prestazioni per gli utenti, quali misure di coordinamento della finanza pubblica. Non è chiaro, anzitutto, come tale compito debba svolgersi tanto che il legislatore, quasi consapevole che le regioni non abbiano competenze a riguardo, prevede che la promozione avvenga attraverso la stipula di accordi e convenzioni con enti locali. E tuttavia l'industrializzazione dei servizi richiama una visione economica che è difficile da realizzare in concreto perché di nuovo la stipula di accordi e convenzioni con enti locali finisce per privilegiare o comunque ancora aggrapparsi in sostanza a definizioni di tipo politico amministrativo, che tendono a rispettare le dimensioni territoriali dei soggetti preesistenti o a dover mediare le esigenze degli stessi.

Il fenomeno delle aggregazioni tra comuni si lega senz'altro al tema della industrializzazione nella loro gestione, perché l'aggregazione territoriale, e l'economia di scala che si intende di conseguenza realizzare, comporta il crescere delle utenze, non più frammentate ma riunite nel nuovo soggetto

ovvero presso il comune capoluogo delegato, così da suscitare anche l'interesse di grandi gruppi già esistenti ovvero in modo da spingere verso un altro tipo di aggregazioni, questa volta industriali, delle società che già forniscono i servizi.

Anzi, non si dimentichi che talora l'aggregazione per ambiti può divenire anche eccessivamente ampia ai fini della promozione della concorrenza nel mercato, tanto che gli affidamenti per il servizio possono poi essere suddivisi, previo parere di AGCM, in lotti, come prevede il comma 3 dell'art. 7 del d.lgs. n. 201.

Quanto alle operazioni societarie straordinarie [20], già si era osservata la lacuna esistente nella disciplina di riordino delle società pubbliche (di cui al d.lgs. n. 165/2017), manchevole appunto di previsioni generali sulla fusione societaria e con sole specifiche previsioni puntuali per alcuni aspetti, come in relazione all'atto deliberativo per l'acquisto di partecipazioni in società già costituite o alle limitate possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie per ripianare le perdite.

Stante l'esistenza della lacuna e posto che l'aggregazione tra comuni comporta verosimilmente che già siano in essere concessioni per l'erogazione del servizio nei diversi territori, non si trovano invece anche nel d.lgs. n. 201 né disposizioni che disciplinino il subingresso, la subconcessione ovvero la cessione del contratto concessorio, né previsioni in relazione alle possibili acquisizioni di società minori da parte di gruppi industriali.

La recente vicenda relativa alla gestione dei rifiuti nel comune di Lerici testimonia la complessità in concreto del passaggio della fornitura del servizio ad un nuovo soggetto, pure subentrante nel rapporto precedente [21].

In proposito l'art. 189 del nuovo dei Codice contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 36/2023) prevede tra i casi in cui le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione, alla lettera d), l'ipotesi per cui "… un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze:

1) la presenza di una clausola od opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a);

2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23/UE;

3) nel caso in cui l'ente concedente si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale".

La soluzione sembrerebbe quindi favorire processi di aggregazione e rendere più agili le operazioni legate ad assicurare la continuità dei servi erogati.

---

[20] Per alcune riflessioni in merito, prima della recente riforma, cfr. M. PASSALACQUA, *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali a retei,* in *Amministrazione in cammino* (2016).

[21] Ci si riferisce alla sentenza Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933, che decide una vicenda intricata in cui è stata sollevata anche questione incidentale di cui alla sentenza Corte di giustizia 12 maggio 2022 C-719/20.

Nel complesso dalle considerazioni precedenti sembra potersi ricavare che i meccanismi di incentivazione delle aggregazioni, se rappresentano il segnale della necessità di un ripensamento dei centri decisionali e di spesa nell'erogazione di un servizio pubblico locale meno costoso per l'utente e la collettività, sembrano ancora piuttosto deboli per promuovere una nuova tendenza, che, se mai si svilupperà, sarà verosimilmente il frutto di valutazioni politiche altre, non derivanti dalla disciplina qui commentata, ma dalla lungimiranza degli amministratori.

La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali

The 'establishment' of a public service and the realignment of the local public service system

di *Simone Torricelli* *

ABSTRACT

Il lavoro analizza il nuovo decreto di riordino della disciplina sui servizi pubblici locali, con riferimento al momento della istituzione del servizio. In particolare, si concentra sui profili legati alla scelta tra istituzione del servizio e modalità alternative di garanzia delle prestazioni, in funzione del soddisfacimento dei bisogni che l'ente individua sulla base di una valutazione politica. Affronta poi il profilo della scelta tra modalità diverse di garanzia del servizio pubblico, guardando specificamente agli strumenti della imposizione degli obblighi di servizio pubblico e della creazione di diritti speciali o esclusivi, e considera il problema della idoneità della nuova normativa a istituire direttamente poteri autoritari in grado di limitare mercato e libertà d'impresa e funzione di valori sociali.

The paper analyzes the new legislation reorganizing local public services, with particular reference to the 'istituzione' (by which a public authority, face to a market failure, decides to create a public service). First, it focuses on the choice between the establishment of the public service and the existing alternative modes to satisfy the needs that the entity identifies on the basis of a political assessment. It then addresses the issue of the following choice between different forms of organization of public services, looking specifically at the imposition of public service obligations and the creation of special or exclusive right. At last, it considers the problem of the suitability of the new legislation to establish new public powers capable of restricting market and individual economic freedoms in view of the satisfaction of social values.

Sommario: 1. I servizi pubblici locali e la resistenza al cambiamento. – 2. La giuridicizzazione del processo di costruzione del servizio pubblico. – 3. La rilevazione dei bisogni e la centralità della politica. – 4. La residualità del servizio pubblico e la preferenza per interventi di orientamento del mercato. – 5. Le alternative alla gestione pubblica: il problema della riserva di legge. – 5.1. L'imposizione di obblighi di servizio pubblico. – 5.2. La creazione di diritti speciali o esclusivi. – 6. L'istituzione del servizio e gli spazi della tutela.

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Firenze.

1. I servizi pubblici locali e la resistenza al cambiamento

Nella disciplina complessiva dei servizi pubblici, il regime giuridico dei servizi pubblici locali ha da sempre presentato marcati tratti di specialità. Anche in conseguenza di ciò, l'assetto concreto dei servizi pubblici locali si è progressivamente allontanato dai modelli di sviluppo dei servizi pubblici nazionali. Questi ultimi sono stati attraversati da processi complessivi di liberalizzazione che, in gradi diversi nei diversi settori, hanno aperto mercati e indotto privatizzazioni, e che hanno solo lambito il livello locale. Più volte il legislatore è intervenuto [1], ma l'instabilità normativa che ha costretto gli enti locali a governare in condizioni di permanente regime transitorio, non ha contribuito a che i tentativi di ripensare il sistema raggiungessero pienamente gli obiettivi perseguiti.

Eppure non si è mai dubitato della portata generale dei principi di sussidiarietà e di concorrenza; neppure si è mai dubitato che l'esigenza di creare spazi di mercato anche nella definizione delle modalità organizzative dei servizi pubblici valesse trasversalmente per ogni tipo di prestazione di rilievo economico, quale che fosse l'ente (statale o locale) preposto alla sua garanzia.

Per i servizi pubblici locali è mancato, invero, l'innesco fornito dal diritto europeo, in assenza del quale le coordinate di fondo, anche di natura costituzionale, che avrebbero dovuto regolare l'intervento pubblico nell'economia sono rimaste sostanzialmente disattese. Anzi, il diritto europeo ha giocato un ruolo ambiguo: la giurisprudenza europea si è soprattutto occupata di limitare gli affidamenti diretti alle società *in house*, ma, ritenendo irrilevante dal punto di vista del rispetto del diritto europeo la scelta tra *in house* e ricorso al mercato [2], ha di fatto legittimato un sistema in cui la presenza pubblica poteva risultare sovrabbondante.

In questo quadro, si può cogliere uno degli elementi di fondo che caratterizzano la riforma operata con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 nel riallineamento della disciplina dei servizi pubblici locali alla evoluzione che ha investito complessivamente il regime giuridico dell'intervento pubblico e nella ricomposizione, almeno parziale, delle aporie. Un obiettivo perseguito innanzitutto attraverso una ritessitura della trama dei principi che regolano la materia [3] e una precisazione di obiettivi già rapsodicamente emersi nelle normative precedenti, ma mai sviluppati per come necessario ad incidere effettivamente sugli assetti. Più concretamente, poi, il decreto di riforma ha introdotto discipline specifiche dei diversi snodi in cui si articola la struttura della organizzazione del sistema delle garanzie coerenti con quella rinnovata trama: tra le altre, una disciplina specifica della "istituzione del servizio".

---

[1] Per un puntale ricostruzione della evoluzione della disciplina, M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI, *Funzioni amministrative,* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1093 ss.; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus,* 2011, p. 33 ss.

[2] Già Corte Giust., 6 aprile 2006, causa 410/04, *ANAV*; in questo senso, nella giurisprudenza nazionale, Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554. All'opposto, però, la Corte ha anche ritenuto che il diritto europeo non osta neppure a che una normativa nazionale subordini il ricorso all'*in house providing* «alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»: Corte Giust. (ord.), 6 febbraio 2020, causa 89/19 e 91/19, *Rieco spa*.

[3] Art. 3 d.lgs. n. 201/2022.

2. La giuridicizzazione del processo di costruzione del servizio pubblico

Il d.lgs n. 201/2022 regola il momento della istituzione del servizio con riferimento, ovviamente, a quelle attività che non siano qualificate come servizio pubblico direttamente dal legislatore.

Il termine "istituzione" non è nuovo, ma nemmeno così consueto. Evoca il momento genetico del processo di organizzazione del servizio pubblico che già precedentemente la dottrina aveva isolato e più spesso indicato come "assunzione"[4], ma che ora è, non solo riconoscibile, bensì anche specificamente normato[5]. D'altra parte, se l'"assunzione" da parte dell'ente si presenta come la faccia di una medaglia la cui altra è inevitabilmente la "titolarità" o la "pertinenza" pubblica[6], l'"istituzione" appare invece neutra rispetto al profilo della appartenenza del servizio e prelude o comunque consente di affrontare in modo più laico il tema del rapporto tra pubblico e privato.

Alla identificazione di un atto formalizzato di istituzione del servizio si accompagna la definizione del suo regime giuridico[7]. Ciò su un presupposto: che se la scelta di assumere la responsabilità di assicurare che certe prestazioni siano garantite o che ne siano garantite certe modalità di fruizione è una scelta essenzialmente politica, non lo è invece (o non lo è interamente) la scelta conseguente in ordine al se istituire o meno il servizio.

Questo rappresenta un elemento di novità.

Nell'approccio tradizionale, il flusso decisionale che porta alla costruzione di un servizio pubblico risultava giuridicizzato a partire dal momento della definizione delle modalità di gestione: di fatto, ciò che viene prima era considerato attratto in modo pressoché integrale dalla sfera insindacabile della politica. L'assenza di una giurisprudenza quantitativamente significativa sulla assunzione del servizio[8] ne è una dimostrazione.

Il decreto di riordino anticipa il momento della giuridificazione: emerge, tra l'assunzione della responsabilità pubblica sulle prestazioni e la determinazione su come gestire, una fase intermedia che implica una triplice valutazione. Prima, occorre verificare che vi sia l'esigenza di un intervento pubblico. Poi, se ciò è, occorre stabilire se tale esigenza debba essere soddisfatta tramite lo strumento del servizio pubblico. Infine, ove occorra un servizio pubblico, occorre valutare se sia necessaria una gestione pubblica, diretta o indiretta, o se si possa

---

[4] F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. FOLLIERI-L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 623, il quale rileva come la mancanza di una disciplina sul momento genetico della assunzione/istituzione del servizio pubblico non consenta di conseguire i massimi risultati in termini di liberalizzazione.

[5] Sulle incertezze in ordine alla disciplina della istituzione e, in particolare, sull'incerto rilievo del principio di concorrenza, E. SCOTTI, *Servizio pubblico locale* (voce), in *Digesto* (*disc. pubbl.*) (agg.), Utet, Torino, 2012, p. 653.

[6] N. AICARDI, *Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali*, in questa *Rivista*, 2019, p. 225.

[7] Delineato in un apposito capo del decreto di riordino, il capo I del titolo III del d.lgs. n. 201/2022, intitolato appunto "*Istituzione del servizio pubblico locale*".

[8] M. DEL SIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8.

soddisfare il bisogno rilevato attraverso obblighi di servizio pubblico da imporre ad operatori in concorrenza.

La disciplina della istituzione del servizio è, dunque, una disciplina dell'esercizio della discrezionalità organizzativa sottesa alla strutturazione dell'intervento pubblico, la cui impronta più marcata è l'ispirazione concorrenziale. Non a caso due delle tre norme che compongono il capo ad essa dedicato richiamano già nel titolo l'esigenza di limitare l'intervento pubblico (il principio di sussidiarietà; la limitazione dei diritti speciali ed esclusivi). Sarebbe però riduttivo schiacciare quelle norme su una dimensione legata alla sola concorrenza. Al contrario, nella loro poliedricità, esse compongono istanze diverse, ancorandosi a tre perni che disegnano un quadro armonico nell'ambito del quale il bisogno viene inequivocabilmente prima del mercato. Il primo perno è quello della funzionalizzazione del servizio pubblico ai bisogni della comunità, cui si connette l'affermazione della centralità del ruolo politico dell'ente locale nella identificazione di quei bisogni. Si può individuare il secondo perno nella residualità del servizio pubblico rispetto a possibili altre forme di garanzia delle prestazioni. Il terzo perno si rinviene infine nella necessità di adattare l'organizzazione del servizio pubblico a logiche quanto più possibile concorrenziali.

3. La rilevazione dei bisogni e la centralità della politica

La disciplina della istituzione muove, come detto, dal riconoscimento della funzionalizzazione del servizio pubblico ai bisogni della comunità.

Gli enti locali non assicurano solamente le prestazioni dei servizi pubblici ad essi attribuiti per legge (in questo caso la valutazione della necessarietà è fatta legislativamente), ma possono istituirne di ulteriori quando, nell'esercizio della propria autonomia, li "riteng[a]no necessari per la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali" [9] allo scopo di "garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale" [10].

La dizione richiama ma non collima con quella gia contenuta in una disposizione oggi abrogata del TUEELL, secondo cui "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" [11]. In coerenza con l'evoluzione dottrinale che ha portato sovente a costruire la sistematica dei servizi pubblici a partire dalle persone, l'origine del servizio è individuato nel bisogno (pur riferito dal legislatore alle comunità e non direttamente ai fruitori, stemperando così un poco il rilievo della novità testuale), cui si connettono implicazioni attinenti alla realizzazione di più generali valori di sviluppo e coesione. Coerentemente, ma con una certa enfasi, il decreto di riordino lega inscindibilmente l'organizzazione e la erogazione dei servizi all'esigenza di assicurare la centralità del cittadino e dell'utente [12].

[9] Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 201/2022.

[10] Art. 10 d.lgs. n. 201/2022.

[11] Art. 112 d.lgs. n. 267/2000 (la formulazione riproduce quella precedente contenuta nell'art. 22 legge 8 giugno 1990, n. 142).

[12] Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 201/2022.

Il legislatore, peraltro, non manca di sottolineare il profilo valutativo della rilevazione dei bisogni che prelude alla costruzione del servizio (superando l'affermazione per cui gli enti locali "provvedono" alla gestione dei servizi che realizzino fini sociali e promuovano lo sviluppo, si rimette anche testualmente a ciò che gli enti locali "ritengano" necessario). E qui un secondo elemento distintivo della disciplina: dall'affermazione della centralità del ruolo politico dell'ente locale, deriva, per un verso, una più chiara responsabilizzazione sul piano politico dell'ente, ma, per l'altro, il temperamento del rilievo dell'aspirazione delle persone a che un bisogno venga soddisfatto e semmai un servizio organizzato, almeno sin quando non si intacchi il nucleo essenziale di diritti costituzionalmente protetti o si scalfiscano i livelli essenziali delle prestazioni che assicurano in misura omogenea i diritti sociali [13]. Si tratta di una sottolineatura non puramente retorica, anche tenuto in considerazione che è sempre più complesso per gli enti locali garantire un sistema articolato di servizi ulteriori rispetto a quelli legislativamente necessari: riaffermare l'esistenza del filtro della loro valutazione può attenuare la diretta tutelabilità di pretese all'approntamento del servizio. Questo aspetto della disciplina compensa insomma la giuridicizzazione del processo istitutivo del servizio e i conseguenti rischi che essa apra nuovi fronti di contenzioso.

4. La residualità del servizio pubblico e la preferenza per interventi di orientamento del mercato

Il terzo perno cui si aggancia la disciplina della istituzione si coglie nell'affermazione della residualità del servizio pubblico [14]. Una residualità teorica, ma non necessariamente quantitativa, del tutto coerente con il richiamo al limite della proporzionalità dell'intervento pubblico, che deve essere commisurato alle esigenze e non debordare. Ciò, a cominciare dalla prescrizione per cui, rilevato il bisogno insoddisfatto, il primo compito dell'ente è quello di lasciare spazio alle persone che intendano operare nell'ambito delle attività rispetto alle quali il bisogno si è manifestato, anche promuovendone la capacità di realizzare l'interesse generale da perseguire e a prescindere dal motivo che le muova.

Così, il primo strumento di intervento teso a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali deve consistere nel "favorire" l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle imprese: "favorire" implica in primo luogo, in un rapporto di continenza, l'astenersi dall'ostacolare, per estendersi poi sino al punto di presupporre in positivo una attività dell'amministrazione tesa a orientare le at-

[13] Richiama i «vincoli costituzionali» tesi ad «assicurare un determinato livello di tutela dei diritti sociali», A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 169.

[14] Tale residualità emerge con evidenza dall'art. 10, nella parte in cui afferma che «ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni», completato dalla previsione (art. 11) per cui, di fronte a bisogni insoddisfatti, si possa superare l'esigenza della istituzione del servizio promuovendo «iniziative per assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni degli utenti, ferma restando la libertà di impresa degli operatori», tra le quali «il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni».

tività private e renderle così idonee a realizzare nella misura desiderata i bisogni individuati come meritevoli in sede politica.

Questa prima forma di garanzia dei bisogni fuori dal servizio pubblico gioca sull'alterazione dei comportamenti di mercato, sia delle imprese che degli utenti, determinabile attraverso interventi promozionali. Sui comportamenti delle prime, creando artificialmente occasioni di profitto da cogliere adeguando l'attività di prestazione agli obiettivi pubblici perseguiti; sui comportamenti dei secondi, attraverso uno specifico sostegno economico che, per un verso, consenta loro di accedere alla prestazione e che, per altro verso, ne potenzi la forza economica rendendo effettivo il diritto di scelta tra fornitori e offerte diverse.

L'intervento solo all'apparenza può risultare poco invasivo: esso, invece, interferisce sulle dinamiche economiche indirettamente, ma in modo potenzialmente significativo, creando situazioni di vantaggio a chi aderisca ad una modalità di fornitura che contribuisce al perseguimento delle finalità pubbliche. Ne origina un ordine del mercato dichiaratamente valoriale che rende convenienti i comportamenti desiderati. Per questo vi è da chiedersi se non vi sia un limite al condizionamento.

Nella disposizione normativa, l'intervento incentivante può sì conformare l'attività di cittadini e imprese per renderle capaci di soddisfare in modo adeguato i bisogni (è il senso stesso della previsione), ma senza far perdere a quelle attività il loro carattere "autonomo". Svolgendo questa premessa si può ritenere che, ove l'intervento sia tale da cancellare gli spazi per l'esercizio dell'autonomia (perché la compressione della libertà di iniziativa economica e del connesso diritto di organizzazione dell'impresa va oltre la soglia del suo nucleo essenziale) si esula dalla portata applicativa della norma. Ciò, almeno, quando l'alterazione che dipende dal condizionamento degli interventi incentivanti arrivi a creare una situazione in cui il comportamento non adesivo comporta l'espulsione dal mercato, anche solo perché rende l'impresa antieconomica. Ove ciò accada, infatti, le modalità di offerta della prestazione che cancellano l'autonomia risultano sostanzialmente imposte, determinando di fatto una programmazione pubblica dell'attività [15].

Nella disposizione normativa, al mezzo classico della promozione delle imprese fa da contrappunto lo strumento meno classico del riconoscimento agli utenti di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni ai fini della fruizione del servizio. Sottesa, l'idea di garantire il servizio potenziando la concorrenza; sostenendo l'utente, si sostiene un soggetto che poi potrà scegliere dove e da chi procurarsi la prestazione, obbligando gli operatori in concorrenza, se concorrenza vi è, a offrirgli una prestazione che lo possa soddisfare e che per questo possa indurlo a preferirli. Si crea o si rafforza in questo modo la domanda senza alterare la dinamica concorrenziale, anzi servendosi di essa. Non solo: garantire i bisogni sovvenzionando la domanda costituisce il presupposto per realizzare politiche selettive in favore di utenti che abbiano una necessità effettiva di accedere a prestazioni a cui altrimenti non avrebbero accesso, permettendo inoltre di raggiungere persone incapaci di soddisfare alcuni bisogni meritevoli anche quando il loro esiguo numero renderebbe sovrabbondante la scelta della istituzione di un servizio pubblico. Presupposto, l'esistenza di concorrenza effettiva nel mercato, poiché altrimenti il sovvenzionamento pubblico rischia di finire con il creare solamente un *surplus* di utili.

[15] Si ricadrebbe così nella fattispecie di cui all'art. 12, che implica la preventiva istituzione del servizio (*infra*, par. 5.1.).

L'opzione di utilizzare strumenti di realizzazione dei bisogni alternativi al servizio pubblico è, in effetti, fortemente legata alla situazione del mercato; ove vi sia o vi possa essere un mercato funzionante, ma incapace di produrre spontaneamente i risultati voluti, il legislatore impone di preferire un intervento che prescinda dall'utilizzo di strumenti almeno formalmente imperativi. Nel processo decisionale l'opzione dell'orientamento del mercato deve essere specificatamente considerata, prima di ricorrere alla istituzione del servizio pubblico e alla conseguente previsione di poteri autoritativi. La lettera della legge può, invero, creare qualche ambiguità.

L'art 10, al comma 4, consente l'istituzione del servizio solo ove la prestazione dei servizi da parte delle imprese "liberamente" operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, sia inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali. Una interpretazione letterale rischia di vanificare la *ratio* della riforma. Il confronto da fare non è tra una situazione nella quale le imprese siano "libere" di esercitare la propria attività e una situazione in cui sia istituito il servizio pubblico. Il confronto presuppone una valutazione nella quale si consideri anche se il bisogno possa essere soddisfatto attraverso misure promozionali in favore delle imprese, perché sia per loro conveniente orientare l'attività in funzione del suo soddisfacimento, oppure in favore degli utenti, complessivamente o selettivamente supportati nella fruizione di prestazioni liberamente offerte nel mercato.

Converge a supportare questa interpretazione il richiamo al principio di proporzionalità dell'azione, che rende recessivi meccanismi imperativi non necessari e che subordina alla loro stretta necessarietà limitazioni autoritative delle libertà di iniziativa economica (derivanti dalla eventuale previsione di diritti esclusivi o speciali o dalla imposizione di obblighi di servizio pubblico). Ed infatti se, per un verso, il legislatore, contrappone alla ipotesi delle imprese "liberamente" presenti nel mercato quella della istituzione del servizio (le due soluzioni cioè apparentemente estreme), parallelamente esige un confronto (aggiunge, effettivo) tra le diverse soluzioni possibili, confermando il carattere incrementale della valutazione. Nel compiere la scelta, insomma, l'ente è tenuto a partire dall'opzione più rispettosa del mercato per poi considerare progressivamente le altre, secondo un ordine crescente di intensità e incidenza sulla libertà di iniziativa economica e sulla concorrenza.

5. Le alternative alla gestione pubblica: il problema della riserva di legge

Una volta istituito, perché necessario, il servizio pubblico, si pone il problema di come garantirlo. E di nuovo il legislatore impone un processo decisionale articolato per passaggi successivi. Se possibile e sufficiente, l'ente procede imponendo obblighi di servizio pubblico agli operatori del mercato; ove questo non basti, può attribuire diritti speciali e, se ancora i diritti speciali non risultino sufficienti, approda alla istituzione di una privativa con la conseguente attribuzione di diritti esclusivi, da gestire in forme varie, anch'esse da scegliere in funzione della preferenza per il mercato [16].

Per misurare la portata della disciplina occorre però preliminarmente porsi

[16] Art. 15, comma 2, e art. 17, comma 2.

un problema interpretativo che ne condiziona l'ambito applicativo. Occorre chiedersi se, nel momento nel quale il legislatore indica, come strumenti di garanzia del servizio pubblico, l'imposizione di obblighi di servizio o la contrazione del mercato attraverso un contingentamento o un monopolio legale, abbia inteso prevedere che la delibera istitutiva del servizio fa emergere un potere imperativo generalizzato (da esercitare sempre nel rispetto del suo presupposto, e cioè della necessarietà e proporzionalità rispetto al fine) o se invece gli artt. 12 e 13 debbano essere interpretati come norme di rinvio a poteri altrimenti previsti dall'ordinamento. Si estende così al versante locale un problema sistemico della disciplina della regolazione: quello del rapporto tra norma e potere (e della interpretazione della norma che attribuisce un potere), che continua a non trovare un assetto definitivo [17].

Il punto è evidentemente delicato.

Aderire alla prima interpretativa implica accentuare il carattere innovativo della disciplina, rafforzando il ruolo dell'ente locale; ad esso, infatti, verrebbe riconosciuta una funzione di organizzazione, conformazione e regolazione del mercato che dipende solo dalla rilevazione della sua inadeguatezza, da individuare peraltro sulla base di una valutazione politica dei bisogni. Il riconoscimento di una simile funzione avrebbe l'effetto di attribuire un potere imperativo generalizzato tale da offrire all'ente in ogni caso e in ogni mercato tutta la serie progressiva delle opzioni possibili, rendendo residuale la sola eventualità di un intervento che avvenga attraverso ordinari strumenti contrattuali. All'opposto, disconoscerne l'esistenza irrigidirebbe la disciplina e rischierebbe di attutirne la portata, relegando le opzioni diverse dall'affidamento del servizio in un mercato libero alla marginalità dei casi in cui il legislatore avesse *aliunde* costituito poteri *ad hoc*.

Al problema strettamente interpretativo risulta peraltro presupposto un problema a monte: occorre infatti chiedersi se le norme in questione siano sufficientemente precise da integrare i presupposti della riserva di legge di cui agli art. 23 e 41 Cost. e da soddisfare le esigenze di legalità e certezza che vi sono implicate [18]. Ma a questo punto il discorso si scinde e richiede di essere trattato separatamente a seconda che si discuta della imposizione di obblighi di servizio pubblico ovvero della istituzione di una riserva o di un contingentamento.

5.1. L'imposizione di obblighi di servizio pubblico

Come si è visto, nell'elencazione ad andamento progressivo delle forme di garanzia dei bisogni, il legislatore segue un ordine di preferenza inversa determinato dal grado crescente di incidenza sul mercato (tanto minore è l'effetto limitativo, quanto più lo strumento è preferito). In quest'ottica, istituito il servizio, la misura da considerare in via prioritaria è quella della regolazione dei soggetti già presenti o che decideranno di entrare nel mercato. Superata la soglia che impone l'istituzione, l'ente si trova infatti a dover verificare innanzi-

[17] Da ultimo, M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in questa *Rivista*, 2022, p. 25.

[18] Sottolinea questo rapporto N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali,* in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 157 ss., spec., ai fini di questa analisi, p. 158 e p. 163.

tutto "se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare", anche prevedendo "eventuali compensazioni economiche" [19] che, proprio per questo legame con gli obblighi di servizio, possono sfuggire al divieto di aiuti di Stato.

Si ricava da questa previsione che l'istituzione del servizio non ne comporta una "titolarità pubblica" (affermazione questa che rischia di preludere a una limitazione del controllo sulle modalità con cui questa "titolarità" viene gestita e, alla fine, anche a una decolorazione della posizione degli operatori e dei fruitori finali [20]), ma che implica invece esclusivamente l'assunzione di una responsabilità per la garanzia dei bisogni la cui soddisfazione è divenuta doverosa. Ne consegue anche che un servizio pubblico locale può non essere gestito, ma solo regolato [21].

La fattispecie ha carattere autoritativo. Non solo ne rimane fuori la previsione di sovvenzioni ai fornitori che ritengano di aderire ad una modalità di prestazione voluta da chi sovvenziona; ne rimane anche fuori l'ipotesi della stipulazione di contratti stipulati con uno o più fornitori, tra quelli che operano nel mercato, da cui derivino obblighi di prestazioni da rendere dietro corrispettivo [22]. È vero che anche in questi casi emergono obblighi che sono destinati a soddisfare bisogni e che, almeno nel secondo caso, possono essere definiti come obblighi di servizio pubblico [23] (ed è altresì vero che neppure in queste ipotesi vi è una restrizione autoritativa del numero di soggetti che operano nel mercato [24]). Tali obblighi, tuttavia, sono assunti sulla base di una scelta volontaria, quando l'art. 12 sembra riferirsi al potere dell'amministrazione di "imporre" a tutti gli operatori nel mercato o, motivatamente, ad uno o più operatori, di

---

[19] Art. 12 d.lgs. n. 201/2022; non vi è, peraltro, nel decreto alcuna definizione e dunque alcuna predeterminazione degli obblighi di servizio pubblico che, sulla base di questa norma, possono essere imposti agli operatori nel mercato.

[20] Richiama l'esigenza di riportare al centro della discussione sui servizi pubblici la fruizione del servizio, rispetto all'attenzione «quasi ossessiva» con cui la dottrina si è occupata della modalità di gestione, A. PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 2; sulle perduranti carenze della disciplina in ordine alla tutela degli utenti, M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 138.

[21] Il servizio può peraltro essere regolato attraverso strumenti anche non imperativi. Può darsi infatti l'ipotesi di un intervento che consista nella stipulazione di un contratto avente ad oggetto certe prestazioni, o prestazioni da fornire con certe modalità, da rendersi nel quadro di un mercato concorrenziale ad opera di uno dei soggetti che vi operano, individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica. Si tornerà poi su questa ipotesi: *infra*, par. 5.2.

[22] Non a caso il contratto di servizio riguarda solo i servizi «affidati» (così l'art. 24, che individua il contratto di servizio come un contratto che interviene tra enti affidanti e soggetti affidatari e che garantisce l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico per tutta la durata dell'affidamento). Peraltro l'art. 14, al comma 1, disciplinando l'ipotesi in cui «l'ente locale e gli altri enti competenti […] ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori», presuppone che vi sia un servizio pubblico che non sia affidato: il riferimento sembra per l'appunto alla fattispecie dell'art. 12.

[23] L'art. 24 indica appunto gli obblighi di servizio come parte del contenuto necessario del contratto di servizio.

[24] È valorizzando questo aspetto che si è invece ritenuto che anche la fattispecie dei contratti di servizio stipulati nel quadro di un mercato esistente vada riportato all'art. 12: così, G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori sul mercato*, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 199.

rendere la propria prestazione secondo modalità almeno in parte predeterminate attraverso l'adozione di provvedimenti ablatori. Chi non intenda assumerne non può operare nel mercato locale in cui l'obbligo è stato posto e deve uscirne [25].

Dal punto di vista del mercato e della concorrenza, l'imposizione di obblighi di servizio pubblico appare come una misura più mite rispetto alla creazione imperativa di un monopolio o di un oligopolio; ciò, in un certo senso, vale anche se si guarda alla fattispecie dal punto di vista degli operatori, posto che la riserva o il contingentamento implica la loro espulsione del mercato (salvo poi poter competere in una procedura di evidenza pubblica per ottenere l'affidamento del diritto speciale o esclusivo che sia stato istituito). Nondimeno non si può non cogliere la delicatezza di un potere di imposizione di obblighi dal cui esercizio può dipendere l'esistenza delle condizioni per lo svolgimento della libertà di iniziativa economica. Il rischio di soffocare il mercato che in questo caso esiste è rilevante, ad opera peraltro di enti, quelli locali, non sempre dotati delle competenze necessarie per il compimento di valutazioni complesse che potrebbero erodere lo stimolo a operare nel settore della produzione del servizio. Il che genera un corto circuito: se l'opzione della imposizione di obblighi è adeguata, gli enti sono tenuti a preferirla, ma potrebbero non essere attrezzati per praticarla compiendo analisi giuridico-economiche idonee a consentire il corretto bilanciamento tra imposizioni di obblighi, rispetto della remunerativitá e garanzia della sopravvivenza dell'iniziativa privata.

Il rischio evidenziato si lega ad una criticità che può essere rappresentata in termini rigorosamente giuridici.

Il carattere aperto dell'art. 12 e la mancata tipizzazione degli obblighi si pone in frizione con il principio di legalità sostanziale che sovrintende l'esercizio di poteri imperativi. Ne sono chiari invero i presupposti (l'adozione di un atto amministrativo istitutivo del servizio che individua l'imposizione degli obblighi come lo strumento più "mite", sulla base di una istruttoria le cui coordinate sono definite, ad opera di un organo competente individuato [26]). È chiaro, ancorché inevitabilmente generico, il fine (il soddisfacimento delle "esigenze delle comunità di riferimento" e "dei bisogni dei cittadini e degli utenti", relativamente alla "accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza" delle prestazioni [27]): d'altra parte nell'ordinamento non sono rari i casi in cui il riferimento finalistico dell'esercizio dei poteri è finanche indicato come un "interesse pubblico" senza ulteriori distinzioni. Ciò che manca, però, è una qualsivoglia indicazione in ordine ai contenuti degli obblighi da imporre [28], che assumono la coloritura di obblighi atipici potenzialmente in frizione con il principio di legalità sostanziale e con la connessa esigenza di una "pur elastica" copertura legislativa dell'esercizio del potere [29].

È vero che ci sono altri testi normativi in cui gli obblighi di servizio pubblico sono specificati [30]: questo però rafforza la tesi, sottolineando come proprio in

---

[25] Così, rispetto alla disciplina previgente ma in relazione ad una fattispecie analoga, M. DUGATO, *op. cit.*, p. 1111.

[26] Art. 42, comma 2, lett. e), f) e g), d.lgs. n. 267/2000.

[27] Lo si ricava dalla definizione di servizio pubblico locale di rilevanza economica contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 201/2022.

[28] Fanno eccezione gli obblighi tariffari analiticamente disciplinati dall'art. 26 d.lgs. n. 21/2022.

[29] Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115.

[30] Così, solo come esempio, il d.lgs. n. 261/1999 in materia postale, specialmente negli artt.

specifiche norme di settore debbono rinvenirsi, se vi sono, i poteri da esercitare, eventualmente delimitati in relazione alla tipologia di mercato e comunque predeterminati per tipologia ed effetti.

Se si accoglie questa impostazione [31], la previsione testuale per cui l'ente locale verifica se la prestazione del servizio possa essere assicurato attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, va intesa in prima battuta nel senso che esso è tenuto pregiudizialmente a verificare se vi sono norme che attribuiscono il relativo potere, prima condizione perché l'ipotesi della imposizione di obblighi di servizio sia percorribile [32]. La rilevazione della necessità di un rapporto di integrazione (si potrebbe aggiungere, reciproca) tra la normativa generale e quelle settoriali [33] ne fornisce un sostrato coerente.

5.2. La creazione di diritti speciali o esclusivi

Nella scala graduata degli strumenti di intervento a garanzia dei bisogno, l'art. 13 prefigura l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi solo "in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa" e sempre se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio, sulla base di un'adeguata analisi economica. Condizioni, queste, rafforzate dal richiamo al rispetto del diritto dell'Unione europea, cui il legislatore sceglie di rinviare a prescindere dal fatto che si tratti di una fattispecie di per sé rilevante sotto il profilo europeo o che si tratti invece di una situazione puramente interna.

I riferimenti sono sovrabbondanti, ma proprio questa sovrabbondanza segnala la volontà del legislatore di rendere effettiva la residualità dell'ipotesi, come anche, prima ancora, di corrispondere all'obiettivo, posto dalla legge delega, del superamento dei regimi di esclusiva non conformi ai principi di adeguatezza e proporzionalità "e, comunque, non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio" [34]. Da questo obiettivo si trae, invero, un parametro fondamentale per l'interpretazione del decreto delegato.

È un diritto esclusivo e speciale, nella definizione che ne dà il legislatore ai fini della disciplina di riordino, "il diritto, concesso da un'autorità competente

12, commi 1 e 3, commi 5-8; gli artt. 1, comma 374, legge 23 dicembre 2005, n. 266 e 3 d.l. n. 130/2021, per il settore dell'energia elettrica; l'art. 95 d.lgs. n. 259/ 2003.

[31] In questo senso anche G. FONDERICO, *op. cit.*, p. 200.

[32] D'altra parte, se fosse riconosciuto, in capo all'amministrazione, un potere imperativo generalizzato di imporre obblighi di servizio pubblico e da remunerare con adeguate compensazioni economiche (che d'altra parte dovrebbe considerarsi da utilizzare in via prioritaria) risulterebbe in larga misura frustrata la portata applicativa della previsione, nell'art. 14, della possibilità della stipulazione di contratti con più imprese con cui esse si assumono obblighi di servizio dietro retribuzione. Ciò rimanda alla ipotesi interpretativa proposta: e cioè che non sempre è possibile l'imposizione di obblighi, non tanto perché questi obblighi potrebbero risultare eccessivamente onerosi, visto che comunque la previsione di una compensazione potrebbe neutralizzarne l'effetto antieconomico, ma perché può darsi il caso in cui non esistano norme che attribuiscano il potere di imporli.

[33] Prefigurato nell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 201/2022.

[34] Art. 8, comma 2, lett. d), legge 5 agosto 2022, n. 118; la norma, peraltro, consente la valutazione della esigenza del regime esclusivo o speciale non solo in relazione specifica della necessità di garantire il servizio pubblico in quanto tale, ma anche in «in considerazione delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento di determinati servizi pubblici». L'obiettivo del superamento del regime della riserva è realizzato anche attraverso l'abrogazione espressa, con l'art. 37, dell'art. 1, comma 1, nn. 8), 10), 11) e 17), del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, relativi alla privativa dei servizi di trasporto funebre, macellazione, esercizio di mercati, pubbliche affissioni.

mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa", che ha l'effetto di riservare, nell'un caso, a un unico operatore economico, nell'altro caso a due o più operatori economici, l'esercizio di un'attività in un ambito (si può aggiungere) territorialmente e settorialmente determinato [35]. La definizione combina il dato dello strumento giuridico che "concede" il diritto, con l'effetto della "riserva"; l'art 13, poi, indica un quadro rigido di regole sostanziali e formali da seguire. Neppure in questo caso, però, il legislatore precisa in quali casi un ente locale, con un proprio atto regolamentare o amministrativo, possa, sussistendone le condizioni, ricorrervi.

Prescindendo dall'ipotesi della attribuzione in via legislativa (improbabile, ma possibile, sempre che ciò non implichi lesione dell'autonomia locale) e posto che la veste regolamentare non è certo quella più adeguata per rivestire un atto concessorio, è ordinariamente l'ente locale che provvede a concedere il diritto mediante un proprio provvedimento (una "disposizione amministrativa"), sulla scorta, evidentemente, di una procedura ad evidenza pubblica. Ciò ripropone la questione precedente. E cioè se la norma costituisca in capo all'ente locale un generale potere di riservare o contingentare il mercato, o comunque di attribuire diritti speciali tali da alterare le condizioni di concorrenza. In questo caso, invero, non si pone quel problema di tipicità che costituisce uno delle leve interpretative per escludere il potere generalizzato dell'ente di imporre obblighi di servizio pubblico (essendo l'effetto della riserva un effetto tipico *per se*). Tuttavia il dato letterale, letto alla luce della *ratio legis*, sembra giustificare la medesima soluzione.

Il legislatore, nell'art. 13, indica che l'ente locale "attribuisce" diritti speciali ed esclusivi, l'art. 2 che li "concede": nessuna delle due norme gli riconosce un potere di istituire regimi riservati da cui derivino i diritti da attribuire. La mancanza alla base di una previsione legislativa che consenta all'ente di limitare il mercato creando monopoli o contingentamenti, in uno con l'obiettivo perseguito dalla legge delega di superare regimi di privativa, porta a ritenere preferibile una interpretazione secondo cui il ricorso a questa forma (estrema) di limitazione sia possibile solo in presenza di altre norme che lo consentano. D'altra parte, le due fattispecie contemplate dagli artt. 12 e 13 non possono che essere interpretate in modo omogeneo: se si ritiene, per i motivi esposti, che occorra che il potere di imporre obblighi di servizio pubblico sia costituito da una norma specifica diversa da quella che disciplina i criteri posti dal decreto per la sua imposizione, ciò a maggior ragione dovrà valere per la istituzione di diritti speciali ed esclusivi.

Vi è da chiedersi peraltro quale sia lo spazio effettivo perché gli enti locali possano arrivare a riservare o contingentare un'attività (e, in questo modo, quale sia l'impatto concreto sul funzionamento del sistema dell'interpretazione restrittiva proposta).

Occorre considerare infatti che l'attribuzione di un diritto esclusivo o speciale può non dipendere da una limitazione formale del mercato. Può dipendere dal fatto che non vi sono in fatto imprese disponibili a operare nel mercato o dal fatto che le imprese che vi sono rendono le prestazioni con modalità giudicate inidonee, senza che ricorrano poteri che permettano all'ente di imporre loro di obblighi di servizio o quando gli obblighi di servizio finirebbero con l'avere come effetto l'uscita delle imprese dal mercato. Per questo, in via contrattuale, l'amministrazione può attribuire specifici diritti all'aggiudicatario o agli

[35] Art. 2, comma 1, lett. e) e f), d.lgs. n. 201/2022.

aggiudicatari di una gara, riconoscendo un corrispettivo che rende remunerativa un'attività che, in sé o per le modalità in cui l'amministrazione la vuole, altrimenti non lo sarebbe. Anche questi sono diritti speciali o esclusivi, che consentono di operare in un segmento specifico di mercato (quello delle prestazioni di servizio pubblico) creato o reso appetibile dal compenso pubblico.

Emerge in questo modo per l'ente un'alternativa tra il ricorso a strumenti direttamente imperativi e la possibilità di seguire una strada consensuale, che non può che risolversi in favore della seconda in virtù del principio di proporzionalità. Anziché riservare o contingentare, anche ove ve ne sia il relativo potere, l'ente locale potrà semplicemente attribuire diritti in via contrattuale, lasciando per il resto gli eventuali altri soggetti economici operare nel mercato, salvo vi siano specifiche ragioni che giustifichino la loro estromissione formale (si può pensare per esempio ad esigenze di prevenzione di fenomeni di *cream skimming* o di incompatibilità fisica, per l'insufficienza di spazi o di beni, dello svolgimento parallelo di più attività, di servizio pubblico e non). Che poi l'intervento pubblico abbia anche in questo caso un effetto imperativo indiretto che, attraendo utenti verso prestazioni di servizio pubblico, può finanche rendere anti-economica un'attività che si svolga fuori dal suo perimetro, è possibile, ma non rileva ai fini del ragionamento.

6. L'istituzione del servizio e gli spazi della tutela

Ogni processo di giuridicizzazione di ciò che è precedentemente libero produce due rischi. Da un lato, il rischio che, ove le regole non diano origine a pretese tutelabili, esse finiscano con il perdere di effettività; dall'altro il rischio che un eccesso di emersione di pretese tutelabili renda il sistema difficilmente gestibile. Ciò accade anche per il decreto di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali. L'emersione di un atto formalizzato consacrato alla istituzione del servizio fa emergere aspettative di tutela e nuove possibilità di contenzioso, tanto più considerando che a quell'atto è agganciato uno specifico e articolato regime giuridico, che risponde a principi e a regole di tipo sia sostanziale che procedimentale.

In altri termini: l'esistenza di un atto di istituzione definisce uno spazio di controllabilità della scelta dell'amministrazione di creare il servizio, come anche, almeno in astratto, della scelta di non crearlo. Risulta certamente rafforzato l'interesse degli operatori rispetto all'interferenza dell'amministrazione sul mercato: un interesse a che l'amministrazione non distorca l'assetto concorrenziale con interventi promozionali che alterino le condizioni di parità tra gli operatori, a che essa non imponga obblighi che limitino la libertà di impresa, a che non riservi o contingenti costituendo ambiti di profitto protetti, a che non intervenga direttamente sottraendo spazio al privato. D'altronde quella parte del regime giuridico dell'atto di istituzione che limita la discrezionalità dell'ente tende proprio a garantire le libertà delle imprese operanti nel mercato e la loro concorrenza.

Di fronte a questo nuovo quadro, però, c'è da chiedersi se non si ponga in modo più definito uno spazio di tutelabilità anche della pretesa delle persone, individualmente o in forma aggregata, alla istituzione di un servizio pubblico.

Si è osservato in premessa, come il legislatore indichi il bisogno della comunità come categoria fondante della istituzione del servizio e, anzi, della do-

verosità di quella istituzione, prevedendo coerentemente, ma con una disposizione (troppo) blanda, la possibilità di ricorrere a forme di consultazione pubblica. Per altro verso, però, sottolinea il carattere politico della scelta che ha che fare con la valutazione dei bisogni.

Ora: da sempre il carattere politico della valutazione dei bisogni si arresta allorquando vi siano diritti costituzionalmente tutelati che, in quanto tali e nel loro nucleo essenziale, possono essere sempre fatti valere; ciò può importare una condanna dell'amministrazione a dare ad essi attuazione, sebbene nelle forme organizzative discrezionalmente scelte. La strutturazione del momento della scelta del servizio offre nuove prospettive, sotto un triplice profilo.

Da un lato, ove emergano diritti insoddisfatti diventa prospettabile un sindacato che porti non solo a chiedere che essi vengano individualmente realizzati dell'amministrazione nelle forme che essa ritenga e comunque in relazione alla persona in favore della quale la condanna è stata pronunziata, ma anche che la garanzia sia assicurata attraverso l'istituzione del servizio in quanto tale. Da un altro lato, la pretesa alla prestazione può più facilmente spingersi oltre la tutela dei diritti in senso proprio, per abbracciare anche aspettative ragionevoli che si coagulano intorno al nucleo essenziale di quei diritti e che, nel rispetto del merito politico della scelta, richiedono di essere seriamente e formalmente prese in considerazione. Da un altro lato ancora, l'estensione oggettiva delle pretese tutelabili può riverberarsi in un ampiamento della legittimazione all'azione, tale da coinvolgere non solo singoli ma anche, più pacificamente, enti esponenziali e altri titolari di interessi diffusi.

Come la giurisprudenza vorrà cogliere questi spazi è impossibile dirlo (come è anche difficile prevedere se se vi sarà davvero un fermento della comunità nel pretendere un ruolo più diretto, più attivo, più impositivo rispetto alla organizzazione del sistema dei servizi locali). Tuttavia, le opportunità che il decreto apre per ripensare in termini anche di fondo il sistema dei servizi vi sono e sarebbero da cogliere.

L'*in house providing* fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore

In-house providing between constrained discretion and self-organization considering the legislature's recent reforms

di *Fabrizio Figorilli* [*]

La recente riforma dei servizi pubblici locali rappresenta il primo intervento organico in materia dopo oltre un secolo dalla prima disciplina legislativa del settore. La scelta delle amministrazioni municipali con riferimento all'attivazione di servizi pubblici non obbligatori veniva tradizionalmente ricondotta alla categoria degli atti politici, per definizione caratterizzata da ampia discrezionalità non sindacabile in alcun modo se non in sede elettorale. Il dlgs. n. 201/2022, attraverso la previsione di parametri cui gli amministratori sono tenuti ad attenersi, riproponendo la necessità di motivare dettagliatamente le scelte effettuate soprattutto in un settore estremamente delicato quale quello degli affidamenti *in house providing*, sembra invertire tale tendenza, offrendo un canone interpretativo in grado di favorire un più corretto utilizzo delle risorse pubbliche. Nella stessa prospettiva andrebbe letto il principio di autorganizzazione, introdotto dal successivo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 36/2023, allo scopo di non vanificare gli effetti positivi della riforma in materia di servizi pubblici locali.

The recent reform of local public services represents the first organic intervention in the field in more than a century after the first legislative regulation of the sector. The choice of municipal administrations with reference to the activation of non-mandatory public services was traditionally classified as political acts, characterized by broad discretion that could not be reviewed in any way except in elections. Legislative Decree n. 201/2022, through the provision of parameters to which administrators are obliged to adhere, re-proposing the need to give detailed reasons for the choices made especially in an extremely delicate sector such as in-house providing, seems to reverse this trend, offering an interpretative canon capable of favoring a more correct use of public resources. In the same perspective should be read the principle of self-organization, introduced by the subsequent Public Contracts Code, approved by Legislative Decree n. 36/2023, in order not to nullify the positive effects of the reform on local public services.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e contenuti dell'indagine. – 2. Il tradizionale modo di ricostruire le determinazioni degli enti locali in materia di servizi pubblici. – 3. L'attivazione e gestione dei servizi pubblici non obbligatori nella lettura della dottrina e negli oscillanti orientamenti della giurisprudenza. – 4 La riduzione dei margini di discrezionalità degli enti locali nel disegno del d.lgs. n. 201/2022: verso una progressiva procedimentalizzazione delle de-

[*] Professore ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli studi di Perugia.

cisioni delle autorità locali. – 5. Il possibile rilancio del dibattito pubblico nel settore dei servizi pubblici locali. – 6. Il modello in *house* quale conferma della tendenza in atto. – 7. La (apparente) attenuazione dei nuovi parametri dettati in materia di *in house* attraverso la definizione del principio di autorganizzazione contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici.

1. Considerazioni introduttive e contenuti dell'indagine

Alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 201/2022 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica va riconosciuto sicuramente il merito di aver razionalizzato le disposizioni fin qui susseguitesi nell'arco di oltre centoventi anni, nel corso dei quali, dopo l'entrata in vigore della legge Giolitti, è sempre mancata una disciplina contenente un disegno organico della materia [1].

Per altro verso, merita segnalare come il legislatore abbia conseguito un non meno significativo risultato, consistente nella predisposizione di un testo non eccessivamente pesante, all'interno del quale però è possibile rintracciare i principi e le regole in grado di assicurare l'operatività del sistema del settore qui preso in considerazione.

Di conseguenza, la nuova disciplina recentemente approvata dal Governo offre l'occasione per riprendere alcuni aspetti oggetto di riflessione costante tanto in sede di riflessione teorica che applicativa.

In primo luogo, come si avrà occasione di rilevare, è profondamente ridisegnato il percorso che gli enti locali sono chiamati a seguire per istituire un servizio pubblico locale non ricompreso tra quelli imposti per legge dal nostro ordinamento. In passato tale momento aveva indotto la dottrina in maniera pressoché unanime a concentrarsi sulla maggiore o minore autonomia riconosciuta agli enti locali chiamati a gestire uno dei settori nevralgici dell'attività amministrativa, pervenendo a qualificare detto momento come espressione di scelte politiche, come tali sottratte a qualsivoglia forma di controllo, ad eccezione della verifica elettorale di esclusiva competenza delle rispettive comunità.

Secondariamente, pur riconoscendo la sicura rilevanza del profilo da ultimo richiamato, appare opportuno spostare l'attenzione sulla discrezionalità riconosciuta all'autorità nelle varie fasi dell'istituzione, della regolazione e della scelta delle modalità di gestione dei servizi in parola. E ciò tanto alla luce delle disposizioni interne che comunitarie. Trattasi, come è possibile evincere fin da questi brevissimi accenni, di una tematica trasversale al cui interno è possibile rinvenire sufficienti indizi per rivisitare l'impostazione tradizionale sulla natura delle decisioni adottate e l'estensione dei margini di scelta di cui gode l'ente locale, tenuto conto delle importanti novità introdotte dalle recenti riforme.

Ed è proprio alla luce delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 201/2022 che sembra farsi strada una linea interpretativa in grado di incidere fortemente sulle determinazioni dei pubblici poteri in tale delicato settore, restringendo quei margini di opzione che in passato hanno prodotto dei risultati non troppo entusiasmanti sia sul piano economico che dell'efficacia ed efficienza del servizio svolto.

Esemplificativa di tale tendenza può essere considerata la procedura che gli enti locali devono osservare per gli affidamenti *in house*, con specifico rife-

[1] Condivide tale valutazione E. BRUTI LIBERATI, *La legge annuale sulla concorrenza e la sua difficile attuazione*, in *Giornale Diritto amministrativo*, 2023, p. 150.

rimento ai presupposti che l'ente locale è chiamato ad individuare in sede istruttoria, con puntuali obblighi motivazionali che devono fondare la scelta se utilizzare o meno tale modello gestionale. Tutto ciò concorre, in definitiva, a delineare un quadro d'insieme fortemente innovativo rispetto agli schemi decisionali fin qui seguiti dagli enti locali, attraverso una sostanziale procedimentalizzazione della formazione delle volontà assunte dagli enti locali, per tale motivo tenuti ad assicurare buona parte dei principi da tempo codificati dalla legge n. 241/1990, *in primis* quelli di partecipazione e trasparenza.

Per questo motivo non appare condivisibile – anticipando fin d'ora l'opinione di chi scrive – quell'orientamento di pensiero che interpreta l'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023, specificamente volto a definire il principio di autorganizzazione in materia di contratti pubblici, nel senso di un sostanziale alleggerimento degli adempienti che incombono in capo alle stazioni appaltanti, quasi a voler rinvenire nella riforma da ultimo richiamata una sorta di controlimite in grado di sterilizzare le coordinate introdotte con il d.lgs n. 201/2022.

In conclusione, non va sottovalutato il momento storico che ha favorito tale evoluzione. Di qui l'esigenza di concentrare l'analisi su tutta una serie di elementi, all'esito della quale sarà possibile tratteggiare un quadro di riferimento piuttosto articolato, dal quale desumere se l'insieme delle riforme attuate dal Governo si limiterà ad assicurare l'attuazione del PNRR, ovvero le soluzioni indicate dal legislatore vadano nella direzione di una progressiva trasformazione delle modalità con cui le amministrazioni pubbliche sono chiamate a compiere le rispettive scelte in settori particolarmente decisivi per la vita della collettività.

2. Il tradizionale modo di ricostruire le determinazioni degli enti locali in materia di servizi pubblici

Si è appena accennato all'importanza che riveste il tema della discrezionalità all'interno della variegata materia dei servizi pubblici locali. Tuttavia, al fine di comprendere meglio la rilevanza di questi aspetti, occorre puntualizzare che il margine di scelta che ciascun ente è chiamato a compiere è stato tradizionalmente osservato in considerazione dei diversi passaggi che contribuiscono allo svolgimento di tale operazione. E ciò muovendo dal presupposto che la valutazione sull'entità e qualità della scelta discrezionale cambia a seconda del momento e del contesto in cui la stessa viene maturata.

In altre parole, si è cercato di distinguere (mantenendoli rigorosamente separate) le differenti valutazioni che l'ente locale è chiamato a svolgere allorché l'opzione da esercitare riguardi l'attivazione di un servizio non obbligatorio *ex lege*, ovvero un'attività non ricompresa in tale categoria.

È di tutta evidenza come nel primo caso ci si sia orientati nel solco consolidato della ben nota teoria gianniniana, secondo la quale la determinazione assunta dall'amministrazione è il frutto di una tipica ponderazione degli interessi in gioco [2]. Ed invero, proprio in tale prospettiva, l'autorità locale deve ne-

[2] Ancorché superfluo, il riferimento è d'obbligo a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939. Sull'evoluzione del pensiero gianniniano riguardo a tale specifica e centrale problematica, si rinvia alle sempre stimolanti e dense considerazioni di F.G. Scoca *La discrezionalità nel pensiero di Gian-*

cessariamente prendere in considerare gli elementi che concorrono a determinare la migliore realizzazione del pubblico interesse attraverso l'attivazione di questo o quel servizio. Pertanto, tale scelta ben può rappresentare il momento più alto in cui l'autorità locale compie una precisa selezione di tutti gli aspetti idonei ad assicurare il migliore assetto degli interessi della comunità locale di riferimento, pervenendo così alla scelta finale. E ciò sotto vari profili.

Sicuramente molto ampio si rivela il margine riservato all'autorità locale allorché decide di promuovere la realizzazione di un servizio pubblico non ricompreso tra quelli imposti dalla normativa vigente. È chiaro come una determinazione di questa portata comporti la precisa volontà di offrire alla comunità di cui è espressione (in virtù del mandato ricevuto dagli elettori) l'attivazione di un servizio sulla base di una precisa valutazione di opportunità svolta sulla scorta di una puntuale ricognizione degli interessi pubblici prevalentemente ritenuti meritevoli di tutela.

In altre parole, l'opzione che viene esercitata dall'ente locale allo scopo di assicurare ai propri cittadini lo svolgimento di uno specifico servizio, giovi ribadirlo, non ricompreso tra quelli obbligatori per legge, può pacificamente ricondursi alle valutazioni discrezionali in senso ampio, per definizione volte a realizzare la massimizzazione del pubblico interesse, in linea con gli insegnamenti di M.S. Giannini. In definitiva si può sostenere che, nella materia che qui ci interessa, il nucleo centrale dell'attività amministrativa possa essere identificato nella ricerca puntuale degli interessi pubblici sulla scorta dei quali l'opzione di attivare o meno un servizio viene compiuta [3].

Ed in tale direzione sembra potersi ripercorrere anche l'itinerario tracciato da altra autorevolissima dottrina che in passato ha avviato la riflessione sulla ricostruzione dell'esercizio del potere in termini di funzione amministrativa [4], come tale retta da regole (ancorché all'epoca non codificate) in grado di guidare la scelta amministrativa, cominciando a delineare quei principi che l'autorità è tenuta ad osservare anche nelle decisioni che apparentemente sembrano attribuirle amplissimi spazi di intervento.

Allo stesso tempo, non meno dense di significato si presentano quelle ricerche volte a cogliere lo stretto collegamento che viene ad instaurarsi tra scelte di natura prettamente organizzativa e momento discrezionale. In questa prospettiva l'ampio margine di valutazione riservato dall'ordinamento alle autonomie locali è visto come ło strumento attraverso il quale perseguire gli

---

nini e nella dottrina successiva, in *Riv.trim.dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss. dove l'A., con la finezza che da sempre caratterizza le sue ricerche, ci ricorda come «Il grande merito di Giannini è di aver posto al centro della discrezionalità (esclusivamente) la valutazione dell'interesse pubblico, superando le tesi che la rapportavano al completamento o all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare: le valutazioni discrezionali finiscono di essere considerate vicende normative o questioni di diritto e assumono la loro effettiva identità di questioni di fatto di ricerca del modo migliore di cura dell'interesse pubblico» (*ivi*, pp. 1053-1054).

[3] È questo un profilo che viene attentamente messo in luce nella completa ricostruzione delle posizioni che hanno affrontato il tema oggetto delle presenti riflessioni; al riguardo si rinvia al bel lavoro di G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali, ESI*, Napoli 2018*, passim* e sp. p. 41 ss. e p. 52 ss.

[4] Il riferimento è d'obbligo a F. BENVENUTI *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in in *Riv.trim.dir. pubbl.*, 1952 118 ss.; sulla stessa lunghezza d'onda sembra collocarsi sempre G. TAGLIANETTI, *op.cit.*, 54 dove si puntualizza che «La scelta discrezionale, in definitiva, è scelta funzionalizzata, in quanto tesa alla realizzazione di una finalità di interesse pubblico».

obiettivi puntualmente indicati nell'art. 97, Cost.[5]; ed infatti, solo assicurando all'azione amministrativa degli enti locali una certa «libertà di apprezzamento ed elasticità» [6] è possibile rinvenire gli interessi pubblici nel caso concreto.

É forse in conseguenza dell'assetto costituzionale mutato agli inizi del secolo attuale che la qualificazione dell'operazione amministrativa nei termini da ultimo richiamati offre degli spunti utili alla riconsiderazione di alcuni aspetti che meritano di essere ulteriormente indagati. Fin qui la riflessione teorica prevalente ha ritenuto di dover concentrare le proprie attenzioni, approfondendo con finezza di analisi tutti gli elementi che contribuiscono a delineare la maggiore o minore ampiezza di detta autonomia [7], lasciando in secondo piano l'esame dei meccanismi che presiedono all'esercizio della potestà discrezionale che varia a seconda dell'oggetto e delle situazioni in cui viene impiegata.

Senza con questo entrare, come già accennato, nella ricostruzione puntuale di vicende ampiamente conosciute e studiate negli anni dalla dottrina più accreditata, preme sottolineare come le modalità di formazione della volontà dell'ente locale in ordine alla decisione di attivare un servizio non obbligatorio segue la procedura prevista per le determinazioni dell'organo cui spetta *ex lege* l'indirizzo politico amministrativo dell'ente di appartenenza. Al riguardo la giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo ha da tempo indicato quale sia, ai sensi dell'art. 42 TUEL, il ruolo attribuito ai consigli [8], e ciò sul presupposto che le delibere in tema di organizzazione e di affidamento [9] dei servizi pubblici locali vengono assunte da parte di un organo collegiale la cui competenza consiste, prevalentemente, nell'adottare provvedimenti di carattere generale nei termini appena descritti. Secondo le regole che fin qui hanno disciplinato tale importante settore, in buona sostanza, spetta all'ente locale scegliere la soluzione migliore per la collettività territoriale di riferimento, seguendo un *iter* decisionale molto diverso rispetto a quello tradizionalmente utilizzato dalla pubblica amministrazione per l'emanazione di provvedimenti che incidono sulla situazione soggettiva dei singoli destinatari.

In definitiva, l'iniziativa assunta dagli enti locali riguardo al progetto e realizzazione di un servizio pubblico non deve, né può essere ricondotto allo schema decisionale seguito dalle amministrazioni pubbliche allorché l'ordinamento attribuisce loro i poteri autoritativi finalizzati all'emanazione di provvedimenti idonei ad incidere nella sfera soggettiva dei singoli destinatari [10]. Di qui la fre-

---

[5] È questa, in estrema sintesi, la ben nota opinione di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, Giuffrè, 1966, p. 90 ss. e p. 115 ss.

[6] Così testualmente M.M. NIGRO, *op.cit*., 85.

[7] Sul punto, la bibliografia è molto consistente, per cui del tutto superfluo risulterebbe un'indicazione sommaria tra i tanti studiosi che si sono soffermati su questo tema. Per un'efficace rappresentazione dei rapporti tra l'autonomia riservata dall'ordinamento agli enti locali e i margini discrezionali di cui gli stessi godono in materia di istituzione e gestione dei servizi pubblici di rispettiva competenza, si rinvia alle acute riflessioni di G.CAIA, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2017.

[8] Si vedano, sul punto le precise puntualizzazioni contenute in Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2010, n. 5636.

[9] Tuttavia, per quanto attiene la decisione di affidare il servizio da parte degli enti locali, v. quanto meglio verrà illustrato *infra*.

[10] Tale profilo viene efficacemente spiegato da N. AICARDI, *in Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, *Bologna University press*, Bologna, 2018, 75 dove l'A., sviluppando il tema della sussidiarietà orizzontale come limite al potere di scelta dei Comuni in materia di organizzazione dei servizi pubblici di loro competenza, evidenzia che «… trattandosi di un ambito di attività ri-

quente e già richiamata sovrapposizione tra il principio autonomistico, riconosciuto dalla nostra Carta fondamentale agli enti locali in tale settore, e un non sempre ben definito ricorso alla nozione di discrezionalità che assume dei connotati diversi in relazione ai vari momenti che caratterizzano l'azione amministrativa nella materia oggetto del presente lavoro. Ed è lungo questa direttrice che occorre proseguire l'indagine.

Muovendo dalle prime considerazioni fin qui svolte, sembra pertanto potersi confermare quanto in precedenza sostenuto, allorché si sono richiamate le conclusioni cui era pervenuto M.S. Giannini nel suo celeberrimo studio sulla discrezionalità. Più in particolare, la promozione di un servizio pubblico locale (giovi ribadirlo, non obbligatorio) si traduce nell'individuazione di soluzioni che garantiscano la miglior cura dell'interesse primario da parte dell'organo competente, e ciò attraverso una ponderazione (prevalentemente) tra più interessi pubblici in luogo della tradizionale valutazione comparativa con i c.d. interessi secondari.

Per tale ragione si spiega l'opinione, largamente diffusa, in base alla quale la determinazione preordinata ad attivare un servizio pubblico locale deve considerarsi un'operazione, comunque, di natura politica [11]. Di qui l'altrettanto condivisibile conclusione, brillantemente esposta di recente, secondo cui la disciplina dei servizi pubblici locali offre numerosi spunti di riflessione in grado di confermare questa linea interpretativa [12].

3. L'attivazione e gestione dei servizi pubblici non obbligatori nella lettura della dottrina e negli oscillanti orientamenti della giurisprudenza

Se, per un verso, la propensione a mettere in rilievo il tratto politico delle decisioni assunte dalle autorità locali in questo specifico settore appare difficilmente revocabile in dubbio, per altro verso tale conclusione ha alimentato notevoli incertezze, al punto da costituire un'ingiustificata protezione per scelte

volto alla soddisfazione dei bisogni materiali della persona ed in cui il potere autoritativo della pubblica amministrazione … non viene in rilievo se non marginalmente».

[11] In questo senso si rinvia all'interessantissimo saggio di G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, in part. 7-8, dove l'A., richiamando altrettanto importante dottrina, mette in evidenza – ancorché su un piano più generale – come la discrezionalità amministrativa sia riconducibile ad «… un bilanciamento tra i vari interessi, intrisa di 'creatività', e che spesso viene definita 'improntata a metodi di politicità', se non politica *tout court*»; parimenti meritevole di attenzione – tenuto conto dell'originalità delle considerazioni svolte e della loro possibile ricaduta sulla materia oggetto delle presenti riflessioni – da altrettanto autorevole dottrina che ha tracciato una ipotesi ricostruttiva del concetto di discrezionalità in grado di superare la tradizionale concezione basata sulla valutazione comparativa degli interessi in gioco, delineando un modello decisionale incentrato sul principio di razionalità e prendendo spunto dalle conclusioni cui è pervenuta la scienza economica. Questa, in estrema sintesi, l'impostazione prospettata nel recente saggio di A. ZITO, *La scelta discrezionale della p.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir.amm.*, 2023, p. 46 ss. ed in part. pp. 50-53.

[12] È questo, in buna sostanza, il giudizio espresso da M. DUGATO, *Crisi del concetto di servizio pubblico locale*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 514, il quale sottolinea efficacemente come proprio l'insieme dei principi e delle regole di tale materia appaia «ancora saldamente ancorato al presupposto che la discrezionalità trovi giustificazione nella rappresentanza politica».

che si sono rivelate non sempre in linea con i canoni della legittimità, la cui osservanza è stata reclamata avanti al giudice amministrativo con esiti e suggestioni che meritano di essere riprese.

Non è sicuramente questa la sede per affrontare un tema di così ampio respiro, quale quello della natura dell'atto politico e delle sue varianti, oggetto anche di recenti approfondimenti che ne hanno ancora una volta esaminato a fondo tutti gli aspetti, proponendo analisi e spunti di riflessione molto acuti ed interessanti [13]. Tuttavia, proprio il ruolo riconosciuto alla qualificazione delle scelte operate dall'ente locale al momento di attivare un servizio pubblico non imposto dalla legge [14], suggerisce qualche breve considerazione. Ed invero, come avremo modo di verificare nel prosieguo del presente contributo, la stessa giurisprudenza amministrativa si è limitata ad accettare detta conclusione (denotando un atteggiamento forse eccessivamente benevolo), magari per motivi che vanno al di là degli aspetti che qui interessano, più propriamente riconducibili alle difficoltà che il nostro sistema di giustizia amministrativa tuttora sconta in tema di ampiezza del sindacato del giudice amministrativo.

A ciò si aggiungano le difficoltà, come è stato anche di recente notato in maniera assai persuasiva [15], derivanti da quegli orientamenti che fondano i propri convincimenti sulle diverse definizioni di atto politico, all'interno delle quali è difficile muoversi con agilità [16]. È questo il caso della distinzione tra atto politico, politico-discrezionale, discrezionalità politico-amministrativa [17], dove appunto l'unico criterio in grado di guidare l'interprete può essere rappresentato dall'esistenza o meno di regole che indichino con sufficiente prescrittività come il potere deve essere esercitato. In altre parole, la scelta politica si è sempre caratterizzata per il fatto che la stessa non è mai stata considerata come sottoponibile al controllo ad opera del giudice in quanto assunta tendenzialmente in un ambito non disciplinato sul piano positivo, determinando così l'effetto (da non confondersi con la causa spesso assunta come un vero e proprio postulato) della sua sottrazione alla verifica del giudice amministrativo [18].

---

[13] Merita richiamare, tra le più recenti, le ottime analisi contenute nei lavori di C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir.amm*., 2021, 621 ss; V. GIOMI, *L'atto politico e il suo giudice,* Milano, 2022; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto*, in *Dir.amm*. 2012, p. 329 ss.

[14] Coglie molto bene nel segno l'affermazione di R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, 95, per il quale «l'atto di assunzione dell'ente territoriale è determinazione di sintesi dei bisogni sociali della comunità di riferimento».

[15] Molto convincenti si rivelano le ricostruzioni proposte da C. CUDIA, *op.cit*., p. 624 dove il richiamo ai «formanti giurisprudenziali» cui si è accennato nel testo vengono espressamente criticati, alla luce delle contraddizioni in cui è ripetutamente incappato il giudice amministrativo (*ivi*, 625-626).

[16] Indice rivelatore di come tale problematica abbia influenzato l'approccio della dottrina agli aspetti che qui interessano è il giudizio formulato da M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus* 2012, dove l'A. qualifica il potere di scelta delle amministrazioni locale in materia di pubblici servizi come «espressione di una vera e propria discrezionalità politica, o, quanto meno, di una ricca discrezionalità amministrativa».

[17] Anche in questo caso il rinvio è d'obbligo a M.S. GIANNINI, *Autonomia (Teoria generale di diritto pubblico) ad vocem*, In *Enc. Dir., col*. IV, Giuffrè, Milano, p. 364 ss., nonché a E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano,1961.

[18] Con riferimento a tale delicato e specifico aspetto, si segnala la rivisitazione critica presente nel bel lavoro di V. GIOMI, *op. cit*., soprattutto in quelle parti della monografia volte a

Ciò non di meno, anche su questo specifico aspetto, si è venuta consolidando una corrente di pensiero che via via ha fortemente ridimensionato il perimetro che aveva in passato costruito la tesi della insindacabilità delle scelte politiche in quanto ritenute decisioni attinenti al merito, per definizione non sottoponibili all'esame di alcun giudice. Ma anche in tale prospettiva, non può essere sottaciuta la progressiva separazione tra ciò che per lungo tempo era stato classificato come atto politico rispetto agli atti di alta ammirazione [19], come tali verificabili da parte dell'autorità giurisdizionale [20].

Tutto questo in conseguenza della crescente rilevanza riconosciuta ad una tutela piena ed effettiva, così come recepita nelle disposizioni del codice del processo amministrativo, che non a caso contiene già nella disposizione di apertura un riferimento esplicito sia alle prescrizioni di rango costituzionale che a quelle dettate dal legislatore eurounitario [21]. Una conferma evidente in tal senso è rinvenibile nelle valutazioni espresse dai giudici di Palazzo Spada, i quali hanno significativamente sottolineato – sulla scia dei convincimenti maturati in seno alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Cassazione – che «… in uno Stato di diritto il potere politico deve comunque rispettare i canoni di legalità che il legislatore abbia ritenuto di dover predeterminare, anche nell'esercizio dell'amplissimo potere discrezionale che caratterizza l'azione di governo» [22].

Allo stesso tempo, come meglio si avrà modo di illustrare più avanti, proprio con riferimento al tema delle modalità di gestione e dell'affidamento dei servizi pubblici locali, lo stesso giudice amministrativo non sembra aver fornito prova di coerenza con quanto da ultimo affermato.

Si pensi a quelle vicende in cui il contenzioso insorto aveva ad oggetto il tema della motivazione posta a base della determinazione volta ad individuare la scelta del c.d. modello *in house* in luogo del ricorso al mercato esterno. In più di un'occasione, infatti, gli argomenti utilizzati dal giudice amministrativo lasciano trasparire una propensione a giustificare la mancanza di un'esplicita

---

confutare le ragioni che per troppo tempo hanno assicurato un'«area di presunta immunità giurisdizionale sviluppata intorno all'atto politico» (*ivi*, p. 73), sviluppando di conseguenza l'analisi nella prospettiva di «un potere politico 'garantibile' dal diritto» (*ivi*, p. 159 ss.; p. 168 ss. e sp. p. 195 ss.).

[19] Un'analisi di tali aspetti è contenuta in V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra 'atti politici' e 'atti di alta amministrazione*, in *Dir.pubbl*. 2009, p. 121 ss. ed in part. pp. 131-133; si segnala altresì l'indagine, condotta con finezza di analisi, sia sul piano teorico che giurisprudenziale, da A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv.trim.dir.pubbl*., 2023, 415 ss., il quale illustra in maniera convincente la tendenziale recessività dell'atto politico e la crescente rilevanza dell'atto di alta amministrazione sebbene non sia sempre facile distinguere quest'ultima categoria dagli altri atti discrezionali; con tutte le conseguenze che ne discendono anche sul piano della tutela giurisdizionale, come noto condizionata dall'esigenza di salvaguardare il principio della separazione dei poteri (*ivi*, p. 422), fermo restando «… il segno di una prevalenza – sia pure "debole "– delle esigenze di legalità e di protezione della sfera giuridica dei destinatari sull'argomento della separazione dei poteri» (*ivi*, p. 423).

[20] Interessanti, al riguardo, le considerazioni di G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 8 ss. con ampia e completa bibliografia alla quale per praticità si rinvia. Sempre con riferimento alla tematica accennata nel testo, cfr. A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos* 2020, p. 7, il quale fa riferimento ad una sorta di erosione o annullamento della categoria dell'atto politico.

[21] Intendiamo fare riferimento alla formulazione testuale dell'art. 1, d.lgs. n. 104/2010.

[22] Così, testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 6550.

esternazione delle ragioni della scelta effettuata, pur in presenza di un'espressa indicazione, ad opera del legislatore, in tal senso.

A ben vedere le disposizioni contenute nella prima disciplina organica, risalente al 1903 [23], già contenevano dei riferimenti in grado di guidare l'azione dell'autorità tesa ad attivare un servizio pubblico locale. E tale doveva essere considerato il richiamo alla predisposizione di un piano economico finanziario, da intendersi come uno degli elementi condizionanti il provvedimento con cui venivano a determinarsi le modalità di gestione del servizio (ovvero affidare in concessione a terzi) ritenuto necessario dal comune o dalla provincia. In altre parole, detto documento, pur mantenendo intatte le caratteristiche delle scelte discrezionali [24], costituiva un ineludibile parametro di riferimento, in grado di indirizzare l'esito della valutazione effettuata dagli enti locali [25].

Tuttavia, in più di un'occasione, la giurisprudenza ha preferito ripiegare sulla nozione di discrezionalità politico-amministrativa se non di scelta di merito, come tale riconducibile agli atti di natura politica, per risolvere le questioni sottoposte al suo sindacato, favorendo così un vero e proprio *self restraint*. E ciò tanto con riferimento alle pronunce del giudice amministrativo di primo grado [26] che della Cassazione [27].

---

[23] Cfr. la ben nota legge 29 marzo 1903, n. 103, cui ha fatto seguito il T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578; sull'importanza riservata già dall'inizio del XX secolo da parte del legislatore a tali aspetti, si rinvia alla esaustiva ed esauriente ricostruzione di G.CAIA, *L'evoluzione delle norme e delle ipotesi di riforma dei servizi pubblici locali*, in G. BRUZZONE-R. CHIEPPA-A. MOLITERNI (a cura di) *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano 2023, p. 17 ss, dove l'A. ripercorre criticamente gli atteggiamenti ondivaghi delle le scelte legislative a partire dalla legge Giolitti fino ai giorni nostri, mettendone in luce criticità e contraddizioni anche attraverso un'attenta selezione degli interventi della giurisprudenza maggiormente significativi.

[24] Sottolinea con precisione tale aspetto, ancorché nell'ambito di un saggio di ben più ampio respiro, G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, *Bologna University press*, Bologna, 2018, p. 329, dove l'A. sottolinea come la scelta effettuata dall'ente locale «… doveva ovviamente rispondere alle regole della discrezionalità amministrativa, ma con un appropriato vincolo di ponderazione, come è dimostrato dall'obbligo allora previsto di adottare un 'progetto di massima tecnico finanziario' per l'impianto e la gestione del servizio pubblico qualora intendesse assumere direttamente il servizio medesimo mediante azienda speciale».

[25] Significative le considerazioni di F.A. ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. MAZZAROLLI-A.ROMANO-G.PERICU-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Milano, 2005, pp. 107-108, il quale, pur approfondendo la tematica più generale della partecipazione degli enti locali territoriali a società per azioni, si sofferma sulla valutazione che l'amministrazione è tenuta a compiere e a motivarla sotto un duplice profilo: «… specificando le ragioni di pubblico interesse che inducono, da un lato a esercitare l'attività e che portano, dall'altro,, a ritenere a tal fine vantaggiosa (ovviamente, con riguardo alle finalità di interesse pubblico dell'ente locale) l'istituzione di una società».

[26] Così TAR Abruzzo-sez. Pescara n. 14 marzo 2018, n. 27; in senso analogo si veda altresì TAR Lombardia 12 gennaio 2015, n. 98, dove espressamente si afferma la natura formale e non sostanziale della motivazione rafforzata, sebbene nel caso di specie l'affidamento fosse stato aggiudicato ad un'impresa esterna in assenza di alternative (per completezza va ricordato come detta pronuncia sia stata riformata, in sede di appello, da Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2275). Singolare, inoltre, come in una sentenza di poco successiva (TAR Lombardia, sez. III, 63 ottobre 2016, n. 1781), il medesimo collegio lombardo si sia espresso in termini diametralmente opposti sul ruolo della relazione in parola, sottolineando come la sua mancanza non possa «costituire una mera omissione formale o discrasia temporale».

[27] Emblematica, al riguardo, Cass. sez. un. 17 febbraio 2012, n. 2312 laddove ha accertato la sussistenza di un eccesso di potere giurisdizionale, proprio in materia di gare pubbliche in quanto, in assenza di parametri oggettivi in grado di contenere i margini di discrezionalità utilizzati dagli enti locali in tale materia, il giudice amministrativo è tenuto ad arrestarsi. In questo

Pertanto, alla luce delle contraddizioni da ultimo evidenziate, sempre meno condivisibile si presenta la tesi secondo cui l'attivazione di un servizio pubblico locale necessariamente debba rimanere attratta nell'orbita delle decisioni politiche, ovvero della categoria degli atti di indirizzo politico-amministrativo [28]. Allo stesso tempo, il persistente invito ad assicurare il rispetto dell'autonomia assicurato dalla Costituzione agli enti locali [29] ha rappresentato una copertura eccessivamente ampia a scelte non sempre in linea con i canoni della legittimità, ignorando in maniera spesso disinvolta i necessari limiti che, sul piano positivo, già il legislatore di oltre un secolo fa aveva opportunamente ritenuto di dover prevedere e che nel tempo si sono venuti moltiplicando in conseguenza della progressiva affermazione della disciplina europea.

4. La riduzione dei margini di discrezionalità degli enti locali nel disegno del d.lgs. n. 201/2022: verso una progressiva procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità locali

Il testo predisposto dalla Commissione incaricata di redigere uno schema di d.lgs. di riordino della disciplina che qui interessa [30], unitamente a quello poi approvato in Consiglio dei Ministri nel dicembre scorso, possono rappresentare il punto di approdo finale di un lungo percorso evolutivo che ha caratterizzato gli interventi del legislatore negli ultimi decenni (soprattutto a partire dalla significativa ridefinizione dell'ordinamento degli enti locali ad opera della legge n. 142/1990).

Il merito principale di tali proposte sta nell'offrire all'interprete una precisa chiave di lettura dei principi e delle regole di una disciplina (finalmente) organica della materia, delle modalità di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici, contribuendo così a ridefinire i contorni entro i quali l'amministrazione può muoversi una volta maturata la decisione di assumere un servizio ritenuto necessario per la collettività. Come meglio avremo modo di verificare, anche con riferimento alla nuova disciplina dei c.d. affidamenti *in house*, è proprio in tale direzione che si è venuta affermando la volontà di predeterminare a monte le opzioni riservate alle autorità locali, riducendo quell'ampia discrezionalità che in passato aveva rappresentato un ombrello protettivo per scelte eccessivamente libere.

---

senso, pertanto, lo schema seguito dalla riforma ben potrebbe contribuire ad ampliare i tradizionali limiti che il giudice amministrativo si è dato anche in tale materia.

[28] Sottolinea la non riconducibilità della scelta se assumere o meno un servizio pubblico locale c.d. facoltativo alle determinazioni meramente politiche M. CALCAGNILE, *Declinazioni dell'intervento pubblico nell'erogazione di servizi di interesse generale*, in *Diritto amministrativo e società civile*, cit., vol. I, 352.

[29] Sull'analisi dei rapporti tra il principio di autonomia degli enti locali e servizi pubblici, si veda l'interessante saggio di F. MANGANARO, *Profili problematici e prospettive del sistema delle autonomie locali*, in *Istituzioni del federalismo* 2020, p. 61 ss., ed in particolare p. 64 ss. laddove l'A. approfondisce il tema della «complessa questione della riperimetrazione dei comuni connessa alla migliore gestione delle reti» (ivi, 64 ss.); così come rimangono sempre attuali le riflessioni di G.PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano 2005.

[30] Intendiamo fare riferimento al testo, predisposto da un gruppo di lavoro (composto da autorevoli Colleghi, Magistrati ed esperti della materia, coordinato dal Prof. G. Caia), cui è stato affidato lo studio e l'analisi delle tematiche inerenti i servizi pubblici locali, in relazione agli obiettivi previsti nel PNRR.

Sotto questo profilo, di sicuro interesse si presentano quelle disposizioni che indicano, con inequivocabile chiarezza, l'*iter* logico giuridico che l'ente locale è tenuto ad osservare sia con riferimento alla decisione volta ad attivare un pubblico servizio di natura non obbligatoria, sia in ordine alla scelta delle relative modalità di gestione.

Limitandoci per il momento ad esaminare il primo aspetto, la nuova disciplina ipotizzata dalla Commissione di studio già conteneva una direttiva estremamente chiara, in grado di circoscrivere sensibilmente lo spazio valutativo riconosciuto in passato all'autorità procedente, fonte di quelle distorsioni in precedenza criticate. Ed invero, laddove la possibilità di istituire servizi di interesse economico generale diversi da quelli già previsti dalla legge «in esito ad apposita istruttoria, avviata anche su istanza di cittadini e imprese, da cui risulti, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili» [31], è di tutta evidenza come la via che si è voluta intraprendere sia quella di un robusto ridimensionamento dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione procedente.

Trattasi, in altre parole, di un sostanziale passo in avanti in quanto le verifiche e gli accertamenti che l'ente locale è tenuto ad effettuare, prima di emanare le proprie determinazioni, assumono un ruolo centrale [32]. Pertanto, la previsione di un momento così articolato e complesso, all'interno del quale deve confluire una consistente mole di dati conoscitivi, si rivela imprescindibile per una corretta valutazione del pubblico interesse della collettività di riferimento, contribuendo ad una definitiva procedimentalizzazione dell'intera vicenda.

La fondatezza di tale affermazione trova indiretta conferma nel fatto che la determinazione finalizzata all'istituzione di un nuovo servizio pubblico si configura sempre più come la logica conseguenza di una reale ponderazione comparativa tra le differenti opzioni astrattamente esercitabili, costringendo l'ente locale a decidere sulla scorta di tutti gli elementi emersi nel corso delle verifiche preliminari [33], dandone poi conto nella motivazione analitica che dovrà accompagnare la decisione finale.

In definitiva, il percorso ridisegnato dal legislatore può, a pieno titolo, essere ricondotto entro i classici binari delle potestà discrezionali attribuite dall'ordinamento ai pubblici poteri laddove questi ultimi siano chiamati ad emanare provvedimenti diretti a conformare le situazioni soggettive dei singoli destinatari.

Di conseguenza, alla luce di tale ultima considerazione, possiamo infine ipotizzare come l'attrazione nell'orbita dello statuto del procedimento ammini-

---

[31] Sono questi, in estrema sintesi, i passaggi più significativi contenuti nell'art 10, comma 3 e 4, d.lgs. 22 dicembre 2022, n. 201.

[32] E ciò, nonostante la versione approvata dal Consiglio dei ministri non abbia integralmente riprodotto la formulazione contenuta nella bozza redatta dal Gruppo di lavoro incaricato dal Governo laddove, all'art. 18, comma 4, specifica che: «La verifica preliminare sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce atto presupposto di tutte le deliberazioni dell'ente locale per l'organizzazione o la promozione dei servizi pubblici».

[33] Merita sottolineare come, non a caso, nella bozza di lavoro predisposta dalla Commissione Caia l'art. 18 fosse stato intitolato «Verifiche preliminari per l'organizzazione e per la promozione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», e ciò in quanto, all'interno di detta disposizione, venivano indicati con precisione tutti gli elementi che si sarebbero dovuti considerare nell'ambito di una «ricognizione gestionale quantitativa dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori e l'estensione quantitativa dell'impiego del modello dell'autoproduzione nonché gli oneri e l'impatto economico-finanziario conseguentemente gravanti sull'ente locale» (cfr., testualmente, art. 18, comma 1, bozza cit.).

strativo delle deliberazioni in materia di istituzione dei servizi pubblici locali debba necessariamente comportare l'osservanza di alcuni principi che da oltre trent'anni presidiano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Di qui la necessità, rinvenibile in più disposizioni della recente disciplina, di imporre un obbligo di motivazione sempre più stringente, non solo per soddisfare le evidenti esigenze di pubblicità e trasparenza in un settore così importante e delicato per la vita dei cittadini, ma anche, come meglio avremo modo di sottolineare allorché ci occuperemo della fase di affidamento del servizio, predisporre uno schema decisionale frutto di un percorso assai diverso rispetto al passato.

5. Il possibile rilancio del dibattito pubblico nel settore dei servizi pubblici locali

In questa prospettiva, non meno rilevanti si presentano i riferimenti contenuti alla partecipazione del cittadino, in linea con la *ratio* che sta alla base della riforma, volta ad assicurare in via prioritaria la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici locali. Tale attenzione sembra potersi ricavare tanto sul piano generale, attraverso inviti specifici indirizzati alle autorità locali [34], quanto offrendo la possibilità, nel corso del procedimento finalizzato ad istituire un servizio pubblico non obbligatorio per legge, di sottoporre la determinazione dell'ente «a consultazione pubblica prima della sua adozione» [35].

I precisi riferimenti appena richiamati mettono bene in evidenza le reali intenzioni che hanno guidato la penna del legislatore [36]. Ed infatti, come già si è avuto modo di sottolineare, l'obiettivo cui tende l'intera disciplina mette al centro dell'azione degli enti locali l'interesse dei cittadini/utenti, favorendo l'istituzione di servizi pubblici di qualità ed efficienti. Pertanto, la partecipazione che si intende assicurare si pone come uno strumento concreto per il conseguimento di tale ambizioso risultato.

Allo stesso tempo, se si condividono le considerazioni che precedono, l'interrogativo che a questo punto ci si deve porre riguarda quale forma di partecipazione possa risultare più idonea per raggiungere detti obiettivi. Sul punto va subito chiarito come la natura della funzione attribuita agli enti locali, così come le situazioni soggettive che vengono in rilievo in tale genere di procedimenti, non consentono di applicare le regole dettate dagli artt. 7 ss. della legge n. 241/1990.

Ed invero l'idea che emerge dai riferimenti presenti nelle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 201/2022, è quella di una partecipazione in senso ampio [37],

---

[34] Èquesto, in sostanza, il tenore dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 2001/2022, secondo cui «Nell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione».

[35] V., l'art. 10, comma 4, d.lgs. n. 201/2022.

[36] In questo senso l'art. 10, comma 5, d.lgs n. 201/2022 costituisce piena attuazione della previsione contenuta nella legge di delega che, all'art. 8, lett. *t)*, inserisce tra i principi e criteri direttivi la «razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di partecipazione degli utenti nella fase di definizione della qualità e quantità del servizio, degli obiettivi e dei costi del servizio pubblico locale e rafforzamento degli strumenti di tutela degli utenti, anche attraverso meccanismi non giurisdizionali».

[37] È oramai consolidata l'idea che la partecipazione al procedimento abbia valenza polifun-

o come già in passato è stato chiarito da un'autorevolissima dottrina, di tipo democratico [38]. Nel nostro caso, sembrano pertanto delinearsi scenari in grado di superare la tradizionale visione del coinvolgimento dei soli titolari di interessi giuridicamente qualificati, favorendo la massima inclusività dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa in corso di svolgimento in quanto appartenenti ad una determinata comunità territoriale [39].

Sul piano concreto, lo strumento più adatto a realizzare tale ambizioso risultato potrebbe essere quello del dibattito pubblico, già previsto dal nostro ordinamento in materia di grandi opere infrastrutturali, introdotto nella versione di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 [40].

---

zionale, in particolare la partecipazione dei privati può assolvere finalità collaborative, difensive o democratiche; per una recente rivisitazione di tali profili si rinvia al recente lavoro di T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022, *passim* ed in part., p. 21 ss. e bibliografia ivi richiamata.

[38] In Italia, i primi studi in tema di partecipazione al procedimento *lato sensu* democratica risalgono alla seconda metà del '900 e vanno attribuiti a F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee e prospettive*, *CEDAM*, Padova, 1996, p. 52, per il quale «l'ammissione sempre più ampia del cittadino all'esercizio della funzione amministrativa è il passo ulteriore da compiere per la realizzazione di una autentica realtà non solo di democrazia rappresentativa ma anche di demarchia o democrazia partecipativa» e ancora «Il principio della libertà attiva comporta una profonda modificazione nella concezione del rapporto tra cittadino e autorità che qualifica ogni società organizzata con la conseguenza che la attività amministrativa non deve più vedere i cittadini come semplici destinatari ma come autentici coamministranti»; dello stesso A. cfr. anche *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; approfondisce tali profili anche V. MOLASCHI, *Le arene deliberative – Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica Napoli 2018.

[39] Si sofferma diffusamente sulla natura della situazione giuridica sostanziale appena accennata nel testo S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, *Franco Angeli*, 2018, laddove l'A. fa riferimento ad un interesse comune, il cui fondamento giuridico è da rinvenire nel principio di sussidiarietà orizzontale ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., come tale «proprio di ogni singolo cittadino in quanto membro della collettività territoriale, titolare di uno specifico interesse alla preservazione, alla gestione e al godimento delle relative risorse territoriali (in relazione all'ambiente, al paesaggio, allo spazio urbano, ecc.)».

[40] Il dibattito pubblico, nella formulazione originaria di cui al d.lgs. n. 50/2016, prevedeva incontri di informazione, approfondimento e discussione aperti alla partecipazione non solo delle istituzioni e delle associazioni ma anche dei cittadini. La nuova formulazione conferma la sua previsione in una fase embrionale del procedimento di realizzazione dell'opera – avente ad oggetto il progetto di fattibilità tecnico-economica – ed è finalizzato alla raccolta di proposte e alternative formulate dagli stessi cittadini. Si tratta del primo strumento nazionale che va nella direzione di un modello partecipativo c.d. di terzo tipo (non a caso definito democratico, consistente in un «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi» inerenti la realizzazione di grandi opere infrastrutturali, «organizzato e gestito in relazione alle caratteristiche dell'intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento, consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni» (così, testualmente, art. 8,co. 2, D.p.c.m., n. 76/2018 che ha dettato una disciplina articolata in tutti i suoi aspetti, consentendo solo dall'emanazione di quest'ultimo l'operatività dell'istituto che qui rileva). Per ulteriori approfondimenti su questo tema si vedano: P.M. VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019, p. 1 ss.; V. MANZETTI, *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, in *www.federalismi.it,* n. 5/2018; C. LOMBARDI-A. LULLO, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte*), in *www.amministrazioneincammino.it*., luglio 2018; X.; G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. app.* 2018, p. 604 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, cit.; D.ANSELMI, *Lo stato di attuazione del dibattito pubblico in Italia dopo il correttivo al codice degli appalti: riflessioni sullo schema del D. P. C. M. recentemente proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,* in *www.astrid.it,* n. 14/2017, p. 1 ss.; C.E. GALLO *Il dibattito pubblico nel codice degli appalti: realtà e prospettive*, relazione al Convegno "*Sus-*

Le potenzialità dell'istituto, da tempo note alla dottrina più attenta, parrebbero rispondere agli obiettivi che la riforma dei servizi pubblici locali auspica attraverso la possibilità di attivare forme di «partecipazione strumentale» [41] alla migliore individuazione dell'interesse pubblico prima di scegliere di (o non) istituire quel determinato servizio locale. Elemento, quest'ultimo, già messo a fuoco da tempo dalla giurisprudenza sempre con riferimento alla materia delle opere strategiche e l'impatto ambientale conseguente alla relativa realizzazione, ma che potrebbe utilmente essere esteso proprio nel settore oggetto della novella legislativa del dicembre scorso [42].

Nonostante le aperture appena ricordate lasciassero intravedere un utilizzo proficuo e ben più consistente rispetto a quanto concretamente avvenuto, non possono sottacersi le criticità che sin dal principio hanno accompagnato il dibattito pubblico, con particolare riferimento alla mancanza di un organo indipendente nella gestione del processo partecipativo e alle soglie troppo elevate oltre le quali scatta l'obbligo di indire la procedura [43].

Ciò non di meno, il legislatore non ha colto tali segnali e, anzi, in occasione della recentissima riforma dei contratti pubblici, ha ulteriormente ristretto l'ambito di operatività dell'istituto partecipativo da ultimo richiamato.

È questa la sensazione che si ricava dal contenuto dell'art. 40 del d.lgs. n. 36/2023, con il quale è stato ridisegnato il perimetro del dibattito pubblico, dando luogo ad un suo sostanziale depotenziamento conseguente dalla sostanziale eliminazione della partecipazione del cittadino *uti singulus*, limitandosi ad ammetterei alla procedura in questione «le amministrazioni statali interessate alla realizzazione dell'intervento, le regioni e gli altri enti territoriali interessati dall'opera, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che, in ragione degli scopi statutari, sono interessati dall'intervento» [44].

La soluzione recepita nel nuovo Codice dei contratti pubblici induce a più di una perplessità se raffrontata con il contenuto della legge delega la quale, su tale specifico aspetto, si era espressa nel senso di una revisione delle regole

---

sidiarietà, autonomie territoriali, partecipazione tra esigenze dell'amministrazione e nuove forme di democrazia" svoltosi ad Alessandria nei giorni 11 e 12 maggio 2017 nell'ambito della IX Settimana di studi sulle Autonomie locali.

[41] È questa la felice definizione proposta nell'interessantissimo e stimolante lavoro monografico di T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., p. 174 ss., in cui l'A. svolge delle considerazioni con riferimento al ruolo attribuito ai privati ed eventualmente ai soggetti pubblici diversi dall'autorità decidente già nel procedimento, confermando così quanto la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa avevano da tempo colto in occasioni sottoposte al rispettivo sindacato (cfr., più precisamente, la nt. che segue).

[42] Intendiamo riferirci alla sentenza della Corte Cost. 14 dicembre 2018, n. 235, dove la Consulta ha esaminato per la prima volta in maniera esaustiva l'istituto del dibattito pubblico, definito come quello "… strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto»; nelle affermazioni fornite dal Giudice delle leggi sembra pertanto potersi rinvenire la risposta agli interrogativi molto opportunamente sollevati da E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una relazione problematica*, in *Dir.amm*. 2020, p. 399 ss.

[43] Il Consiglio di Stato, nel parere n. 359 del 12 febbraio 2018 reso in riferimento allo schema del D.P.C.M. n. 76/2018, ha criticamente posto l'accento sulle soglie troppo alte di partecipazione indicate dal già menzionato schema «da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto», auspicando, pertanto, un intervento correttivo volto al ridimensionamento delle stesse per rendere maggiormente operativo lo strumento.

[44] Così, testualmente, l'art. 40, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

del dibattito pubblico in maniera da favorire scelte progettuali più in linea con i bisogni effettivi delle comunità locali [45]. In questa direzione, di conseguenza, era stata prevista la semplificazione e accelerazione della procedura che, viceversa, si è tradotta nella richiamata esclusione dei singoli, realizzando un classico esempio di eterogenesi dei fini.

Appare dunque evidente che tutto questo va nella direzione opposta a quella auspicata dalla riflessione teorica più attenta, negando in radice il principio di massima inclusività che da diversi decenni ha favorito lo sviluppo di meccanismi partecipativi, da tempo definiti dalla migliore dottrina in termini di vere e proprie pretese [46].

Senza considerare altresì che tali preoccupazioni trovano indiretta conferma nella scelta di non affidare la procedura ad un organo indipendente [47], privando i cittadini della garanzia rappresentata dall'individuazione di un soggetto terzo rispetto alla scelta che l'amministrazione è chiamata a compiere.

A questo punto, non rimane che confidare nelle maglie larghe che lo stesso legislatore ha inteso riservare agli enti locali nelle disposizioni del d.lgs. n. 201/2022, facendo leva sull'ampia autonomia di cui gli stessi godono in tale materia consentendo così un intervento correttivo sulle criticità da ultimo evidenziate. È forse questa la nuova sfida che dovrà essere raccolta dagli organi rappresentativi delle autorità municipali, magari riflettendo e recuperando l'esperienza pregressa in materia di dibattito pubblico maturata in seno ai Consigli regionali [48] o in altri ordinamenti nazionali.

---

[45] La legge delega n. 78/2022 al comma 2, art. 1, lett. o), nel dettare i principi e i criteri cui si sarebbe dovuto attenere il legislatore delegato, si è espresso nel senso di una «revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse».

[46] Su questi profili, il rinvio è d'obbligo ad A. ZITO *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.

[47] La disciplina contenuta nell'art. 40 e nell'allegato I/6 del nuovo Codice dei contratti pubblici assegna un ruolo centrale nell'organizzazione e gestione del dibattito al Ministero competente, alla stazione appaltante e al responsabile del dibattito. Quest'ultimo viene scelto tra i dipendenti del Ministero o della stazione appaltante oppure, in alternativa, può essere un professionista privato comunque scelto dalla stazione appaltante.

[48] Esprime questo auspicio C. TUBERTINI *L'attività amministrativa regionale* in G. GARDINI, ID., *L'amministrazione regionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 385 ss.; ed infatti, uno spunto nell'elaborazione di detti strumenti partecipativi potrebbe essere colto guardando le esperienze di altri ordinamenti nei quali la cd. partecipazione democratica ha trovato maggiore fortuna; il riferimento va ad alcune esperienze regionali italiane, prima fra tutte quella toscana e, in particolare all'omologo francese *débat public*. Quanto alle esperienze regionali si vedano V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, cit., Napoli, 2018; M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018; M. BRUNAZZO, Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia, in *Istituzioni del Federalismo* n.2/2017, p. 854 ss. Per approfondimenti recenti sul *débat public* francese: G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Padova, 2020; P.M. VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi.it*, n. 2/2019, p. 1 ss.; M. TIMO, *Il dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture fra codice italiano dei contratti e code de l'environnement francese*, in *DPCE online*, n. 2/2019, p. 1188 ss; S. MARCI, *Una nuova forma di partecipazione: il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali*, dossier di Esperienze n. 35, Senato della Repubblica, 2018; M. DELL'OMARINO, *Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento italiano,* in *Diritti Comparati,* n. 7/2017.

6. Il modello in *house* quale conferma della tendenza in atto

Il d.lgs n. 201/2022 contiene spunti meritevoli di attenzione, come già incidentalmente accennato, anche per quanto attiene l'importante tematica delle modalità di gestione dei servizi pubblici, individuando dei criteri che gli enti locali devono considerare allorché sono chiamati a pronunciarsi su tale delicata questione.

Va subito detto che trattasi di un logico corollario di quanto fin qui affermato in ordine alla fase che precede l'istituzione del servizio pubblico nei termini sopra ripercorsi.

Più precisamente, tra gli aspetti da considerare, al fine di comprendere la *ratio* sottesa alla riforma, colpisce l'indicazione puntuale degli elementi che necessariamente devono essere valutati dall'ente locale per deliberare la modalità di gestione ritenuta più idonea, e con essa la «definizione del rapporto contrattuale» [49]. Trattasi, in buona sostanza, di una serie di parametri estremamente precisi ed esaustivi, in grado di tracciare il percorso che l'autorità locale è tenuta ad osservare pere individuare il tipo di gestione ritenuto più idoneo allo svolgimento di un determinato servizio.

Tutto ciò si traduce in una valutazione preliminare (all'avvio della procedura di affidamento) che gli enti locali sono chiamati ad effettuare espressamente, alla luce dei «… risultati della eventuale gestione precedente e del medesimo servizio sotto il profilo della finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati» [50], fornendone adeguato riscontro in sede di motivazione [51].

Ed è proprio su questo decisivo aspetto che il legislatore ha ritenuto di dover ancora una volta insistere richiedendo, con riferimento alla disciplina degli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, «una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house …» [52].

Dalla semplice lettura dei passaggi da ultimo riportati emerge con chiarezza la scelta di campo tesa a realizzare una netta riduzione dei margini discre-

---

[49] È questa la precisazione contenuta all'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, cit., dove testualmente si afferma che «… l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili …».

[50] Cfr., ancora, l'ultima parte dell'art. 14, comma 2, cit.

[51] "Degli esiti della valutazione di cui al comma 2, «si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni»; così, testualmente l'art. 14, comma 3, d.lgs. n. 201/2022, cit.

[52] Cfr., testualmente, l'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2022 cit.

zionali a disposizione dell'amministrazione locale, quale diretta conseguenza della puntuale indicazione degli elementi che devono concorrere alla scelta dell'ente in ordine al tipo di gestione prescelta, confermando lo strumento dell'obbligo di motivazione rafforzata che tante discussioni ha suscitato nel corso degli anni in seno alla giurisprudenza interna ed europea.

In questa prospettiva, la nuova disciplina introdotta dal Governo dovrebbe condurre al superamento di gran parte delle incertezze che hanno accompagnato le soluzioni adottate per definire molte controversie aventi ad oggetto il ricorso all'autoproduzione per l'espletamento di servizi pubblici locali, in luogo del ricorso al mercato [53].

Senza con ciò ripercorrere le linee evolutive (peraltro non sempre orientate nella stessa direzione) che hanno fin qui connotato il modello degli affidamenti diretti, è possibile rinvenire negli interventi legislativi dell'ultimo periodo [54] una sorta di equilibrio precario [55] tra l'esigenza di individuare, per un verso, dei criteri in grado di vincolare la scelta delle amministrazioni a valutazioni concrete (quali la compatibilità economica del servizio, unitamente alla sua efficienza e convenienza anche in termini di qualità [56] e utilità sociale); per altro verso, facendo leva sul principio di autonomia delle autorità territoriali, di lasciare a queste ultime ampi margini di scelta [57], con tutto ciò che ne deriva sulle decisioni ispirate prevalentemente da obiettivi di natura prettamente politica.

---

[53] Descrivono bene le opposte tendenze che negli ultimi decenni hanno condotto ai ripetuti e spesso contraddittori interventi legislativi M. RENNA-S. VACCARI, *I servizi pubblici locali di interesse di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico,* in G.SCIULLO-G.SALA (a cura di) *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione, ESI,* Napoli 2017, pp. 178-179; per una ricostruzione molto dettagliata (ancorché basata sulle tendenze già in atto oltre un decennio addietro) del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti derivanti al potere discrezionale delle amministrazioni locali in merito alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, si rinvia a C.IAIONE, *Le società in house – Contributo a uno studio dei principi di autorganizzazione e auto-produzione degli enti locali*, *Jovene*, Napoli 2012, p. 131 ss.

[54] Fermo restando il preciso intento del legislatore di ancorare la scelta di istituire un servizio pubblico locale a valutazioni economico-finanziarie nei termini già ricordati alla nt. 19, è sufficiente in questa sede richiamare i provvedimenti normativi degli ultimi anni, a partire dal d.lgs. n. 175/206 (T.U.S.P) e al coevo d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), per poi arrivare alla serie di interventi (con cadenza annuale) dettati dalla grave crisi pandemica che hanno condotto al d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici); al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale); al d.l. 312 maggio 2021, n. 77 (*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure); alla legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per la concorrenza e il mercato).

[55] Nonostante i ripetuti tentativi compiuti dal legislatore negli ultimi anni di pervenire ad un superamento della cronica instabilità, riprendendo una felice e celebre definizione coniata da F. MERUSI (*Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990), c'è da augurarsi che il nuovo testo approvato lo scorso anno possa contribuire a dare una maggiore stabilità alla disciplina oggetto delle presenti riflessioni.

[56] Sulla qualità delle prestazioni come vero e proprio «principio di organizzatore dei servizi pubblici», particolarmente significative, tenuto conto del periodo in cui sono state formulate, si presentano le considerazioni gi G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI-A.ROMANO-G.PERICU-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, *Monduzzi*, Milano, I, 2001, 962; sul rilievo di detto principio anche sul piano costituzionale cfr. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici* cit., p. 203.

[57] Per una rilettura aggiornata di tale orientamento, argomentando dalle più recenti innovazioni previste dalle misure di rilancio economico dell'economia del Paese dell'ultimo periodo in chiave di semplificazione e di raggiungimento degli obiettivi individuati dai pubblici poteri v. I.

In questo senso la diversità di orientamenti formatisi proprio con riferimento alla questione della motivazione della determinazione che approva l'impiego del modello *in house* è la dimostrazione più evidente delle difficoltà, da parte degli interpreti, di muoversi all'interno di un reticolo di disposizioni tra loro spesso mal collegate [58].

Si pensi all'applicazione che negli anni è stata fatta dell'obbligo di giustificare e rendere conoscibile la scelta della modalità di gestione da parte dell'ente affidante e della conseguente individuazione del soggetto gestore. Significativo il totale disconoscimento di detto obbligo, muovendo dall'assunto che la stessa Corte di Giustizia non richiederebbe una particolare motivazione, trattandosi di una forma ordinaria di provvedimento con cui affidare concretamente il servizio, separandola – peraltro in via del tutto artificiosa e non condivisibile – da quella inerente la modalità di gestione medesima [59]. E ciò, nonostante in passato lo stesso Consiglio di Stato si fosse dimostrato di diverso avviso [60], consolidando tali suoi convincimenti in successive occasioni.

È forse per tali ragioni che con due disposizioni specifiche [61] si è voluta puntualizzare la necessità di riproporre una motivazione rafforzata nell'ipotesi di affidamento *in house*. Tuttavia, non sono mancate – anche di recente – prese di posizione nelle quali, pur riaffermando la necessità di spiegare le ragioni della scelta effettuata, a tale adempimento è stato attribuito un valore meramente formale e non sostanziale [62].

Allo stesso tempo, non vanno ignorati quegli orientamenti che, viceversa, hanno sottolineato la centralità e l'importanza dell'elemento motivazionale nelle fattispecie che qui interessano, stigmatizzando il comportamento degli enti

---

CAVALLINI-E. RIVOLI ORSETTI, *La nuova stagione delle società* in house *dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, in *Azienditalia*, 2022.

[58] Emblematico è il caso del differente approccio riservato dal legislatore in occasione dell'entrata in vigore delle modifiche apportate alla materia dell'*in house da* oltre un decennio, all'interno delle quali sembra potersi scorgere una sorta di predilezione, da parte delle amministrazioni locali, per i procedimenti di gara volti all'individuazione dell'aggiudicazione del servizio; ciò non di meno, se si legge con attenzione quanto sancito *ex* art. 4, comma 4, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (T.U.S.P.), l'impressione che se ne ricava è quella diametralmente opposta di un totale sostegno a favore degli affidamenti diretti a società in house; in questo senso v., da ultimo, A. GIUSTI *Commento all'art. 192, d.lgs. n. 50/2016*, in G. FERRARI, (a cura di) *Codice degli appalti pubblici*, *Hoepli*, Roma, 2022, p. 3307.

[59] Affermazione contenuta all'interno di un'articolata pronuncia del TAR Lombardia, sez. III, 12 gennaio 2015, n. 98, nonostante fosse già in vigore l'art. 1, comma 609, legge 23 dicembre 2014, n. 190 il quale indica con precisione gli elementi che l'ente locale è tenuto a considerare, «predisponendo una dettagliata relazione che deve comprendere un piano economico-finanziario …». Su questi aspetti si rinvia alle perplessità già manifestate da F. BACCOLINI, *La gestione del servizio idrico integrato dopo le misure urgenti in materia ambientale*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2015.

[60] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; Id., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

[61] Intendiamo fare riferimento all'art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 221, e all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

[62] In questo senso vedasi TAR Abruzzo n. 27/2018 (poi riformato da Cons. Stato, sez. VI, 2275/2019) che merita di essere segnalata per completezza ed esaustività degli argomenti trattati, soprattutto dove viene evidenziato che «l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e ribadite ex art. 192,2, C. Contratti». In questo senso, pertanto, i richiami del legislatore agli enti locali in ordine all'obbligo di fornire una motivazione puntuale in sede di adozione delle determinazioni attinenti l'istituzione e la gestione dei servizi pubblici di rispettiva competenza, ben può essere interpretato come una concreta inversione di tendenza rispetto ai timori paventati nella lucida, e come sempre acuta, analisi di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.

che si sono limitati a prendere in considerazione solo parametri astratti, nell'intento di giustificare la scelta finale sulla base di dati inidonei, in assenza delle valutazioni richieste dalla normativa vigente. Tutto questo in un contesto più generale, all'interno del quale l'individuazione della modalità di gestione di un servizio pubblico locale viene pacificamente ricondotta all'esercizio di una potestà discrezionale, come tale finalizzata «… alla tutela di un interesse generale e al perseguimento degli obiettivi di universalità, e socialità, di efficacia ed economicità del servizio» [63].

Qualche dubbio, infine, sembra potersi ricavare da un raffronto tra il testo predisposto dalla Commissione Caia e quello poi sottoposto all'esame ed approvato dal Consiglio dei ministri. Ed invero, come già rilevato in precedenza, in giurisprudenza è stata avanzata l'ipotesi di mantenere distinto il momento in cui l'ente sceglie la forma di gestione da quello in cui viene realmente affidato il servizio.

Proprio nell'intento di evitare tale pericolosa separazione, la bozza della medesima Commissione aveva stabilito espressamente che «la delibera di istituzione del servizio pubblico con organizzazione dell'ente locale medesimo viene adottata contestualmente alla delibera di affidamento per garantire la ponderazione approfondita della scelta» [64]. Purtroppo, tale precisazione è stata eliminata nella versione finale licenziata dal Governo, sebbene i puntuali richiami alla necessità di formulare una «motivazione qualificata» con i contenuti sopra descritti, dovrebbero comunque evitare il rischio di una valutazione «meramente enunciativa», impedendo così un non auspicabile depotenziamento delle linee di fondo della riforma in questa sede illustrate.

Anche sotto questo profilo, pertanto, sembra potersi definitivamente archiviare la stagione che aveva consentito in passato ampi spazi di manovra agli enti locali in nome di una esasperata estensione del principio autonomistico riconosciuto agli enti locali e territoriali da parte della Carta fondamentale. L'analisi delle disposizioni in questa sede effettuata dovrebbe indurre ad un cauto ottimismo, favorendo la ricollocazione delle determinazioni in materia di attivazione, gestione e affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una dimensione più vicina all'attività tecnico discrezionale, tenuto conto delle valutazioni complesse ed articolate che i pubblici poteri sono obbligati ad effettuare in un settore così decisivo per tutti noi.

7. La (apparente) attenuazione dei nuovi parametri dettati in materia di *in house* attraverso la definizione del principio di autorganizzazione contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici

Nell'arco di qualche mese, dopo la pubblicazione del d.lgs n. 201/2022, il Governo ha licenziato il testo del nuovo Codice dei contratti pubblici [65], all'interno del quale è previsto il principio della c.d. auto-organizzazione.

Ed è proprio alla luce di tale recente riforma che la discussione intorno all'*in house* ha ripreso improvvisamente vigore. Lo spunto in tale direzione sembra discendere dalla differente impostazione scelta dal legislatore per affrontare in

[63] Così, testualmente, Cons. Stato, sez. VI, n. 2275/2019, cit.

[64] Cfr. al riguardo, l'art. 19, comma 2, *Bozza di lavoro*, cit.

[65] Intendiamo fare riferimento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

questa sede – così come già avvenuto in occasione della precedente disciplina del 2016 [66] – il tema degli affidamenti diretti, sia pure in una prospettiva diversa rispetto a quanto sostenuto dal precedente Codice dei contratti, oggi espressamente abrogato dalle nuove disposizioni.

L'elemento di maggior discontinuità, secondo la lettura riservata a questa tematica da parte dei primi commentatori [67], sembra rappresentato dalla mancata riproposizione della qualificazione dell'in *house providing* nei termini prospettati dall'art. 192, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale l'autoproduzione costituirebbe una deroga ai principi contenuti nei Trattati e nelle direttive in materia di appalti di rango comunitario.

E ciò facendo leva su un passaggio della Relazione illustrativa di accompagnamento – predisposta dalla Commissione speciale istituita dai vertici di Palazzo Spada, con il compito di predisporre il progetto del nuovo codice – laddove si evidenzia che proprio attraverso l'art. 7 si può realizzare «un piano di tendenziale parità» [68] tra le due modalità di affidamento del servizio locale.

Senza con questo smentire quanto autorevolmente scritto dal gruppo incaricato che ha preparato il testo, poi definitivamente trasfuso nel d.Lgs n. 36/2023, la struttura della disposizione in parola non può essere utilizzata come lo strumento attraverso il quale giustificare una prassi largamente osservata dagli enti locali e recentemente illustrata in un rapporto redatto dalla Corte dei conti [69]. Al contrario, una lettura attenta del dato normativo non contiene sufficienti elementi a sostegno dell'orientamento sopra ricordato, e ciò sotto vari profili che qui merita solo incidentalmente evidenziare.

In primo luogo, i principi puntualmente declinati nelle prime disposizioni del nuovo Codice, ed espressamente richiamati nella prima parte del comma 2 dell'art. 7 in parola, lasciano trasparire un approccio totalmente diverso rispetto a quello sopra accennato. Non va dimenticato, infatti, che accanto a quello del risultato e della fiducia, pari dignità è riservata al «principio dell'accesso al mercato» [70], per cui scarsamente persuasivo si rivela il tentativo di limitare ai

---

[66] Cfr. il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

[67] Esemplificativo di questa linea di pensiero il recente commento di M.PANI-C. SANNA, *Le società in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www. Lexitalia.it*, pubblicato il 23 luglio 2023.

[68] Ed infatti, la Commissione speciale si è così espressa: «La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione in un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti in senso negativo, da Corte Giust. ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C.91/19 Rieco Spa». In buona sostanza, la natura derogatoria della disciplina *in house* era già stata evidenziata nel parere reso dai giudici di Palazzo Spada nel precedente atto della Sezione consultiva n. 01614 del 7 ottobre 2021, con il quale era stato sospeso lo schema di Linee guida ANAC, predisposte da tale Autorità proprio al fine di fornire un ausilio alle amministrazioni locali che, di fatto, non hanno rispettto gli adempimenti richiesti dalla normativa allora vigente.

[69] Sul punto è sufficiente richiamare i dati forniti in una interessantissima Relazione della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, Deliberazione n. 15/2021, dalla quale si ricava che solo il 5% degli affidamenti a società controllate si è realizzato all'esito della gara e che il 64% degli 11 miliardi di euro spesi in tale settore dagli enti locali è stato destinato per affidamenti diretti.

[70] L'art. 3, d.lgs. n. 36/2023 così recita: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità».

primi due criteri il compito di conformare la nuova disciplina degli affidamenti diretti. Senza considerare, altresì, che nella seconda parte della medesima disposizione viene ribadita la necessità – per le autorità affidanti – di spiegare le proprie scelte sulla base di elementi che richiamano, sostanzialmente, quella «motivazione rafforzata» già presente nell'art. 192, cit., ed oggi solo formalmente abrogata [71].

Secondariamente, non va sottaciuto come il successivo comma 3 contenga, al proprio interno, un rinvio esplicito alla disciplina dei servizi pubblici locali novellata nel dicembre scorso, per cui parrebbe singolare ritenere superato l'onere di motivazione particolarmente qualificato che impone (quanto meno) alle amministrazioni locali di esprimersi diffusamente nei termini in questa sede ampiamente illustrati.

Da ultimo, ancorché non in ordine d'importanza, il contenuto delle prescrizioni in materia di *in house providing* dettate dal T.U. sulle società partecipate, tuttora vigenti. Anche qui il legislatore ha indicato una via difficilmente eludibile, pena la evidente illegittimità della decisione assunta.

In definitiva, ad eccezione del superamento dell'obbligo previsto dalla precedente disciplina in ordine alla comunicazione preventiva ad ANAC della volontà di affidare alle sole società *in house* registrate nell'elenco speciale predisposto da tale Autorità lo svolgimento di un servizio pubblico locale, non sembrano emergere cambiamenti in grado di sovvertire il quadro giuridico di riferimento della materia oggetto delle presenti riflessioni. È questa la modifica che segna una sicura (ancorché modesta) differenziazione rispetto alle regole precedenti, dando luogo ad una semplificazione sia per le amministrazioni che per gli operatori ai quali non è più richiesto il titolo abilitativo rappresentato dalla ricordata iscrizione nel registro dell'Autorità di vigilanza, sulla cui natura tanto si è discusso [72].

Anche in questo caso, tuttavia, sia consentito rilevare come si sia creato tanto rumore per nulla in quanto l'azione dei pubblici poteri negli affidamenti diretti continua (necessariamente) ad essere ispirata al principio di massima trasparenza, prevedendo comunque una forma idonea di trasmissione dei dati inerenti le procedure di internalizzazione e riservando ad ANAC un'adeguata funzione di controllo dei medesimi [73].

Tutto ciò, ovviamente, a condizione che si acceda ad una ricostruzione sistematica delle disposizioni che regolano il settore degli affidamenti *in house*, per forza di cose oggetto di specifica previsione del Codice dei contratti pub-

---

[71] Così ancora art. 7, co., 2, d.Lgs. n. 36/2023.: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche».

[72] Sul punto si rinvia alle conclusioni cui è pervenuta l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere n. 282/2017 che ha favorito la sospensione delle Linee guida predisposte dall'ANAC riguardo a tale specifico profilo) il quale si è espresso nel senso di attribuire all'iscrizione in parola efficacia dichiarativa, escludendo ogni altra ipotesi di accertamento costitutivo o di atto con efficacia abilitante.

[73] Emblematico, in tal senso, il contenuto dell'art. 23, comma 5, d.lgs. n. 36/2023, laddove è stabilito che ANAC "«… individua le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'art. 25. Gli obblighi informativi di cui al primo periodo riguardano anche gli affidamenti diretti a società *in house* di cui all'art. 7, comma 3».

blici, della disciplina speciale in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché della normativa che regola le società partecipate.

In conclusione, l'impressione che si ricava dalla novella del marzo scorso, è un atteggiamento neutro da parte del legislatore nazionale, in linea con le direttive comunitarie di riferimento, secondo cui ogni opzione in favore dell'autoproduzione ovvero di accesso al mercato deve trovare adeguato riscontro nei parametri oggi ampiamente reperibili sul piano positivo, come tali in grado di guidare correttamente le scelte delle amministrazioni affidanti.

Corte di giustizia dell'Unione europea, libertà di stabilimento, limiti al *golden power*[*]

European Union Court of Justice, freedom of establishment, boundaries to the FDIs screening

di *Aldo Sandulli* [**]

ABSTRACT

Lo scritto analizza i contenuti della recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul caso *Xella Magyarország* e i possibili effetti della stessa sulla disciplina nazionale dei *golden powers*.
In particolare, si esamina il rapporto tra le regole euro-unitarie del mercato interno e quelle europee e nazionali della difesa e sicurezza e della protezione degli attivi strategici, fermandosi soprattutto sui limiti soggettivi e oggettivi al *golden power*.

The essay aims to analyse the contents of the recent judgment of the Court of Justice of the European Union on the case Xella Magyarország and the effects of the same on the national discipline of the so-called golden powers.
In particular, the paper examines the relationship between the Euro-Union rules of the internal market and the European and national rules of national security and the protection of strategic assets, deepening the subjective and objective limitations to the golden power.

Massime

Il Regolamento (UE) 2019/4521, relativo ai controlli sugli investimenti esteri diretti, non trova applicazione all'acquisizione oggetto del giudizio. Tale Regolamento riguarda esclusivamente gli investimenti nell'Unione Europea da parte di società di Paesi terzi. Esso non può trovare dunque applicazione nel caso di specie, poiché la società che intende realizzare l'investimento risiede nell'Unione, non rilevando quindi il fatto che una società registrata in un Paese terzo detenga su di essa una influenza maggioritaria. La questione pregiudiziale, quindi, deve quindi venire in rilievo soltanto alla luce della libertà di stabilimento (art. 54 TFUE) e, in quanto tale, è ricevibile.
L'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento in ghiaia, sabbia e argilla a livello regionale a favore del settore edile non può giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento, non rientrando tale obiettivo tra gli interessi fondamentali della collettività che possono giusti-

[*] Il presente scritto è stato realizzato nell'ambito del PRIN 2020 *RE.S.T.O.R.E. – Recovering the State Towards a Reformed Economy* (*Principal Investigator*, Prof. Aldo Sandulli), finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca a seguito del bando PRIN 2020, pubblicato con d.d. n. 1628 del 16 ottobre 2020.
Ringrazio Tommaso Di Prospero, Daniele Gallo, Federica Marconi, Alessandro Nato, Alessandro Paccione, per i commenti a una prima versione dell'articolo. Ovviamente, resto il solo responsabile per eventuali carenze del contributo.

[**] Professore ordinario di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss Guido Carli.

ficare una restrizione a titolo di ordine pubblico e sicurezza pubblica, come invece avviene nel caso della sicurezza dell'approvvigionamento dei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia.
Il divieto di acquisizione posto dal governo ungherese è sproporzionato, non avendo fornito l'esecutivo alcuna prova che la suddetta acquisizione di società residente costituisca un vulnus all'autonomia strategica e possa rappresentare una minaccia effettiva e sufficientemente grave all'ordine e alla sicurezza nazionale dello Stato.
Pertanto, costituisce una lesione della libertà di stabilimento di particolare gravità il meccanismo di controllo degli investimenti esteri con il quale è stato vietato a una società ungherese – sulla quale detiene una influenza maggioritaria una società registrata in uno Stato estero – di acquisire altra società ungherese che estrae materiali edili.

Estratto

CORTE DI GIUSTIZIA, SECONDA SEZIONE, 13 LUGLIO 2023, CAUSA 106/22, XELLA MAGYARORSZÁG ÉPÍTŐANYAGIPARI KFT CONTRO INNOVÁCIÓS ÉS TECHNOLÓGIAI MINISZTER, CON L'INTERVENTO DI JANES ÉS TÁRSA SZÁLLÍTMÁNYOZÓ, KERESKEDELMI ÉS VENDÉGLÁTÓ KFT

Sulle questioni pregiudiziali
Sulla prima questione
27 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE, letto in combinato disposto con i considerando 4 e 6 del regolamento 2019/452 nonché con l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, debba essere interpretato nel senso che osta a un meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente considerata come strategica da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, in cui una società di un paese terzo dispone di un'influenza maggioritaria, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a vantaggio del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla.
28 Tale questione è sorta nel contesto dell'acquisizione, da parte della Xella Magyarország, una società di diritto ungherese facente parte di un gruppo di società la cui società capogruppo ha sede alle Bermuda e appartenente, in ultima istanza, a un cittadino irlandese, della totalità delle quote della Janes és Társa, una società di diritto ungherese la cui attività principale concerne l'estrazione mineraria di talune materie prime di base, in particolare la ghiaia, la sabbia e l'argilla e che è considerata, a motivo di tale attività mineraria, come una società «strategica». Tale acquisizione è stata notificata al Ministro ungherese competente, che l'ha vietata mediante la decisione controversa nel procedimento principale sulla base del rilievo, in sostanza, che essa rischierebbe di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la continuità dell'approvvigionamento di tali materie prime di base avantaggio del settore edile, in particolare a livello regionale.
Sull'individuazione del diritto dell'Unione applicabile
29 Per quanto riguarda, in primo luogo, il riferimento, nella prima questione, al regolamento 2019/452, si deve rilevare, come parimenti osservato, in sostanza, dalla Commissione, che l'acquisizione di cui trattasi nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione di tale regolamento.
30 In effetti, tale ambito è definito al paragrafo 1 dell'articolo 1 del regolamento 2019/452, ai sensi del quale quest'ultimo istituisce un quadro per il controllo degli «investimenti esteri diretti» nell'Unione da parte degli Stati membri per motivi di sicurezza o di ordine pubblico.
31 Orbene, dall'articolo 2 del regolamento 2019/452, in particolare dalle definizioni contenute ai punti 1, 2 e 7 di tale articolo, risulta che la nozione di «investimento diretto estero» include determinati investimenti concernenti partecipazioni durevoli e dirette di un «investitore estero», nozione comprende quella di «impresa di un paese terzo», la quale riguarda «un'impresa costituita o comunque organizzata conformemente alla legislazione di un paese terzo».
32 Ne consegue che, nel caso di investimenti effettuati da società, l'ambito di applicazione del regolamento 2019/452 è limitato agli investimenti nell'Unione effettuati da imprese costituite o comunque organizzate conformemente alla legislazione di un paese terzo.
33 Per contro, il meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa nazionale in questione nel procedimento principale si applica non solo in una siffatta ipotesi di in-

vestimenti effettuati da società di un paese terzo, ma anche nell'ipotesi, oggetto proprio del procedimento principale, di investimenti effettuati da società registrate in Ungheria o in un altro Stato membro nelle quali una società registrata in un paese terzo detiene un'«influenza maggioritaria», ai sensi dell'articolo 8:2 del codice civile.

34 Di conseguenza, poiché detta seconda ipotesi non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 1del regolamento n. 2019/452, tale normativa nazionale si colloca al di fuori, in tale misura, dell'ambito di applicazione di detto regolamento, sicché non rientra in quest'ultimo neanche l'acquisizione oggetto del procedimento principale prevista da tale seconda ipotesi.

35 Ciò non può essere rimesso in discussione dal fatto che dall'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), e dall'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento 2019/452 discende che l'assetto proprietario dell'investitore estero può essere preso in considerazione come fattore nella valutazione del potenziale rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico posto dall'investimento di cui trattasi.

36 Infatti, tale fattore di valutazione riguarda nello specifico il fatto che «l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti».

37 Tuttavia, poiché tale elemento di valutazione si riferisce in modo esplicito solo all'assetto proprietario dell'«investitore estero», nozione definita all'articolo 2, paragrafo 2, del regolamento 2019/452 e circoscritta alle società di un paese terzo, esso non implica che l'ambito di applicazione di tale regolamento, come definito all'articolo 1, paragrafo 1, di quest'ultimo, sia esteso sino ad includere gli investimenti effettuati da società organizzate conformemente alla legislazione di uno Stato membro in cui una società di un paese terzo detiene un'influenza maggioritaria.

38 Non risulta peraltro dal fascicolo di cui dispone la Corte che la decisione controversa nel procedimento principale sia stata adottata al fine di contrastare un tentativo di eludere il meccanismo di controllo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del regolamento 2019/452.

39 Infatti, nessun elemento di tale fascicolo è tale da suggerire che, nel caso di specie, si tratti di una situazione contemplata al considerando 10 di tale regolamento, il quale chiarisce la portata di detto articolo 3, paragrafo 6, ossia quella di «investimenti realizzati nell'Unione tramite costruzioni artificiose che non riflettono la realtà economica ed eludono i meccanismi di controllo e le relative decisioni, ove l'investitore sia in ultima istanza di proprietà di una persona fisica o un'impresa di un paese terzo o da essa controllato».

40 In secondo luogo, per quanto riguarda il riferimento, nella prima questione, all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, il giudice del rinvio non chiarisce la sua rilevanza ai fini della risposta da fornire a tale questione, cosicché non occorre esaminare quest'ultima alla luce di detta disposizione.

41 In terzo e ultimo luogo, per quanto concerne l'individuazione della libertà fondamentale che può essere applicabile nel procedimento principale, sebbene il giudice del rinvio inviti la Corte ad esaminare la normativa nazionale di cui trattasi alla luce delle norme del Trattato FUE in materia di libera circolazione dei capitali e, in particolare, dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera b), TFUE, si deve rilevare che tale normativa, in particolare le disposizioni di quest'ultima relative all'acquisizione, da parte di un «investitore estero», di una partecipazione che gli conferisce un'«influenza maggioritaria» in una società strategica, come applicate nella decisione controversa nel procedimento principale e sulle quali verte espressamente la prima questione pregiudiziale, rientrano in un'altra libertà fondamentale, ossia la libertà di stabilimento.

42 Infatti, secondo una costante giurisprudenza, ricade nella sfera di applicazione delle norme in materia di libertà di stabilimento e non in quelle relative alla libera circolazione dei capitali una normativa nazionale destinata ad applicarsi alle partecipazioni che consentano di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinarne le attività (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 43 e giurisprudenza citata).

43 Orbene, nel caso di specie, l'acquisizione della totalità delle quote di una società è indubbiamente sufficiente a consentire alla società acquirente di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo della società acquisita (v., per analogia, sentenza del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 44).

44 In tale contesto, si deve sottolineare che, conformemente all'articolo 54 TFUE, possono beneficiare della libertà di stabilimento, in particolare, le società di diritto civile o di diritto commerciale, purché siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, ossia le società che hanno la cittadinanza di uno Stato membro.

45 A tale proposito, si deve ricordare, da un lato, che la localizzazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale di cui all'articolo 54 TFUE serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato (sentenza del 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, EU:C:2003:512, punto97).
46 Dall'altro, da nessuna disposizione del diritto dell'Unione risulta che la provenienza degli azionisti delle società residenti nell'Unione, siano essi persone fisiche o giuridiche, incida sul diritto di tali società di esercitare la libertà di stabilimento. Lo status di società dell'Unione si fonda, in virtù dell'articolo 54 TFUE, sul luogo della sede sociale e sull'ordinamento giuridico di appartenenza della società, e non sulla nazionalità dei suoi azionisti (sentenza del 1° aprile 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company e a*., C-80/12, EU:C:2014:200, punto 40).
47 Ne consegue che una società come la Xella Magyarország, anche se fa parte di un gruppo di società la cui società capogruppo è stabilita in un paese terzo, ha il diritto di esercitare la libertà di stabilimento garantita dal Trattato FUE, dato che è collegata all'ordinamento giuridico di uno Stato membro ed è, quindi, una società dell'Unione.
48 Pertanto, l'origine degli azionisti della Xella Magyarország non può in alcun caso essere fatta valere per negare a tale società il beneficio della libertà di stabilimento, tanto più che è pacifico che il proprietario finale del gruppo di cui essa fa parte è un cittadino irlandese.
49 Di conseguenza, la prima questione pregiudiziale dev'essere esaminata solo alla luce delle disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento.
Sulla ricevibilità della prima questione
50 Per quanto riguarda la ricevibilità della prima questione pregiudiziale, dato che al punto precedente si è giunti alla conclusione che occorre rispondere a quest'ultima unicamente alla luce delle disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento, si deve ricordare che tali disposizioni non sono applicabili a una fattispecie i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro (sentenza del 7 settembre 2022, *Cilevičs e a*., C-391/20, EU:C:2022:638, punto 31 e giurisprudenza citata).
51 A tal riguardo, gli elementi che caratterizzano la situazione oggetto del procedimento principale sembrano, a prima vista, collocarsi tutti all'interno di un solo Stato membro in quanto, da un lato, tanto la Xella Magyarország, la società acquirente, quanto la Janes és Társa, la società acquisita, sono società residenti nello Stato membro interessato e, dall'altro, tale questione verte sulla compatibilità con le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento di una normativa nazionale che consente a tale Stato membro di vietare investimenti in società residenti considerate come società strategiche.
52 Tuttavia, costituisce un elemento di estraneità rilevante ai fini della risposta da fornire alla prima questione pregiudiziale il fatto che la società acquirente faccia parte di un gruppo di società stabilite, in particolare, in diversi Stati membri, anche se tali società non sembrano svolgere un ruolo diretto nell'acquisizione di cui trattasi.
53 Infatti, la prima questione sollevata dal giudice del rinvio verte espressamente sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dell'articolo 276, paragrafo 2, lettera a), della Vmtv, disposizione che tale giudice cita e che è applicata nella decisione controversa nel procedimento principale.
54 Orbene, conformemente ai termini stessi di tale disposizione nazionale, la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale si applica alle società residenti e alle società registrate in altri Stati membri che acquisiscono una partecipazione in una società strategica, a condizione che la persona che dispone di un'influenza maggioritaria in tali società sia una persona fisica o giuridica originaria di un paese terzo.
55 In tal senso, nella decisione controversa nel procedimento principale, detta disposizione nazionale è stata applicata in considerazione del fatto che il gruppo di società, ossia il gruppo Xella, di cui fanno parte, oltre alla società acquirente, in particolare, la società madre di diritto tedesco e la società «madre della madre» di quest'ultima, di diritto lussemburghese, è, a sua volta, controllato da un altro gruppo di società, vale a dire il gruppo Lone Star, la cui società capogruppo è registrata in un paese terzo, nel caso di specie alle Bermuda.
56 Di conseguenza, l'assetto proprietario transfrontaliero della società residente acquirente all'interno dell'Unione che caratterizza la situazione oggetto del procedimento principale costituisce un elemento di estraneità rilevante ai fini della risposta da fornire alla prima questione pregiudiziale.
57 Pertanto, tale questione è ricevibile.
Sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento
58 Secondo una costante giurisprudenza della Corte, vanno considerate come «restrizioni alla libertà di stabilimento», ai sensi dell'articolo 49 TFUE, tutte le misure che ne vietano, ostacolano

o scoraggiano l'esercizio (sentenza del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 54 e giurisprudenza citata).
59 Orbene, la normativa nazionale di cui trattasi, come applicata nella decisione controversa nel procedimento principale, nella misura in cui consente alle autorità di uno Stato membro di vietare auna società dell'Unione, per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, l'acquisizione di una partecipazione in una società residente «strategica» che le consente di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo di quest'ultima società, costituisce, manifestamente, una restrizione alla libertà di stabilimento di tale società dell'Unione, nel caso di specie una restrizione particolarmente grave.
Sull'eventuale giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento
60 Da una costante giurisprudenza della Corte risulta che una restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato FUE può essere ammessa unicamente a condizione che la misura nazionale di cui trattasi sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, sia idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo da essa perseguito e non vada al di là di quanto necessario per ottenerlo (sentenza del 3 febbraio 2021, *Fussl Modestraße Mayr*, C-555/19, EU:C:2021:89, punto 52 e giurisprudenza citata).
61 Per quanto riguarda l'esistenza di un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare la restrizione alla libertà di stabilimento derivante dalla normativa nazionale oggetto del procedimento principale, dalla decisione di rinvio risulta che tale normativa, consentendo di vietare, in particolare, l'acquisizione della proprietà di società residenti strategiche qualora tale acquisizione pregiudichi o rischi di pregiudicare un interesse nazionale, mira segnatamente a garantire la sicurezza e la continuità dell'approvvigionamento «per quanto riguarda bisogni primari di interesse fondamentale», in conformità, segnatamente, all'articolo 52, paragrafo 1, TFUE.
62 Nel caso di specie, come risulta dalla decisione controversa nel procedimento principale, come sintetizzata nella decisione di rinvio, è in questione lo specifico interesse nazionale volto a garantire la sicurezza e la continuità dell'approvvigionamento del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda talune materie prime di base, ossia la ghiaia, la sabbia e l'argilla, derivanti da un'attività estrattiva nel territorio nazionale.
63 In proposito, l'articolo 52, paragrafo 1, TFUE prevede che una restrizione alla libertà di stabilimento possa essere giustificata da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.
64 Secondo una costante giurisprudenza, motivi di natura puramente economica, connessi alla promozione dell'economia nazionale o al buon funzionamento di quest'ultima, non possono servire come giustificazione di un ostacolo a una delle libertà fondamentali garantite dai Trattati (sentenza del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 70 e giurisprudenza citata).
65 La Corte ha invece riconosciuto che motivi di ordine economico che perseguano un obiettivo di interesse generale o la garanzia di un servizio di interesse generale possono rappresentare un motivo imperativo di interesse generale in grado di giustificare una limitazione a una libertà fondamentale garantita dai Trattati (v., in tal senso, sentenze del 22 ottobre 2013, *Essent e a.*, da C-105/12 aC-107/12, EU:C:2013:677, punto 53, e del 27 febbraio 2019, *Associação Peço a Palavra e a.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punto 72 e giurisprudenza citata).
66 Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, se è pur vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, resta il fatto che tali motivi, nel contesto dell'Unione, e in particolare in quanto autorizzano una deroga a una libertà fondamentale garantita dal Trattato FUE, devono essere intesi in senso restrittivo, di modo che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. L'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere quindi invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Tali motivi non possono essere inoltre distolti dalla loro propria funzione per essere utilizzati, in realtà, a fini puramente economici (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, EU:C:2000:124, punto 17 e giurisprudenza citata).
67 Quando si tratta nello specifico di un obiettivo connesso alla sicurezza dell'approvvigionamento, la Corte ha dichiarato che tale obiettivo può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività (sentenza dell'8 novembre2012, *Commissione/Grecia*, C-244/11, EU:C:2012:694, punto 67 e giurisprudenza citata).
68 Nel caso di imprese che esercitano attività e forniscono servizi pubblici nel settore del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia, la Corte ha dichiarato che l'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di siffatti prodotti o la fornitura di siffatti servizi in caso di cri-

si, nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, può costituire un motivo di pubblica sicurezza e, pertanto, giustificare eventualmente un ostacolo alla libera circolazione dei capitali (v., in tal senso, sentenzadell'8 novembre 2012, *Commissione/Grecia*, C-244/11, EU:C:2012:694, punto 65 e giurisprudenza citata).
69 Tuttavia, non si può ritenere che l'obiettivo di cui trattasi nel procedimento principale, inteso a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda determinate materie prime di base, vale a dire la ghiaia, la sabbia e l'argilla, derivanti da un'attività di estrazione mineraria, rientri, alla pari dell'obiettivo legato alla sicurezza dell'approvvigionamento dei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'energia, tra gli «interessi fondamentali della collettività» conformemente alla giurisprudenza citata ai punti 66 e 67della presente sentenza, con la conseguenza che a tale obiettivo non si deve applicare la giurisprudenza richiamata al punto 68 della presente sentenza.
70 Si deve altresì rilevare che, nel caso di specie, detto obiettivo è invocato per giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento che, come dichiarato al punto 59 della presente sentenza, deve essere considerata come particolarmente grave, in quanto la decisione controversa nel procedimento principale osta all'esercizio di tale libertà fondamentale da parte di una società dell'Unione.
71 Inoltre, alla luce del fascicolo di cui dispone la Corte e fatta salva la verifica da parte del giudice nazionale, non risulta che, per quanto riguarda l'approvvigionamento di materie prime di base avantaggio del settore edile locale, l'acquisizione vietata dalla decisione controversa nel procedimento principale sia effettivamente tale da determinare una «minaccia effettiva e sufficientemente grave» ai sensi della giurisprudenza citata ai punti 66 e 67 della presente sentenza.
72 In proposito, risulta infatti pacifico, da un lato, che prima di tale acquisizione la società acquirente acquistava già circa il 90% della produzione delle materie prime di base di cui trattasi della miniera della società acquistata, al fine di trasformarle nel suo stabilimento ubicato in prossimità di tale miniera, e che il restante 10% di detta produzione era acquistato da imprese locali del settore edile.
73 Dall'altro, è noto che poiché tali materie prime di base hanno, per loro natura, un valore commerciale relativamente basso rispetto, soprattutto, alle loro spese di trasporto, il rischio di esportazione di una parte rilevante della produzione di detta miniera anziché la vendita di dette materie prime di base sul mercato locale appare poco probabile, se non addirittura escluso in pratica.
74 Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento devono essere interpretate nel senso che ostano a un meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente, considerata come strategica, da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, nella quale una società di un paese terzo dispone di un'influenza determinante, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla.
(…)
Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:
Le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento devono essere interpretate nel senso che:
ostano a un meccanismo di controllo degli investimenti esteri previsto dalla normativa di uno Stato membro che consente di vietare l'acquisizione della proprietà di una società residente, considerata come strategica, da parte di un'altra società residente facente parte di un gruppo di società stabilite in più Stati membri, nella quale una società di un paese terzo dispone di un'influenza determinante, con la motivazione che tale acquisizione pregiudica o rischia di pregiudicare l'interesse nazionale consistente nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile, in particolare a livello locale, per quanto riguarda materie prime di base, quali la ghiaia, la sabbia e l'argilla.

SOMMARIO: 1. Il rilievo della sentenza della Corte di giustizia. – 2. I termini della questione. – 3. I contenuti della sentenza. – 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 5. L'impatto sulla disciplina italiana del *golden power*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il rilievo della sentenza della Corte di giustizia

Con la sentenza resa nel caso *Xella Magyarország* (cd. caso Ungheria)[1], la Corte di giustizia si è espressa per la prima volta sul perimetro del regolamento (UE) 2019/452, istitutivo di un quadro per il controllo dei *Foreign Direct Investments* (FDIs)[2], in particolare circoscrivendo e restringendo la nozione di investimento estero diretto (IED) e, in tal modo, limitando i poteri speciali dei governi degli Stati membri, legati al cd. *golden power*[3].

Come è noto, il citato regolamento è stato adottato al fine di proteggere, soprattutto a seguito del nuovo contesto geopolitico, attraverso nuove forme di intervento pubblico in economia[4], il patrimonio industriale e il *know how* tecnologico continentale nei settori strategici, con particolare riferimento a quelli che impattano su difesa e sicurezza nazionale. È interessante rilevare, per precisare il contesto di riferimento, che la Commissione sta lavorando alla revisione

---

[1] Corte Giust., Sez. II, 13 luglio 2023, causa 106/22, *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter*.

Per commenti "in tempo reale" alla sentenza, si v. N. ANDREOTTI, *Screening of foreign direct investment within the Union: protection of essential interests or abuse of rights? (C-106/22, Xella Magyarország)*, in *EU Law Live*, 25 luglio 2023; A. PÉREZ, *The Court of Justice draws a line in the sand for foreign investment screening: ruling in* Xella Magyarország *C-106/22*, in *EU Law Live*, 26 luglio 2023; T. REYNTJENS-A. JORNA, *Reading the Xella Judgment in its constitutional and institutional context*, in *EU Law Live*, 14 settembre 2023; J. FELDNER-F. FROMMELT, *"Time out" for the EU cooperation mechanism in Austria due to Xella (C-106/22)*, in *EU Law Live*, 11 ottobre 2023.

[2] Sul Regolamento (UE) 2019/452 si v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, 2 ss.; J. SNELL, *EU foreign direct investment screening: Europe qui protège?*, in *Eur. Law Rev.*, 2019, 137 ss.; *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. NAPOLITANO, il Mulino, Bologna, 2020; *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, a cura di G. DELLA CANANEA-L. FIORENTINO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

[3] Per un'analisi monografica aggiornata sul *golden power*, si v. ora L. BELVISO, Golden power. *Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

Tra gli scritti recenti sull'istituto, D. GALLO, *La questione della compatibilità dei* golden powers *in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *Riv. regolazione mercati*, 2021, p. 26 ss.; 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 *Federalismi*, 2021, p. 39 ss.; ID., Golden power *e geopolitica della protezione: primi orientamenti giurisprudenziali e future scenari*, in *Munus*, 2022, p. 537 ss.; A. SACCO GINEVRI, Golden powers *e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, in *Riv. regolazione mercati*, 2021, p. 55 ss.; B. ARGIOLAS, *I* golden power *tra Stato e mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, p. 721 ss.; 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*, 15 giugno 2022, n. 16, 1 ss.; R. GAROFOLI, Golden power: *mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *Federalismi*, 30 novembre 2022, n. 31, p. 1 ss.; A. LALLI, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei* golden powers, in *Dir. cost.*, 2022, 2, p. 100 ss.; A. MASOTTO, *Il* golden power *alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, n. 5, p. 663 ss.; A. PACCIONE, *Il* golden power *e il principio di legalità*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, n. 5, p. 656 ss.; A. SANDULLI, *La febbre del* golden power, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss.; ID., *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, n. 4, p. 463 ss.; M. DUGATO, *I* golden powers *tra espansione ed atipicità*, in *Munus*, 2023, V ss.; T. DI PROSPERO, Golden power *tra compatibilità sovranazionale e parallelismi di intervento pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, n. 3, p. 395 ss.

[4] Per un inquadramento teorico della nuova epoca, apertasi nel corso dell'ultimo decennio e accentuata dalle crisi degli ultimi anni, tra gli altri, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, il Mulino, Bologna, 2022. Si v. anche i contributi del PRIN 2020 RESTORE – *Recovering the State Towards a Reformed Economy*.

di tale regolamento, al fine di precisarne meglio alcuni contenuti, tra cui quelli dell'applicazione soggettiva [5].

La Corte di giustizia ha risolto la questione pregiudiziale sollevata dal giudice ungherese sul piano della libertà di stabilimento, statuendo la non applicabilità alla fattispecie in oggetto del regolamento (UE) 2019/452.

La sentenza è significativa per tre ragioni principali.

Innanzitutto, essa ha perimetrato in senso restrittivo la nozione di investimento estero diretto ai sensi del citato regolamento.

In secondo luogo, la decisione dei giudici di Lussemburgo ha accolto la tesi della Commissione e si è espressa difformemente alle conclusioni rese dall'Avvocato generale Tamara Ćapeta [6]. Queste ultime avevano ricostruito un complesso quadro di competenze, orientandosi, in linea con la posizione del governo italiano (anch'esso intervenuto nella procedura), in favore dell'applicabilità alla fattispecie in esame del regolamento (UE) 2019/452.

In terzo luogo, la sentenza impatterà sulle discipline nazionali degli Stati membri in tema di controllo degli FDIs [7], tra le quali quella italiana sui *golden power*. Si tratta, pertanto, di valutarne le possibili ricadute.

Si può aggiungere, in avvio, che il caso in oggetto costituisce la dimostrazione delle ricadute di carattere interpretativo generale che possono scaturire dalla soluzione giurisprudenziale di una fattispecie fuori fuoco, quale quella prodotta dal provvedimento del Ministro ungherese.

La disamina si articola in cinque parti: si espongono sinteticamente i termini della questione; si declinano le motivazioni della sentenza della Corte di giustizia; si mettono a confronto tali argomenti con quelli (opposti) illustrati nell'*opinion* dell'Avvocato generale; si precisano gli effetti della pronuncia sulla disciplina italiana in tema di IED; si espongono alcuni rilievi conclusivi.

2. I termini della questione

Da mihi factum, dabo tibi ius. La peculiarità della fattispecie in oggetto ha fortemente inciso sui contenuti della decisione dei giudici di Lussemburgo: il provvedimento del Ministro ungherese può essere considerato un tipico esempio di sviamento di potere, nonché una lesione della libertà di iniziativa economica privata. Il decreto del Ministro magiaro, sotto l'egida della disciplina nazionale del *golden power*, ha eluso i principi cardine del mercato nell'ordinamento europeo, con l'intento di proteggere la proprietà nazionale di una società operante nell'estrazione di materie prime per prodotti per l'edilizia.

L'Ungheria non è nuova a sviamenti della normativa europea della concorrenza e del mercato a protezione della nazionalità delle proprie aziende. Em-

[5] Si v. la consultazione pubblica della Commissione europea del 14 giugno 2023, che ha indicato una serie di punti critici del Regolamento, tra cui l'approfondimento della nozione di investitore estero. V., inoltre, A. CRIVOI, *The Upcoming Review of the FDI Screening Regulation*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n. 158, 14 ottobre 2023.

[6] Conclusioni dell'Avvocato generale Tamara Ćapeta, rese il 30 marzo 2023.

[7] Per una interessante analisi della normativa e delle modalità di attuazione da parte delle istituzioni euro-unitarie e degli Stati membri, si v. OECD, *Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU. Assessing effectiveness and efficiency*, 2022.

blematica è una recente decisione della Commissione UE [8], con la quale si è imputata all'Ungheria la violazione degli artt. 21 del regolamento (UE) sulle concentrazioni (2004/139) e 49 TFUE. Il governo ungherese aveva vietato alla Vienna Insurance Group AG (VIG) l'acquisizione di AEGON Hungary, interferendo indebitamente con la competenza esclusiva della Commissione a decidere in merito a una concentrazione di dimensione euro-unitaria. Sicché, nelle aree in cui le istituzioni europee hanno una competenza esclusiva, esse possono procedere a valutare, da quella angolazione, la compatibilità del controllo sugli IDE con la disciplina europea sulle concentrazioni.

Si esamini la situazione di fatto oggetto del presente contributo.

Una società ungherese, la *Xella Magyarország* (detenuta da una società tedesca, a sua volta detenuta da una società di diritto lussemburghese, controllata indirettamente da una società registrata alle Bermuda, capogruppo del gruppo Lone Star, facente capo a un cittadino irlandese) ha pattuito di acquisire altra società ungherese, la *Janes és Társa*, proprietaria di una cava per l'estrazione di sabbia, argilla e ghiaia (la quale produce lo 0,52% della produzione nazionale), la quale vende il 90% del materiale estratto alla *Xella*.

La legislazione ungherese (in particolare, la legge LVIII/2020) [9] contempla l'obbligo di notifica al Ministro competente in caso di acquisizioni di società strategiche da parte di investitori esteri (sono considerate estere anche le società registrate in Ungheria, ma la cui partecipazione di maggioranza è detenuta da soggetto estero). Quanto all'oggetto, il decreto governativo n. 289/2020 ha fatto rientrare nelle società strategiche anche quelle che svolgono attività estrattive volte all'approvvigionamento di materie prime di rilievo fondamentale.

Su tali basi, il 20 luglio 2021, il Ministro dell'Innovazione e della Tecnologia magiaro ha posto il veto, sostenendo che l'acquisizione di una società operante nel settore dell'estrazione di aggregati dell'edilizia avrebbe prodotto una grave incisione degli interessi strategici nazionali, a causa della carenza di disponibilità di materie prime per il settore edile in quantità sufficienti e tenendo conto della già significativa quota di mercato dei produttori nazionali sotto controllo estero.

A seguito di impugnazione giurisdizionale, il giudice ungherese ha sospeso l'efficacia del citato provvedimento e rinviato pregiudizialmente alla Corte di giustizia, interrogando quest'ultima circa la compatibilità del provvedimento amministrativo adottato dal Ministro con l'art. 65, par. 1, lett. b), TFUE e con il regolamento (UE) 2019/452, sul controllo degli investimenti esteri diretti.

Come segnalato, nella causa innanzi al giudice europeo, sono intervenuti, accanto al governo ungherese, sia il governo italiano sia la Commissione europea, esponendo tesi contrapposte.

[8] 21 febbraio 2022 (M.10494 – *VIG/AEGON CEE*).

[9] A veszelyhelyzet megszűnesevel osszefuggő atmeneti szabalyokrol es a jarvanyugyi keszultsegről szolo 2020. evi LVIII. torveny (legge n. LVIII/2020 sulle norme transitorie relative alla cessazione dello stato di emergenza e sulla crisi epidemiologica).

3. I contenuti della sentenza

La pronuncia della Corte di giustizia fornisce una nozione ristretta di investimento estero diretto. La Corte limita l'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2019/452 agli investimenti su interessi nazionali strategici effettuati da impresa costituita o comunque organizzata conformemente alla legislazione di un paese terzo. Ciò non implica che gli Stati membri non possano introdurre limitazioni ulteriori riguardanti gli investimenti esteri diretti "indiretti", ma queste ultime possono essere considerate legittime esclusivamente se non sono in contrasto con le libertà fondamentali UE.

Per i giudici di Lussemburgo, la disciplina ungherese, la quale estende l'esercizio dei poteri speciali anche a società registrate in Ungheria o in altro Stato membro, laddove società registrate in un paese terzo detengano una influenza maggioritaria, si colloca fuori dall'ambito di applicazione del citato regolamento.

Per un'applicazione dei contenuti del regolamento a società registrate presso uno Stato membro dell'Unione, bisognerebbe dimostrare la necessità di contrastare un tentativo di eludere il meccanismo di controllo di cui all'art. 3, par. 6, il quale si ha, come precisa il considerando 10 del regolamento, nell'ipotesi di «investimenti realizzati nell'Unione tramite costruzioni artificiose che non riflettono la realtà economica ed eludono i meccanismi di controllo e le relative decisioni, ove l'investitore sia in ultima istanza di proprietà di una persona fisica o di un'impresa di un paese terzo o da essa controllato».

La Corte ritiene che la fattispecie rientri invece nella lesione della libertà di stabilimento, di cui agli artt. 49 ss. TFUE (e non in quella relativa alla libertà di circolazione dei capitali, di cui agli artt. 63 ss. TFUE). Su tale base normativa, la *Xella Magyarország* va qualificata società dell'Unione, essendo collegata all'ordinamento giuridico di uno Stato membro e avendo un proprietario finale cittadino dell'Unione, pur facendo parte di una *holding* la cui capogruppo è registrata in un paese terzo. Ne consegue, pertanto, la non applicabilità dell'art. 65, par. 1, lett. b), TFUE, in materia di libertà di circolazione dei capitali, per il quale lo Stato membro può adottare le misure necessarie per giustificati motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Una volta optato per la libertà di stabilimento, si tratta, secondo la Corte, semplicemente di stabilire se la misura nazionale sia giustificata da motivo imperativo di interesse generale e sia rispettosa del principio di proporzionalità. Nel caso di specie, l'intento di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento a favore del settore edile non rientra tra gli interessi fondamentali della collettività (come, ad esempio, quelli relativi all'approvvigionamento energetico), né è stata fornita alcuna prova che l'acquisizione della società proprietaria della cava sia in grado di determinare una minaccia effettiva e sufficientemente grave.

Dalla sentenza emerge anche che la valutazione sostanziale nell'ambito dei meccanismi nazionali di controllo degli investimenti esteri non è soggetta a pura discrezionalità politica. Le libertà fondamentali – di stabilimento, per gli investimenti che comportano l'acquisizione del controllo sull'obiettivo, o di movimenti di capitali, per il resto degli investimenti – restano pienamente applicabili a qualsiasi investimento in entrata indiretto o diretto in società dell'UE. Si precisa, inoltre, che queste, in linea di principio, valgono anche per gli investitori extracomunitari, fatte salve le eccezioni previste dagli artt. 64 e 65 TFUE.

Ciò è particolarmente significativo per le giurisdizioni che applicano i propri meccanismi di controllo degli investimenti anche agli investitori dell'UE, come, ad esempio, le normative italiana, francese [10] e spagnola [11].

La pronuncia, adesiva rispetto alla posizione della Commissione UE, viaggia sul binario libertà di stabilimento-principio di proporzionalità, in un certo senso bypassando i profondi mutamenti in corso.

La Corte dà per scontato che gli investimenti esteri diretti "indiretti" non rientrino nell'ambito soggettivo del citato regolamento e che l'approvvigionamento di materie prime per l'edilizia non possa essere compreso nel novero oggettivo: il testo del regolamento non è così univoco su entrambi i punti, anche se, si ripete, l'orientamento dei giudici di Lussemburgo pare condivisibile. Sul primo, la Corte ha optato per un'interpretazione formalistico-restrittiva, fondata sull'esegesi della norma (in particolare, l'art. 2, nn. 1 e 2), ma senza valorizzare adeguatamente alcuni "considerando"; sul secondo, l'art. 4 del regolamento titola «Fattori che *possono* essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione», intendendo quindi l'elenco a mero titolo esemplificativo, e il par. 1, lett. *c)*, fa riferimento alla «sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare». Dalle liste delle materie prime critiche approntate dalle istituzioni europee, peraltro, si può percepire con chiarezza che tra queste non rientrano, allo stato, quelle per l'edilizia. D'altra parte, il governo ungherese evidentemente non ha perorato adeguatamente il primo argomento e certamente non ha fornito prove sufficienti in ordine al secondo. In ultimo, il fatto di non aver tenuto conto del contesto geopolitico non può certo essere imputato a una Corte, essendo da ascrivere tale valutazione più al piano politico-istituzionale [12].

Insomma, la sentenza giunge alla corretta conclusione, trattandosi, come si è detto, di un utilizzo della disciplina nazionale del *golden power* non compatibile con i principi del diritto euro-unitario.

C'è però indubbiamente da registrare come il vento stia cambiando rapidamente a livello globale e gli spifferi provengano da numerose direzioni (si pensi, tra gli altri, allo stallo in cui versa l'Organizzazione Mondiale per il Commercio – OMS, a seguito delle crisi pandemica e ucraina; e si consideri l'allargamento dei BRICS a sei nuovi paesi).

Il 9 agosto 2023, il Presidente Biden ha adottato un *Executive Order* con il quale, a protezione della difesa militare e della sicurezza nazionale, sono stati ristretti gli investimenti delle aziende statunitensi in Cina, per le aree dei semiconduttori e della microelettronica, dell'intelligenza artificiale, delle tecnologie dell'informazione quantistica. Si tratta dell'ennesimo segnale di *decoupling* tra

---

[10] La legge del 31 dicembre 2019, denominata PACTE, ha rafforzato in modo significativo lo *screening* sugli investimenti esteri diretti, che scatta, anche per gli investitori UE, al superamento del 10% delle quote societarie.

[11] Anche la Spagna applica temporaneamente (l'applicazione è stata estesa al 31 dicembre 2024) il controllo sugli investimenti diretti esteri agli investitori UE che acquisiscono più del 10% delle quote di una società spagnola, a condizione che il valore della transazione superi i 500 milioni di Euro in Spagna o riguardi una società quotata in una borsa valori spagnola. Su questo punto si v. A. PÉREZ, *The Court of Justice draws a line in the sand for foreign investment screening: ruling in* Xella Magyarország *C-106/22*, cit.

[12] Vi è anche da tener conto del fatto che la Corte di giustizia ha una tendenza naturale, in virtù del suo percorso storico-evolutivo, a prediligere le regole del mercato e le libertà economiche rispetto ad altri diritti e a interessi pubblici e privati.

Stati Uniti e Cina, di separazione in due blocchi contrapposti. La decisione ha sollevato un ampio dibattito e determinato un'accorata critica sia a livello imprenditoriale statunitense (in particolare, le *Big Tech* e i fondi di investimento), perché essa restringe fortemente la capacità di investimento in aree del pianeta di grande importanza sul fronte dell'industria tecnologica, sia sul piano politico, perché viceversa considerato troppo timido e poco efficace nel contrasto agli interessi militari cinesi. Se si passa al campo continentale, le istituzioni europee, con l'obiettivo di raggiungere l'autonomia strategica dell'Unione europea [13] nell'arco dei prossimi anni, hanno adottato, a fine luglio 2023, la nuova normativa sui semiconduttori, che mira a raddoppiare la produzione indigena degli stessi entro il 2030 e, quindi, portarla dal 10 al 20% del mercato globale. Ai fini dell'autonomia strategica dell'Unione, il concetto chiave è quello di sovranità tecnologica e questo non può che entrare in conflitto con i principi tradizionali del funzionamento del mercato e delle sue libertà, per come le abbiamo conosciute.

Bisogna inoltre tener conto dei recenti interventi, nell'area occidentale, sul controllo dei sussidi esteri, al fine proteggere i suoi confini economici rispetto alle imprese non appartenenti all'UE, che agiscono in modo distorsivo nel mercato europeo. Allo *State Aid Temporary Framework*, adottato a livello euro-unitario in piena pandemia Covid-19 (nel 2020), hanno risposto nel 2022, oltreoceano, l'aggressivo piano statunitense di sussidi *green*, l'IRA (*Inflation Reduction Act*) [14], e, oltremanica, l'*UK Subsidy Control Act* [15]. A questi interventi ha ulteriormente controbattuto il nuovo quadro temporaneo euro-unitario, volto a favorire gli investimenti delle imprese per una ripresa sostenibile e per far fronte alla crisi energetica. E il 14 dicembre 2022 è stato adottato il regolamento (UE) 2022/2560 [16], sui sussidi esteri diretti e indiretti per le imprese di Stati extra UE che, godendo di finanziamenti pubblici, operano nel continente con un vantaggio competitivo rispetto alle imprese europee, che sono tenute a rispettare la disciplina sul divieto di aiuti di Stato suscettibili di alterare la concorrenza [17].

Insomma, sono sempre più evidenti ed estesi, non soltanto in Europa, gli interventi dei poteri pubblici a protezione dell'industria nazionale e la divari-

---

[13] Sull'autonomia strategica dell'UE, si v. l'interessantissimo *special issue* di *European Papers* n. 2/2023 su *EU Strategic Autonomy and Technological Sovereignty*, a cura di C. BEAUCILLON-S. POLI. Si v. anche G. CASTRO RIBEIRO, *Geoeconomic Awakening: the European Union's Trade and Investment Policy Shift toward Open Strategic Autonomy*, College of Europe, Department of EU International Relations and Diplomacy Studies, EU Diplomacy Paper, n. 3/2023.

[14] Sottoscritto dal Presidente Biden il 16 agosto 2022. Pochi giorni prima, il 9 agosto, il Presidente aveva firmato il *CHIPS and Science Act*. Con questa normativa federale, si è prevista l'erogazione, da parte del governo statunitense, di consistenti sussidi e prestiti agevolati, nonché del finanziamento di investimenti in supporto di imprese operanti nel campo della scienza e delle tecnologie digitali.

[15] Su quest'ultimo, si v., in particolare, A. BIONDI-A. HOWARD, *Levelling up a level playing field: competition and subsidies in post-Brexit Britain*, in *Research Handbook on Legal Aspects of Brexit*, a cura di A. LAZOWSKI-A. GYGAN, Cheltenham, Elgar, 2022, p. 383 ss.

[16] Su cui, tra gli altri, A. ROSANÒ, *Oltre i confini del diritto degli aiuti di Stato: il Regolamento (UE) 2022/2250 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno*, in *Riv. regolazione mercati*, 2023, 122 ss.

[17] Sulle interconnessioni e le sinergie tra i Regolamenti UE 2019/452 e 2022/2560, v. gli interessanti rilievi di D. GALLO, *Ordine giuridico del mercato 2.0 e Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, p. 136 ss.

cazione tra i temi della sicurezza nazionale e della libertà di iniziativa economica.

4. Le conclusioni dell'Avvocato generale

Una direzione diametralmente opposta rispetto a quella della Corte avevano seguito le conclusioni dell'Avvocato generale. Il ragionamento compiuto è sicuramente meno lineare sul piano tecnico, ma orientato a tener conto della complessità del mondo reale.

Le considerazioni di apertura sono di contesto, dedicate alla trasformazione del quadro geopolitico nell'ultimo quarto di secolo. Mutamento che non può evitare di riflettersi sull'assetto giuridico dell'Unione europea: «La principale questione alla quale la Corte dovrà pertanto rispondere è se la presenza di una partecipazione facente capo a soggetti di paesi terzi in un'impresa dell'Unione possa, in determinate circostanze, costituire una minaccia per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza nazionali degli Stati membri. Se mi avessero rivolto una domanda del genere venti anni or sono, non avrei avuto motivo di dubitare di trovarmi di fronte a un tipo di protezionismo non tollerato in un mercato libero e aperto» [18].

Da questa considerazione metagiuridica si dipartono gli interrogativi giuridici e, cioè, in che modo le norme debbano tradurre tale trasformazione e quale sia il riparto di competenze tra Unione e Stati membri in materia di investimenti diretti provenienti da paesi terzi. Il Trattato di Lisbona ha inquadrato gli investimenti esteri diretti nella politica commerciale comune. Si tratta quindi di capire come intendere il rapporto con le norme sulla libera circolazione dei capitali e se gli investimenti diretti provenienti dall'estero rientrino nella competenza esclusiva dell'Unione in materia di regolamentazione degli scambi commerciali oppure se tali investimenti facciano parte della competenza concorrente in materia di mercato interno. Ciò al fine di comprendere quale sia lo spazio normativo lasciato agli Stati membri per controllare e bloccare l'acquisizione di società situate nel loro territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

D'altra parte, va anche considerato che l'effetto diretto delle disposizioni del TFUE sulle libertà fondamentali consente ai tribunali nazionali di controllare le decisioni delle autorità nazionali in materia di IDE. Ciò può indurre a una mag-

---

[18] V. par. 3 delle Conclusioni.

«Tuttavia, al giorno d'oggi, nozioni quali *friend-shoring* (rilocalizzazione in paesi amici) o *outbound investment screening* (controllo degli investimenti dall'estero) erano meno note al di fuori dei circoli legati alla sicurezza nazionale e, senza ombra di dubbio, sarebbero state considerate fenomeni iniqui dai fautori convinti della globalizzazione. Attualmente, tuttavia, tali nozioni sono destinate a dare forma ai nuovi obiettivi della politica commerciale dell'Unione» (par. 4).

«Il mondo è cambiato, come ogni cittadino dell'Unione ha visto e percepito, ad esempio di fronte a scaffali vuoti nei supermercati o a bollette energetiche di importo più elevato. Di fatto, l'aggressione della Russia all'Ucraina ha tristemente fatto emergere i pericoli insiti nel dipendere dalla buona volontà dei partner commerciali del passato. Di conseguenza, e in particolare di fronte a misure che, verosimilmente, rappresentano un passo indietro nell'apertura del mercato interno dell'Unione rispetto agli scambi commerciali con i paesi terzi, non si dovrebbe giungere a conclusioni affrettate: gli interessi geopolitici strategici del futuro sono in grado di influenzare gli impegni attuali in materia di libero scambio» (par. 5).

giore cautela sul fatto che le decisioni di divieto o rimedio siano giustificate da «una minaccia reale e sufficientemente grave a un interesse fondamentale della società» e non vadano oltre quanto necessario per affrontare tale minaccia.

Secondo l'Avvocato generale, successivamente al Trattato di Lisbona, in ordine agli investimenti provenienti da paesi terzi che consentono una partecipazione o un controllo effettivi di un'impresa, l'UE ha una competenza esclusiva in tema di politica commerciale comune (e, dunque, gli Stati membri non possono intraprendere azioni unilaterali) e una competenza concorrente sul mercato interno in materia di libera circolazione dei capitali (e, pertanto, gli Stati membri possono agire, a meno che la loro azione sia impedita da misure adottate a livello dell'Unione).

Il regolamento europeo sul controllo degli investimenti esteri diretti è, secondo l'Avvocato generale, una creatura strana, una specie di ornitorinco: è stato adottato quale misura di politica commerciale comune, ma, contrariamente ai regolamenti adottati in una materia di competenza esclusiva, non pone norme vincolanti e non istituisce un meccanismo comune di controllo degli FDIs, operando invece un'armonizzazione parziale delle normative nazionali esistenti e autorizzando gli Stati a introdurre una propria disciplina. Ciò perché esso è volto a colmare il divario tra le competenze concorrenti concernenti la disciplina degli investimenti esteri diretti nella prospettiva del mercato interno e l'approccio uniforme agli IED, nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune. In pratica, l'intenzione armonizzante di tale regolamento mira a ripristinare la legittimità dei meccanismi di controllo degli IED che erano stati introdotti in alcuni Stati membri prima del Trattato di Lisbona, con ciò sanando la loro posizione, compromessa a seguito dell'entrata in vigore di tale Trattato. Si è pertanto optato per un meccanismo decentralizzato di controllo sugli IED, che rinvia alle scelte normative effettuate dagli Stati membri, limitandosi a fissare una comune cornice.

Precisata la genesi del regolamento, l'interrogativo è se esso possa trovare applicazione al caso di specie. La Commissione, in virtù della libertà di stabilimento, è per la non applicabilità, dal momento che il soggetto che intende operare l'investimento non è di un paese terzo, ma è una società che ha sede nell'Unione: si può risalire alla società controllante soltanto in via eccezionale, nell'ipotesi di elusione dei meccanismi di controllo. Il governo italiano invece è in favore dell'applicabilità, poiché il regolamento sugli IED si riferirebbe anche agli investimenti esteri diretti "indiretti" e, cioè, agli investimenti operati da una società che ha sede nell'Unione, ma che è controllata da un investitore di un paese terzo. Ciò che conta, pertanto, non è la sede della società che effettua l'acquisizione, ma il soggetto che acquisisce il controllo dell'impresa dell'Unione.

L'Avvocato generale sostiene che «accettare la posizione della Commissione e basarsi unicamente sul criterio formale della sede di una società, senza tener conto del soggetto che acquisisce il controllo dell'impresa oggetto di investimento mediante una determinata operazione, equivarrebbe a trascurare tanto la realtà degli affari, quanto lo scopo del controllo degli investimenti esteri diretti». E, d'altra parte, come si potrebbe verificare l'eventuale elusione dei meccanismi degli investimenti se si sostiene di non poter applicare il regolamento? «L'atto stesso di accertare l'elusione di un meccanismo di controllo richiede il controllo di una determinata operazione in capitale. In altri termini, un'operazione deve anzitutto rientrare nell'ambito di applicazione del regola-

mento sul controllo degli IED per determinare se essa miri effettivamente a eludere i meccanismi o le decisioni di controllo».

A suo avviso, «il regolamento sul controllo degli IED mira proprio a impedire l'eventuale controllo da parte di un paese terzo nel caso in cui si ritenga che uno specifico investimento costituisca una minaccia per la sicurezza o l'ordine pubblico. Suggerisco pertanto alla Corte di riconoscere che anche gli investimenti esteri diretti "indiretti", realizzati tramite un'impresa stabilita nell'Unione, possono rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento sul controllo degli IED, qualora detti investimenti consentano all'investitore estero di ottenere il controllo dell'impresa acquisita». Ovviamente, i controlli degli Stati membri non devono oltrepassare la proporzionalità della misura nell'esercizio dei poteri speciali, in modo da comportare il minimo sacrificio possibile alle quattro libertà del mercato dell'Unione e da non scoraggiare gli investimenti esteri diretti. La limitazione delle libertà fondamentali, inoltre, è plausibile soltanto a seguito di una adeguata giustificazione e motivazione, con particolare grado di protezione per la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico [19].

E, sulla base dei materiali processuali, ella ha concluso che il governo ungherese non abbia soddisfatto né il criterio dell'adeguata motivazione né quello della proporzionalità della misura adottata.

In sostanza, il ragionamento dell'Avvocato generale è stato meno formalistico e più pragmatico. Dall'anno in cui fu adottato il regolamento (UE) 2019/452, dividono una manciata di anni, ma sembra trascorso molto più tempo: vi è stata la lunga pandemia e si è scatenata la guerra in Ucraina, con le aree dell'Estremo Oriente e dell'Africa in grave fibrillazione. Come si è accennato in precedenza, è allo studio, proprio sulla base delle considerazioni che precedono, una proposta di regolamento volta a estendere l'area dell'approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche nell'Unione (tra le quali, ovviamente, non sono contemplate quelle per l'edilizia).

Certo, si ripete, non si può imputare a un giudice di non aver tenuto conto degli elementi politici di contesto.

5. L'impatto sulla disciplina italiana del *golden power*

Sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo, si produce un effetto diretto della sentenza della Corte di giustizia sulla disciplina italiana, per cui la giurisprudenza amministrativa ne terrà conto e vi potranno essere riflessi [20], anche se, come si preciserà nel prosieguo, le conseguenze potrebbero essere meno dirompenti di quanto possa apparire *prima facie*.

La disciplina italiana in materia, come è noto, ha conosciuto, soprattutto a seguito delle crisi pandemica e ucraina, una estensione significativa dell'applicazione del *golden power*, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo [21]. Ci si è interrogati spesso circa la compatibilità della disciplina nazionale

[19] Anche su questo punto si rinvia ad A. PÉREZ, *The Court of Justice draws a line in the sand for foreign investment screening: ruling in* Xella Magyarország *C-106/22*, cit.

[20] Interessanti, sul profilo soggettivo, le considerazioni svolte già un anno e mezzo fa da D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *Annali AISDUE*, 4 gennaio 2022.

[21] Si rinvia, su tali profili, tra gli altri, ad A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione europea*

con le libertà economiche poste a livello euro-unitario e, come è noto, la giurisprudenza amministrativa italiana ha fornito un responso positivo all'interrogativo [22]. La pronuncia della Corte di giustizia ripropone il tema da un'altra angolazione.

Dal punto di vista soggettivo, sia l'art. 1 (difesa, sicurezza nazionale, ordine pubblico) sia l'art. 2 (servizi essenziali di interesse generale, servizi economico-finanziari e altri settori inerenti l'approvvigionamento strategico) del decreto-legge n. 21/2012, come integrati e modificati nel corso dell'ultimo triennio, sono destinati a un ridimensionamento, dal momento che entrambi contengono disposizioni circa l'ambito soggettivo che potrebbero essere in contrasto con il contenuto della sentenza della Corte.

Innanzitutto, entrambi gli artt. sono costruiti nel seguente modo: vi sono commi iniziali che stabiliscono standard per controlli sulle operazioni di acquisizione, senza precisare l'ambito soggettivo di applicazione; vi sono poi commi in cui si richiedono controlli più stringenti per acquisizioni operate da società di paese estero. Proprio da quest'ultimo tipo di disposizioni si percepisce che i commi precedenti hanno invece un'applicazione estesa sia ad aziende di paese estero sia a imprese di Stato membro dell'Unione.

Si guardi, in particolare, all'art. 2 del citato decreto-legge, il quale si sofferma nel dettaglio sul profilo soggettivo.

Il comma 2-*bis*, aggiunto con il cd. d.-l. Liquidità, stabilisce che «Qualsiasi delibera, atto od operazione, adottato da un'impresa che detiene uno o più degli attivi individuati ai sensi del comma 1-*ter*, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi a favore di un soggetto esterno all'Unione europea, di cui al comma 5-*bis*, ovvero, nei settori individuati nel secondo periodo del comma 5, *anche a favore di un soggetto appartenente all'Unione europea, ivi compresi quelli stabiliti o residenti in Italia* [corsivo nostro], comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi, ovvero che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea, è notificato, salvo che l'operazione sia in corso di valutazione o sia già stata valutata ai sensi del comma 5, entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione, alla Presidenza del Consiglio dei ministri dalla stessa impresa».

Si veda anche il comma 5 del citato art. 2 del d.l. n. 21/2012 (richiamato dal comma 2-*bis*), il quale prevede che «Nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo, sono soggetti all'obbligo di notifica di cui al primo periodo anche gli acquisti, a qualsiasi titolo, di partecipazioni *da parte di soggetti appartenenti all'Unione europea, ivi compresi quelli residenti in Italia* [corsivo nostro] (…)».

Ma il comma più rilevante è certamente il 5-*bis*, il quale precisa che «Per le finalità di cui all'art. 1 e al presente articolo, *per soggetto esterno all'Unione europea si intende* [corsivi nostri]:

---

nella pandemia, con particolare riferimento al golden power, in *Dir. pubbl.*, 2021, 405 ss.; ID., *La febbre del* golden power, cit., p. 743 ss.

[22] Nel noto caso Vivendi-TIM: TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2022, n. 11508; confermata da Cons. St., sez. IV, 5 luglio 2023, n. 6575. Per un commento a tale caso si v., tra gli altri, T. DI PROSPERO, Golden power *tra compatibilità sovranazionale e parallelismi d'intervento pubblico*, cit., p. 395 ss.

a) qualsiasi persona fisica che non abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea;

b) *qualsiasi persona fisica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che non abbia la residenza, la dimora abituale ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea* o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita;

c) *qualsiasi persona giuridica che non abbia* la sede legale o dell'amministrazione ovvero *il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea* o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita;

d) *qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una* persona fisica o da una persona giuridica di cui alle lettere a), b) e c);

e) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto».

La nozione italiana di soggetto estero sul controllo degli IED pare pertanto non in linea con la nozione ristretta espressa dalla sentenza della Corte di giustizia. Questo spiega la ragione per cui il governo italiano ha espresso la sua posizione in seno al contenzioso e ciò fa presumere che tale pronuncia possa indurre a una riflessione circa l'ambito soggettivo di applicazione della normativa italiana, in assenza di copertura della disciplina euro-unitaria, per come interpretata dalla Corte di giustizia.

Quest'ultima, difatti, ammette il controllo sugli IED in caso di azienda con sede nell'Unione in via eccezionale, nell'ipotesi di elusione dell'apposita disciplina europea e nazionale.

D'altra parte, i poteri di controllo amministrativo sugli IED hanno conosciuto una espansione forse eccessiva nel corso dell'ultimo triennio, sproporzionata rispetto all'effettivo esercizio dei poteri speciali da parte del governo: si pensi che, nel 2022, sono state superate le seicento notifiche alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ma soltanto nel 4% dei casi vi è stato un effettivo esercizio dei poteri speciali[23]. La sentenza della Corte di giustizia potrebbe produrre un effetto calmierante rispetto alla crescita esponenziale delle notifiche in tema di *golden power*.

C'è però da chiedersi come possa funzionare concretamente, in Italia, il meccanismo identificato dalla Corte di giustizia. Posto che, a questo punto, a regime, la società dell'Unione non sembrerebbe più soggetta all'obbligo di notifica prescritto dalla normativa italiana (con la conseguente impossibilità di irrogazione di sanzione per mancata notifica), come si farà a valutare l'eventuale elusione del controllo sugli IED? Dovrà operare d'ufficio la Presidenza del Consiglio dei ministri? E, laddove si vietasse l'acquisizione per elusione, sarebbe irrogabile la sanzione contemplata dalla disciplina nazionale?

[23] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione annuale al Parlamento sull'esercizio del* golden power *nel corso del* 2022.

In realtà, come si accennerà in conclusione, la sentenza non sembra aver modificato molto nella prassi.

Essa ha però accentuato il grado di incertezza attuativa. Sicché, almeno l'art. 2, comma 5-*bis*, del d.l. n. 21/2012 andrebbe forse ripensato, dovendosi attendere che la giurisprudenza amministrativa italiana possa seguire il solco della sentenza sul caso *Xella*. Si tratta, comunque, di una situazione magmatica, che richiederebbe un intervento chiarificatore, anche da parte delle istituzioni europee.

6. Considerazioni conclusive

C'è un importante positivo punto fermo nella pronuncia della Corte di giustizia: è quello della proporzionalità della misura adottata e dell'assolvimento dell'obbligo di adeguata motivazione al fine di provare la giusta misura del potere esercitato dal governo. Per giustificare una limitazione dell'investimento estero diretto, in pratica, deve essere rinvenuta una adeguata e seria minaccia agli interessi strategici nazionali.

Questa parte della pronuncia (anche le conclusioni dell'Avvocato generale si erano mosse nella medesima direzione) identifica puntuali standard sotto il profilo oggettivo e procedurale. Al proposito, sulla base della distinzione operata dalla sentenza, vi è anche da ragionare se non si possa ipotizzare l'esercizio di un controllo di proporzionalità più o meno intenso a seconda se il soggetto che interessato all'acquisizione sia un investitore estero *tout court* ovvero un soggetto UE controllato da un'impresa extra-UE.

Le considerazioni della Corte sulla proporzionalità della misura adottata dal governo nell'esercizio dei poteri speciali, tra l'altro, sono suscettibili di avere un effetto riflesso anche sugli orientamenti della giurisprudenza italiana, dal momento che molto si discute in ordine alla natura del provvedimento del governo, quando esso si pronunci nel senso dell'imposizione del veto oppure di prescrizioni e/o condizioni. Quanto statuito dai giudici di Lussemburgo pare andare nella direzione dell'esclusione della natura di atto politico della delibera del Consiglio dei ministri e porre una serie di vincoli procedurali e di principio anche alla qualifica di atto di alta amministrazione, poiché, se il provvedimento deve rispondere a proporzionalità e deve essere adeguatamente motivato, il successivo sindacato giurisdizionale non può essere eccessivamente limitato. Un controllo giurisdizionale penetrante, come dimostra anche il caso ungherese, funge da necessario frangiflutti alla "discrezionalità politica", da un lato, e da opportuna garanzia per i principi e le libertà economiche euro-unitarie, dall'altro.

Ciò posto, si è detto che la pronuncia rileva soprattutto sotto il profilo soggettivo.

Gli investimenti esteri diretti sottoponibili a controllo sono soltanto quelli operati direttamente da una società di un paese estero all'Unione oppure sono ammissibili anche i controlli nazionali sugli investimenti esteri diretti "indiretti"?

Secondo la Corte, il caso attiene alle regole del mercato interno e va risolto sulla base del principio della libertà di stabilimento (in ordine al quale, il margine degli Stati membri è ovviamente ridottissimo), con la conseguenza per la quale la Xella è, a pieno titolo, una società dell'Unione, non trovando applicazione il regolamento (UE) 2019/452. Soluzione lineare e corretta sul piano dell'esegesi giuridica dei Trattati.

Vi è da chiedersi, tuttavia, quale sia il crinale tra le regole del mercato euro-unitarie e la tutela della sicurezza nazionale e dell'esigenza strategica di approvvigionamento di materie prime critiche degli Stati membri. Sotto questo profilo, fondamentale è ancora una volta l'elemento oggettivo, al fine di verificare se si concretizzi una genuina e adeguatamente seria minaccia a un fondamentale interesse della collettività.

Ne deriva che l'elemento oggettivo finisce comunque per riflettersi sui limiti soggettivi. Si consideri, su tali basi, il seguente esempio: sarebbe ammissibile, allo stato, l'acquisizione di semiconduttori da parte di una società avente sede in Italia o comunque nell'Unione, ma indirettamente in controllo di una società cinese, laddove non vi siano elementi concreti per provare l'elusione della disciplina europea relativa ai controlli sugli IED?

La risposta è negativa, dal momento che, come detto, residuano ovviamente spazi di azione, per gli Stati membri, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE e art 346 TFUE, a tutela della sicurezza nazionale e degli approvvigionamenti essenziali, per evitare che si produca un serio nocumento agli interessi strategici nazionali, in questo frangente di trasformazione sul piano geopolitico.

Si ragioni su un altro caso, meno ipotetico, perché concretizzatosi negli anni scorsi e risolto dal giudice amministrativo italiano. Una società svizzera, Syngenta, controllata dalla società cinese ChemChina, acquista la società romagnola Verisem, leader del settore agroalimentare. Il governo Draghi pone il veto all'acquisizione e il TAR Lazio e il Consiglio di Stato confermano la legittimità dell'esercizio dei poteri speciali, in virtù dell'esigenza di tutela degli attivi strategici [24].

Il giudice amministrativo, dopo la sentenza *Xella Magyarország*, risolverebbe oggi in modo diverso la controversia?

Anche in questa ipotesi la risposta da dare potrebbe essere negativa, perché vi potrebbe essere la possibilità di dimostrare la proporzionalità della misura protettiva adottata e motivarne l'esigenza.

Per cui le reali conseguenze della pronuncia non sembrano, di fatto, radicali.

Vi è però che la sentenza della Corte di giustizia pare aver accentuato il grado di incertezza che investe oggi gli IDE.

La pronuncia potrebbe dare l'abbrivio a un nuovo periodo per il *golden power* italiano, di parziale ridimensionamento della "febbre" derivante dalle reiterate crisi degli ultimi anni [25]. Le coordinate di questa diversa età, tuttavia, paiono ancora da definire nel dettaglio, anche perché i dati della realtà effettuale e quelli normativi, sia a livello europeo sia in campo nazionale, stanno andando, come si è mostrato innanzi, in tutt'altra direzione.

È necessaria, dunque, un'attenta riflessione, da parte delle istituzioni nazionali, ma anche di quelle europee. Stiamo attraversando un'epoca che richiede un costante adattamento ordinamentale alle repentine trasformazioni in corso e la ricerca di un nuovo equilibrio sul piano delle scelte politiche non può essere caricata sulle spalle di un giudice, seppure *sui generis* come quello euro-unitario.

[24] TAR Lazio, sez. I, 13 aprile 2022, n. 4488; Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

[25] Sia consentito rinviare, in tal senso, ad A. SANDULLI, *La febbre del* golden power, cit., p. 743 ss.

Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato

Average consumer, bounded rationality and market regulation

di *Andrea Magliari*[*]

ABSTRACT

Con ordinanza n. 8650/2022, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire se la nozione di "consumatore medio" di cui alla direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette debba riferirsi al consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto ovvero se non debba essere piuttosto formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza e, perciò, rimandare non solo alla nozione classica dell'"*homo oeconomicus*", ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata, così come recepite dalla c.d. *Behavioral Law and Economics*, secondo cui le persone agiscono sulla base di condizionamenti esogeni e *bias* cognitivi astrattamente in grado di portare a decisioni "irragionevoli" se parametrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento e avveduto.
A fronte di tale prospettazione, il presente contributo intende ragionare criticamente sulla nozione di "consumatore medio" nel più ampio quadro della costituzione economica europea e, in particolare, delle coordinate teoriche che fanno da sfondo alla regolazione dei mercati e alla tutela della concorrenza all'interno del mercato unico. Sulla base di tali considerazioni risulterà possibile riflettere sul significato e la portata da attribuire alla nozione di razionalità limitata e al suo impatto sulla capacità di scelta individuale nel quadro della tutela consumeristica offerta dalle direttive europee e dal nostro Codice del consumo.

*In its Order No. 8650 of 2022, the Italian Council of State asked the European Court of Justice whether the 'average consumer' referred to in Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices must be understood as a consumer who is normally informed and reasonably observant and circumspect, or whether it should be formulated with reference to the best science and experience, and consequently referred not only to the neoclassical notion of "*homo oeconomicus", *but rather to the most recent theories on bounded rationality, as elaborated by the Behavioral Law and Economics, according to which people act on the basis of exogenous conditioning and cognitive biases abstractly capable of leading to 'unreasonable' decisions if compared to those that would be taken by a "rational" subject.*
In view of such prospect, this contribution intends to critically examine the notion of 'average consumer' in the broader framework of the European economic constitution and, in particular, of the theoretical framework that form the backdrop to the regulation of markets and the protection of competition within the single market. Building on these considerations, it will be possible to reflect on the meaning and scope to be attributed to the notion of bounded rationality within the framework of consumer protection offered by the European directives and the Italian Consumer Code.

[*] Ricercatore t.d. B) di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento.

COMMENTO A CONSIGLIO DI STATO, VI, ORDINANZA DEL 10 OTTOBRE 2022, N. 8650

Estratto

«*Il presupposto implicito della contestazione mossa dall'AGCM sembra muovere da una nozione di consumatore medio inteso come consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, ma sembra tener opportunamente conto delle teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie prendendo decisioni "irragionevoli" se parametrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto. […]*

Vanno dunque rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 Tfue, i seguenti quesiti pregiudiziali:

*a) se la nozione di consumatore medio di cui alla direttiva 2005/29/CE, inteso come consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, per la sua elasticità e indeterminatezza non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza, e di conseguenza rimandi non solo alla nozione classica dell'"*homo oeconomicus*", ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscano spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni 'irragionevoli' se parametrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento e avveduto, acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi;*

*b) se possa essere considerata di per sé aggressiva una pratica commerciale nella quale, a causa dell'incorniciamento delle informazioni (*framing*), una scelta possa apparire come obbligata e senza alternative tenendo conto dell'art. 6, par. 1, della direttiva citata, che considera ingannevole una pratica commerciale che in qualsiasi modo inganni o possa ingannare il consumatore medio anche nella sua presentazione complessiva* […]».

SOMMARIO: Introduzione: la nozione di "consumatore medio". – 2. Il caso, la giurisprudenza amministrativa e i quesiti sollevati dal giudice del rinvio. – 3. Il "consumatore medio" e la regolazione del mercato. – 4. Tutela del consumatore, disciplina della concorrenza e mercato unico. – 5. Il consumatore medio tra *homo oeconomicus, homo heuristicus* e *homo consumens.*

1. Introduzione: la nozione di "consumatore medio"

È piuttosto infrequente imbattersi, spigolando tra la giurisprudenza commentata, in note critiche a ordinanze di rinvio alla Corte di Giustizia o alla Corte costituzionale prima ancora che queste ultime abbiano potuto statuire sulla questione oggetto di rinvio. Quando tuttavia ciò avviene è perché, presumibilmente, il contenuto dell'ordinanza, il modo in cui essa prospetta la questione controversa o ricostruisce un certo istituto giuridico, appare sin da subito – e forse anche a prescindere dalla statuizione di principio attesa – meritevole di una qualche autonoma considerazione.

Tale appare il caso che si intende qui esaminare. Con ordinanza n. 8650/2022, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha sollevato diverse questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia, vertenti in buona sostanza sulla interpretazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori [1]. Come noto, con tale direttiva – recepita

[1] Sul punto, la letteratura – specie civilistica – è amplissima: cfr. almeno E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007; G. DE CRISTOFARO (a cura di), Le "*pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007;

nel nostro ordinamento all'interno del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), agli artt. 20 ss. – il legislatore europeo ha inteso introdurre alcune norme di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri volte a contrastare e a sanzionare quelle condotte che, poste in essere da un professionista nell'esercizio di attività di promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori, risultano in grado di ledere *direttamente* gli interessi economici dei consumatori e *indirettamente* gli interessi economici dei concorrenti legittimi all'interno del mercato unico [2].

Il punto focale dell'ordinanza [3] – e, così, di queste brevi riflessioni – è costituito dall'interpretazione del concetto di *consumatore medio*, assunto dalla direttiva europea e dal nostro Codice del consumo come parametro normativo su cui misurare la liceità/illiceità di una pratica commerciale rispetto all'interesse alla salvaguardia della libertà di scelta dei consumatori.

Si rammenta, infatti, che, ai sensi dell'art. 5(2) della direttiva, «una pratica commerciale è sleale se: *a*) è contraria alle norme di diligenza professionale, e *b*) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio». Il tratto che consente di qualificare come "sleale" il comportamento tenuto dal professionista risiede, oltre che nella contrarietà alle norme di diligenza professionale, nella sua attitudine a incidere in modo determinante sui processi decisionali attraverso i quali i consumatori giungono a elaborare le proprie scelte di mercato, ossia nella sua idoneità «ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» [4]. Il consumatore *medio* costituisce, in altri termini, lo standard di valutazione dell'antigiuridicità della condotta di un'impresa ai fini dell'applicazione delle misure di protezione – anzitutto di carattere pubblicistico [5] – poste dal legislatore sovranazionale a tutela dei consumatori e del mercato.

ID., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1079; N. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2010, 3, p. 671; M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè, Milano, 2016; G. ALPA-A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, il Mulino, Bologna, 2016; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 195. Nella dottrina straniera, per tutti, G. HOWELLS-H.W. MICKLITZ-T. WILHELMSSON (eds.), *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practice Directive*, Routledge, London, 2006.

[2] Cfr., in tal senso, il considerando n. 6, direttiva 2005/29/CE.

[3] Su cui si v. il commento di C. BONA-N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di Palazzo Spada*, in *Foro it.*, 2022, 11, pt. III, c. 542; E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra* homo oeconomicus *e* homo heuristicus, in *Accademia-Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani*, 2023, 1, p. 77; F. TRUBIANI, *Le incerte sorti del "consumatore medio" tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, *Ibidem*, p. 101.

[4] Art. 2, lett. *e*), direttiva 2005/29/CE.

[5] Si deve, invero, constatare come – nonostante la materia abbia attirato prevalentemente l'attenzione della dottrina civilistica, e solo in minima parte di quella giuspubblicistica – la direttiva 2005/29/CE sia stata originariamente concepita per regolamentare il comportamento di mercato dei professionisti sulla base di misure di *enforcement* pubblicistiche volte a regolare, attraverso la previsione di poteri inibitori e sanzionatori dell'autorità amministrativa, la condotta del professionista sul mercato, a beneficio della generalità di tutti i suoi attori. Lo nota, ad esempio, M.S. SPOLIDORO, *Correttezza professionale*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Jovene, Napoli, 2018, p. 401, il quale osserva come concorrenza sleale, diritto *antitrust* e pratiche commerciali scorrette siano discipline che impongono al professionista «doveri che valgono a prescindere dall'esistenza di un correlativo diritto soggettivo o di una pretesa di una o più persone individuate e

Ma se, per un verso, tale nozione, insieme a quella di "consumatore", costituisce uno dei temi su cui si è maggiormente profusa la dottrina civilistica degli ultimi decenni [6], per altro verso deve constatarsi come l'ordinanza in commento introduca, per la prima volta nel nostro diritto giurisprudenziale, una riflessione compiuta che, muovendo dalle elaborazioni teoriche della psicologia cognitiva e dell'economia comportamentale, giunge a elevare la teoria della razionalità limitata e i suoi corollari a canone ermeneutico integrativo della disciplina normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, e a prefigurare al giudice sovranazionale la necessità di una rilettura critica del parametro del consumatore medio.

Su tale prospettazione, sulle sue implicazioni in punto di modalità di esercizio del potere repressivo da parte dell'autorità amministrativa, nonché sulla coerenza di tale impostazione rispetto alle coordinate assiologiche e normative che fanno da sfondo al diritto (europeo) dei consumatori, conviene dunque provare a riflettere nelle pagine che seguono. Ciò nella consapevolezza che, sebbene trattasi di questioni che stanno già da diversi anni al centro del dibattito giusprivatistico, qualche spazio (forse non del tutto marginale) residua anche per una riflessione che, nel ri-constatare come la materia della concorrenza sleale e delle pratiche commerciali scorrette rivesta un'indubbia rilevanza giuspubblicistica [7], assuma, non diversamente da quanto già avviene da tem-

---

sono riferiti alle condizioni di accesso e di svolgimento dell'attività economica sul mercato». Del medesimo avviso, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 2 ss., ove si sottolinea come la disciplina in questione sia orientata alla dimensione macroeconomica del mercato, piuttosto che alla regolazione del singolo rapporto di consumo.

[6] Le nozioni di "consumatore" e di "consumatore medio" appaiono tra le più dibattute nella dottrina civilistica. Lo testimonia l'amplissimo numero di contributi a esse dedicati e di cui, in questa sede, non sembra certo possibile rendere compiutamente conto: oltre alla letteratura citata nel prosieguo del lavoro, ci si limita qui a rinviare, *ex multis*, a S. PAGLIANTINI, *Il consumatore «frastagliato». Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie*, Pacini, Pisa, 2021; ID., In memoriam *del consumatore medio*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, p. 1; A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali scorrette*, Giappichelli, Torino, 2021; S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovra indebitato/esdebitato*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 619; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 318; V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di* de minimis *nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, in V. MELI-P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011; F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 22; L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi (soggetti, contratti, rimedi)*, Giappichelli, Torino, 2015; EAD., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 3, p. 685; N. ZORZI, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, p. 549; F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 1057; C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 747; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 59 ss. Nella letteratura straniera, cfr. almeno S. WEATHERILL, *Who is the "Average Consumer"?*, in S. WEATHERILL-U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 115; H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 859.

[7] Al punto che – come osserva M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 46 – «gran parte della materia della concorrenza sleale è ormai divenuta anch'essa, come l'*antitrust*, diritto amministrativo».

po per la disciplina *antitrust*[8], come prospettiva di analisi quella del diritto amministrativo e del diritto pubblico dell'economia[9].

2. Il caso, la giurisprudenza amministrativa e i quesiti sollevati dal giudice del rinvio

Ai fini che qui più rilevano, la vicenda sottesa all'ordinanza in commento può essere riassuntivamente ricostruita come segue. Nel 2019, l'AGCM ha accertato e sanzionato la sussistenza di una pratica commerciale aggressiva da parte di un istituto di credito specializzato nel credito al consumo per aver offerto alla propria clientela polizze assicurative legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore (non direttamente collegati al rischio di credito) in abbinamento a prodotti di finanziamento. Sebbene, cioè, la sottoscrizione della polizza assicurativa non costituisse un presupposto per conseguire il finanziamento richiesto, né per ottenerlo a condizioni più favorevoli, l'AGCM ha ritenuto che il comportamento concretamente tenuto dall'intermediario finanziario costituisse un «condizionamento, di fatto, della concessione a favore dei consumatori di finanziamenti diversi dal mutuo (prestiti personali) alla sottoscrizione da parte degli stessi di coperture assicurative» correlate ad eventi estranei al credito. Più precisamente, si rileva che se, per un verso, l'abbinamento delle offerte di prodotti finanziari e assicurativi è consentito dal diritto europeo (in particolare, dalla direttiva UE 2016/97), per altro verso, sa-

---

[8] Come ben testimoniano i tanti contributi di autorevole dottrina amministrativistica raccolti in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, t. I, Giappichelli, Torino, 2010.

[9] Del resto, che il tema della tutela dei consumatori – in quanto strettamente connesso alla tutela della concorrenza e alla regolazione del mercato e delle libertà economiche che in esso si svolgono – rivesta un'indubbia rilevanza anche sul piano giuspubblicistico è acquisizione da tempo nota in letteratura, così come messo in luce, tra i primi, da R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Consumatore (protezione del) – Dir. amm.*, in *Digesto (disc. Pubbl.)*, vol. III, Utet, Torino, 1989, p. 517 ss.; G.F. CARTEI, *Consumatore (tutela del)*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. spec., t. II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 631; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998, *passim*, spec. p. 16, per il quale «la posizione del consumatore, nell'ambito della disciplina antitrust, si palesa (…) elemento decisivo per la sistemazione complessiva di quello che potremmo chiamare diritto amministrativo della concorrenza».

Si deve, peraltro, constatare come, se si esclude l'attenzione dedicata alla questione del riparto delle competenze tra AGCM e autorità di settore (su cui, per tutti, M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, p. 698 ss.; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 954) ovvero, più recentemente, al problema della legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori e dei singoli consumatori-utenti (su cui, in particolare, S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1, p. 40; S. FRANCA, *Il "doppio binario" di legittimazione alla prova dell'Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1029), la dottrina amministrativistica più recente abbia dedicato assai poca attenzione al tema della tutela dei consumatori, e ciò in evidente contrasto con l'ampia consapevolezza mostrata, invece, dalla dottrina civilistica circa la dimensione autoritativa e pubblicistica della disciplina consumeristica. Fa eccezione, per la particolare attenzione dedicata al tema del consumo nella prospettiva dell'intervento dei pubblici poteri, lo studio di F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo, Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Giuffrè, Milano, 2009.

rebbero proprio le modalità con cui sono state "etichettate" le informazioni alla clientela – e, in particolare, la contiguità temporale fra mutuo e assicurazione – ad aver indotto il consumatore a ritenere di dover necessariamente sottoscrivere, unitamente al finanziamento, anche la polizza assicurativa.

Per l'Autorità, tale pratica, facendo leva su un tipico *bias* cognitivo (il c.d. effetto *framing*), configurerebbe un'ipotesi di «abbinamento forzoso» capace di incidere sulla libertà negoziale del cliente e, perciò, ai sensi di quanto disposto dall'art. 24 del Codice del consumo, di limitare la sua libertà di scelta o di comportamento, inducendolo ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. L'indebito condizionamento posto in essere dall'impresa assurge, così, per l'AGCM, a una sostanziale coartazione della volontà del consumatore all'acquisto delle polizze e, in definitiva, a una pratica commerciale aggressiva.

Con sentenza n. 9516/2021, la prima sezione del TAR del Lazio ha ritenuto infondato il ricorso promosso dall'istituto di credito ritenendo non irragionevoli, né viziate da travisamento le valutazioni compiute dall'AGCM. Per il giudice di prime cure, d'altronde, nelle ipotesi in esame «l'Autorità, sulla base dell'ampio potere discrezionale di cui dispone, anche relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento, è chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte, ma anche la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione» [10]. Aderendo all'orientamento giurisprudenziale consolidato [11], il TAR ha sostenuto che, ai fini della configurabilità dell'illecito, non occorre dare prova degli effetti in concreto della condotta del professionista, essendo invece «sufficiente che, sulla base di un giudizio prognostico, la stessa sia ritenuta idonea ad incidere potenzialmente sulle scelte dei consumatori»; del resto, nell'assetto di interessi disciplinato dalla direttiva 2005/29 e dal Codice del consumo, le norme poste a tutela del consumo delineano una fattispecie "di pericolo", proprio in quanto risultano intese a prevenire le possibili distorsioni delle iniziative commerciali nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale. Ne consegue che «non può essere richiesto all'Autorità di dare contezza del maturarsi di un pregiudizio economico per i consumatori, essendo sufficiente la potenziale lesione della loro libera determinazione» [12]. Secondo giurisprudenza costante, infatti, il carattere aggressivo della pratica commerciale deve «essere valutato *ex ante*, a prescindere dal dato di fatto concreto, variabile per le più svariate ragioni, soggettive e oggettive, legato all'esito concretamente lesivo prodotto dalla condotta del professionista», così che l'effettiva incidenza della pratica sulle scelte dei consumatori «non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa» [13].

Parametro e limite della tutela è, come già osservato, il *consumatore medio*. Ed è su questo che si appunta la riflessione del giudice d'appello, chiamato a decidere sull'impugnazione proposta dalla società ricorrente.

---

[10] TAR Lazio, Roma, I, 6 settembre 2021, n. 9516.

[11] Sui primi orientamenti del giudice amministrativo, poi ampiamente confermati dalla prassi giurisprudenziale successiva, cfr., per tutti, M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Federalismi.it*, n. 15/2009, con ampi richiami giurisprudenziali.

[12] TAR Lazio, Roma, n. 9516/2021, cit. Ma cfr. altresì TAR. Lazio, Roma, I, 6 febbraio 2017, n. 1877.

[13] TAR Lazio, Roma, n. 9516/2021, cit. Nello stesso senso, *ex multis*, Cons. Stato, VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; TAR Lazio, Roma, I, 24 aprile 2018, n. 4571.

In proposito, occorre infatti anzitutto notare come sinora il nostro giudice amministrativo si sia per lo più limitato a richiamare apoditticamente la definizione di fonte sovranazionale (che, come noto, qualifica il consumatore medio come il soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici» [14]), senza interrogarsi criticamente circa la effettiva consistenza e portata da attribuire alla nozione in parola [15]. Prendendo le mosse dagli studi di psicologia cognitiva e di *behavioral economics*, il giudice del rinvio si chiede, invece, tra le altre cose, se il modello di "consumatore medio" comunemente impiegato dalla giurisprudenza (europea e nazionale) e dalla stessa AGCM non rifletta l'adesione a una teorica, quella dell'*homo oeconomicus* intrinsecamente razionale e portato a compiere scelte in grado di massimizzare l'utilità attesa, che deve ritenersi oggi superata alla luce delle acquisizioni scientifiche (invero non più così recenti [16]) che hanno dimostrato come l'agire dell'uomo, anche all'interno del mercato, sia in realtà guidato da una *razionalità limitata*. Secondo tale impostazione – rileva il giudice – i processi decisionali sarebbero sempre influenzati da diversi fattori distorsivi (i c.d. *bias* cognitivi) che portano l'individuo a compiere scelte sub-ottimali, lontane dal paradigma razionalistico su cui si fondano i modelli economici tradizionali.

Nel caso in questione sarebbe d'altronde palese la distorsione della libertà di scelta del consumatore provocata dalla pratica di "incorniciamento" delle informazioni offerte al pubblico messa a punto dal professionista (c.d. effetto *framing*); siffatta condotta – l'aver, cioè, presentato i due prodotti come "abbinati" – avrebbe, in assenza di una separazione temporale fra la stipula del finanziamento e la sottoscrizione della polizza, ingenerato nella clientela l'errata convinzione di dover necessariamente sottoscrivere la seconda al fine di ottenere il primo. Data tale premessa, la sesta sezione del Consiglio di Stato si domanda allora se tali considerazioni – che assumono, in buona sostanza, come dato di partenza quello della limitata razionalità della decisione e della esistenza di molteplici *euristiche* della decisione – non possano (o non debbano) essere poste alla base di una interpretazione "aggiornata" della nozione di consumatore medio e giustificare perciò un innalzamento della tutela consumeristica nel caso, sempre più frequente nelle attuali dinamiche di mercato, di pericolo di condizionamenti cognitivi. D'altronde, per il Consiglio di Stato, parametrando «la nozione di consumatore medio al distillato della nozione di razionalità limitata» si giungerebbe a ritenere «*per definizione* aggressiva una

[14] Cfr. il considerando n. 18, direttiva 2005/29, cit., recependo la definizione da principio coniata dalla Corte Giust. nella sentenza 16 luglio 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, punto 31, in cui – sollecitata dal giudice del rinvio tedesco a specificare a quale modello di "consumatore" si dovesse fare riferimento, se al «consumatore medio attento ed accorto oppure [a]l consumatore disattento ed acritico» – la Corte ha elaborato il criterio del «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», poi costantemente ripreso dalla giurisprudenza successiva (cfr., *ex multis*, Corte Giust., 12 giugno 2019, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, C-628/17, punto 30; Corte Giust., 13 settembre 2018, *Wind Tre e Vodafone Italia*, C-54/17 e C-55/17, punto 51; Corte Giust., 12 maggio 2011, *Ving Sverige*, C-122/10, punto 22 e giurisprudenza ivi riportata).

[15] Cfr., ad esempio, in tal senso Cons. Stato, VI, 2 luglio 2014, n. 3896; Cons. Stato, VI, 24 settembre 2012, n. 5070, in cui si afferma che l'AGCM ha correttamente assunto come parametro di giudizio «un tipo di consumatore né pienamente informato e avveduto, né completamente disinformato e sprovveduto, bensì normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto».

[16] Sul tema, cfr. *infra* par. 5.

pratica commerciale nella quale, a causa dell'incorniciamento delle informazioni (*framing*), una scelta appaia come obbligata e senza alternative» [17].

3. Il "consumatore medio" e la regolazione del mercato

Si è già anticipato che il riferimento al consumatore medio costituisce la chiave di volta della disciplina normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Tale parametro rappresenta lo standard di valutazione dell'antigiuridicità delle condotte del professionista e, al contempo, la "valvola" che consente di stabilire un giusto dosaggio tra l'intensità della tutela offerta al contraente debole del rapporto di consumo, d'un lato, e il livello di ingerenza dei pubblici poteri sulla libertà di iniziativa economica dell'impresa, dall'altro.

Per come costruita dal diritto europeo, quella del consumatore medio costituisce a ben vedere una soglia *de minimis* [18] della tutela consumeristica, giacché al di sotto di tale soglia, e fatte salve talune categorie di consumatori particolarmente vulnerabili [19], non sorgerebbe nemmeno un interesse o un'esigenza socialmente o economicamente apprezzabile meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Di qui l'assunto, su cui si avrà modo di tornare oltre, secondo cui nessuna tutela spetterebbe (e, specularmente, nessuna limitazione della libera iniziativa economica dell'impresa troverebbe adeguata giustificazione) in favore del consumatore sprovveduto, disinformato, disattento o ingenuo [20]: *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*.

Da una prospettiva regolatoria, è evidente l'apporto delle teorie di analisi economica del diritto a un tale approdo ermeneutico. Se, cioè, può astrattamente riconoscersi che l'intervento pubblico a tutela del consumatore, in quanto orientato a correggere un fallimento di mercato, è in grado di realizzare una migliore efficienza degli scambi, deve parimenti osservarsi che tale intervento rappresenta pur sempre un costo di transazione per il professionista. Tale costo, se sproporzionato, finirà poi per trasferirsi sul consumatore finale, e impattare negativamente sull'efficienza allocativa del mercato [21]. Il che ulte-

---

[17] Par. 28 della sentenza in commento [enfasi aggiunta].

[18] Come efficacemente osserva M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 3, «la *ratio* della direttiva europea in materia di pratiche commerciali sleali è rivolta alla correzione di distorsioni del mercato, costituite da comportamenti lesivi della libertà di scelta dei consumatori, che devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile (superare una sorta di soglia *de minimis*), per giustificare l'intervento dell'autorità amministrativa». Sul punto, cfr. altresì V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di* de minimis, cit., spec. p. 4 ss., per il quale il ricorso a una serie di nozioni giuridiche indeterminate rispecchia la volontà del legislatore di porre dei limiti alla massima tutela del consumatore.

[19] Si v. l'art. 5(3), direttiva 2005/29 e, nel nostro ordinamento, l'art. 20, comma 3, Codice del consumo. Sul punto, per tutti, E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 939.

[20] In tema, si v. le riflessioni di P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in AA.VV. *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Università Bocconi editore, Milano, 2014, p. 1387.

[21] Sul tema dei costi di transazione, per tutti, E.O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational contracting*, trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, FrancoAngeli, Milano, 1987; nonché, nella dottrina italiana, A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 221 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati ed analisi economica*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo. Annuario Aipda 2006*, Giuffrè, Milano, 2007,

riormente significa che, a ben vedere, la disciplina consumeristica di matrice eurounitaria espressamente regola non solo – come è immediatamente evidente – una conflittualità "verticale" tra imprese e consumatori, ma anche un conflitto "orizzontale", che si palesa tanto tra le imprese concorrenti, quanto all'interno della vasta ed eterogenea categoria dei consumatori: tra i soggetti più attenti e capaci e quelli più sprovveduti [22].

In questi termini, può per inciso ulteriormente osservarsi come sia stato proprio il diritto europeo ad aver contribuito in modo determinante a depotenziare la dimensione conflittuale tra le istanze della produzione e quelle del consumo [23], attraverso un'operazione di sostanziale assimilazione degli interessi dei consumatori a quelli dell'impresa sotto l'egida del pieno spiegamento della libertà economica all'interno del mercato [24].

Visti nell'ottica della regolazione amministrativa dei mercati, invero, tanto le imprese quanto i consumatori divengono "beneficiari" e, al contempo, "motori" della dinamica concorrenziale e del buon funzionamento del mercato [25]. È proprio in virtù di questa impronta ideologica d'altronde che, a livello sovranazionale, la tutela consumeristica sembra aver imboccato, più che la via della

---

p. 19 ss. Come noto, tale impostazione affonda le proprie radici nelle teoriche elaborate dalla c.d. Scuola di Chicago e, in particolare, da R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, I ed., Boston, 1973.

[22] Indicativa appare, in tal senso, l'osservazione di G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti? – Discussione*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, p. 383, secondo il quale «le modalità di tutela dei consumatori tarate sui consumatori più sprovveduti finiscono, in realtà, per danneggiare quelli più abili e accorti».

[23] Per una tale osservazione, si vedano le belle pagine di F. GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 38 ss.

[24] Su quest'ordine di riflessioni, cfr. il pensiero di Michel Foucault, il quale nelle celebri lezioni al Collége de France sulla nascita della biopolitica osservava come nella concezione neoliberale, l'*homo oeconomicus* non è più concepito, come avveniva invece nel pensiero liberale classico, quale partner di uno scambio. L' *homo oeconomicus* del pensiero neo-liberale diviene un *enterpreneur*, un «imprenditore di sé stesso» (M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*. *Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 186). Ciò, in quanto – come rileva lo stesso A. – al cuore del progetto pedagogico del neoliberalismo sta l'esigenza di fare di ogni singolo, di ogni «unità di base» della società, un soggetto imprenditoriale, ossia di «generalizzare, diffondendole e moltiplicandole, le forme "impresa"» (p. 131). Sul punto cfr. altresì, in senso critico, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, spec. p. 32, ove si osserva come ciò rifletta il passaggio da un sistema (quello emerso nel dopoguerra) che tentava di correggere le storture del mercato tutelando alcune categorie sociali sulla scorta dell'art. 3, comma 2 Cost. a un sistema tutto proteso a consentire al mercato di funzionare al meglio, rimediando semmai, in modo "omeopatico", ai suoi fallimenti. La concezione del consumatore come «imprenditore di sé stesso» è, del resto, insita nella ricostruzione proposta da A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore*, cit., spec. p. 26 ss., per il quale nel nostro ordinamento il fondamento costituzionale della tutela degli interessi dei consumatori andrebbe rinvenuto non tanto nei commi 2 e 3 dell'art. 41, quanto semmai nel primo comma del medesimo articolo, muovendo proprio dalla necessità di riconoscere, anche in capo al consumatore, la protezione di un interesse economico e della corrispondente libertà di iniziativa economica. Analogamente, per F. DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, p. 394, in tanto può parlarsi di convergenza tra i fini della tutela della concorrenza e tutela del consumatore in quanto si intenda quest'ultimo come «un individuo che si confronta con un set di opportunità e rischi che deve saper sfruttare al meglio (…) chiamato ad elaborare le strategie più appropriate che gli consentano di muoversi al meglio all'interno di un territorio insidioso».

[25] Come osserva M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 119 «la libertà di mercato ha una dimensione plurale, o pluralistica. Si tutelano tutti gli operatori che intervengono sul mercato, dal lato dell'offerta e della domanda: imprese, consumatori, investitori, risparmiatori, utenti di servizi. Si va ben oltre la libertà economica dell'impresa».

protezione degli interessi sociali del singolo individuo, quella della tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, come paradigma dell'agire economico guidato dal principio di massimizzazione dell'utilità personale [26]. Ed è appunto in tale contesto – in cui lo spazio del mercato è occupato da interessi, al tempo stesso, omogenei e antagonistici [27] – che si pone allora il problema di individuare un criterio normativo che, bilanciando le contrapposte esigenze, consenta di ripartire tra i diversi attori del mercato (imprese *e* consumatori), i costi (e i relativi obblighi) di diligenza [28].

Non è un caso che la stessa direttiva n. 2005/29, al considerando 18, nel fornire la sopra richiamata definizione di consumatore medio, richiami espressamente il principio di proporzionalità [29], agganciandolo all'obiettivo di tutelare i consumatori dalle conseguenze delle pratiche commerciali sleali solamente allorché queste assumano una certa *rilevanza* per il mercato. Di qui anche la necessità, già in passato riconosciuta dalla Corte di Giustizia, di verificare che «il provvedimento adottato per tutelare i consumatori sia effettivamente necessario a tal fine, che sia proporzionato alla finalità perseguita e che tale finalità non possa essere perseguita con provvedimenti che ostacolino in misura minore gli scambi comunitari» [30].

A tale stregua, la specificazione del parametro su cui determinare l'allocazione dei costi e degli oneri di diligenza si traduce, a ben vedere, in una scelta regolatoria che, a sua volta, presuppone la risoluzione di conflitti tra diversi interessi: quello del professionista al libero esercizio dell'attività imprenditoriale, quelli delle imprese concorrenti, quelli dei consumatori, singoli o associati, mediamente attenti ovvero del tutto sprovveduti. All'allargamento del perimetro della nozione di consumatore medio corrisponderà, perciò, non solo un ampliamento della platea dei soggetti beneficiari della tutela (specie sul piano

---

[26] Su cui cfr. la critica del sociologo polacco Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2008; ID., *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, trad. it., Erickson, Trento, 2007.

[27] Non a caso Z. BAUMAN, *Homo consumens*, cit., p. 48, paragona la massa dei consumatori a uno sciame, in cui «non c'è scambio, né cooperazione, né complementarità, solo prossimità fisica e una generale direzione di movimento. Per gli umani, il conforto della vita nello sciame deriva dalla fede nei *numeri*, l'idea che la direzione del volo è giusta perché un così gran numero di persone la segue».

[28] Il punto è messo bene in luce da M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, cit., p. 3, là dove ritiene che «quale fulcro dell'intero sistema, sarà pertanto la nozione di *consumatore medio* ad offrire il criterio di discrimine per stabilire: *a*) quali comportamenti la diligenza esigibile dal professionista gli imponga di astenersi dal tenere quando attua una pratica commerciale destinata (anche) ai consumatori, ovvero *b*) in capo a chi tra professionista e consumatore vada allocato l'obbligo di attivarsi affinché quest'ultimo sia messo in grado di assumere liberamente le proprie decisioni commerciali: dunque: *c*) ove vadano collocati i limiti di liceità dell'attività di *marketing* (…), dunque: *d*) in quale misura le conseguenze delle scelte svantaggiose del consumatore, e pertanto i vari tipi di rischio insiti nello scambio tra le prestazioni *hinc et inde*, debbano essere allocati in capo al professionista».

[29] Sul ruolo svolto dal principio di proporzionalità rispetto alla regolazione dei mercati e al passaggio dallo Stato del benessere allo Stato regolatore, cfr., *ex multis*, A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, FrancoAngeli, Milano, 2019, spec. p. 69; nonché, del medesimo Autore, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998. In tal senso, da ultimo, anche M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in questa *Rivista*, 2020, 2, p. 233.

[30] Così, sebbene in relazione alla diversa fattispecie della tutela dei marchi di impresa, la Corte Giust., 26 novembre 1996, *F.lli Graffione SNC*, C-313/94, punti 23 e 24, ha precisato che la tutela offerta dall'ordinamento a fronte di «un rischio di inganno dei consumatori può prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, e quindi giustificare ostacoli agli scambi, solo qualora sia sufficientemente grave».

civilistico), ma anche una diversa ripartizione dell'onere di diligenza tra impresa e consumatore, d'un lato, e tra consumatori più o meno informati e avveduti, dall'altro. Abbassare o alzare la soglia di rilevanza dell'illecito consumeristico significa, in altri termini, proporre una rilettura complessiva dell'istituto, delle sue finalità, e dell'equilibrio tra i vari interessi che popolano il mercato.

Definire il consumatore medio diventa, in definitiva, un'operazione ermeneutica che assume un preciso significato anche sul piano della selezione e della sistemazione dei molteplici interessi in gioco, e che deve perciò fare necessariamente i conti con il ben più ampio tema del ruolo dei poteri pubblici rispetto alla creazione e al mantenimento di un ordine giuridico del mercato [31]. E dunque, ai nostri fini, si può ritenere che la nozione in questione rappresenti non solo un tipico caso di ricorso da parte del legislatore a concetti giuridici indeterminati per assicurare flessibilità e adattabilità alla disciplina positiva [32], ma anche un indice normativo che, nelle mani dell'interprete (e, dunque, in prima battuta dell'amministrazione), assume una propria autonoma attitudine regolatoria, in ragione del fatto che dalla sua concretizzazione derivano specifiche conseguenze di tipo prescrittivo in ordine ai modelli comportamentali cui sono tenuti gli attori del mercato [33].

Per tali ragioni, allora, prima di riflettere sulla particolare curvatura che l'ordinanza in commento tenta di imprimere al parametro normativo in esame, ci sembra opportuno provare a "contestualizzare", seppur per brevi cenni, la

---

[31] D'altronde, come acutamente segnala A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, cit., p. 6, la tutela della concorrenza non riflette affatto una concezione neutrale della funzione, ma al contrario, proprio in quanto interviene ad alterare l'ordine naturale del mercato, essa prelude alla costruzione di un ordine giuridico (e perciò artificiale) dello stesso sulla base di scelte che «presuppongono e comportano delle scelte politiche sull'assetto del mercato che si ritenga preferibile in relazione alla ponderazione politica (…) degli interessi pubblici della collettività». Sulla natura discrezionale delle decisioni dell'AGCM, in quanto riflesso di una scelta che favorisce alcuni interessi e ne sacrifica altri, si v. già in precedenza E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tra tecnica e politica: il caso delle* essential facilities, in *Conc. merc.*, 1998, p. 449; nonché diffusamente M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

[32] Sull'ampio ricorso alle clausole generali flessibili o concetti giuridici indeterminati da parte della normativa in materia di concorrenza, cfr., più di recente, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (diretto da), *Enciclopedia del diritto – I tematici: Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 301; nonché, in termini generali, sui concetti giuridici indeterminati nel diritto amministrativo, M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, ETS, Pisa, 2021.

[33] Sul fatto che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette evidenzi un allontanamento dal «modello di un diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato», cfr. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 408. Del resto, come mette bene in luce A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., p. 246, sarebbe proprio l'attitudine dell'AGCM, nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, a definire volta per volta l'equilibrato assetto degli interessi in gioco a qualificare tale attività come "regolatoria" e a connotarla in senso discrezionale. Per il medesimo A., infatti, «le norme attributive del potere, in sostanza, lasciano all'AGCM e ad essa sola la individuazione di quale sia l'equilibrio concorrenziale da tutelare (…); è evidente che si va molto al di là di una mera attività ermeneutica e si richiede l'assunzione di una deliberazione, una scelta, sull'equilibrato assetto degli interessi in gioco» (*op. ult. cit.*, p. 246). Sul punto, cfr. altresì la posizione più cauta, ma non così dissimile, espressa da M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 52, il quale ritiene che l'autorità antitrust non potrebbe in alcun caso bilanciare la tutela della concorrenza con altri obiettivi di natura etica o sociale, non spettando a tale autorità di definire un punto di equilibrio tra mercato e intervento pubblico; ciò non toglie, tuttavia, che detta autorità possa trovarsi a svolgere un'attività di bilanciamento tra una pluralità di fini, intendendosi con questi ultimi la pluralità degli aspetti del processo concorrenziale, quali la dinamica dell'innovazione, la facilità di circolazione di beni e servizi, l'esistenza di una struttura di mercato aperta a nuovi ingressi, il benessere del consumatore.

disciplina delle pratiche commerciali scorrette all'interno di un orizzonte più ampio, che intercetti, oltre al tema della tutela consumeristica, anche quello della tutela della concorrenza e del mercato unico europeo.

Come si avrà modo di chiarire meglio oltre, ci pare infatti che, al di là della opportuna presa d'atto della limitata razionalità che guida il comportamento umano da parte delle istituzioni deputate alla regolazione del mercato, si renda necessario vagliare preliminarmente tali acquisizioni sullo sfondo del quadro di regole e principi che presidiano oggi l'ordine giuridico del mercato unico europeo [34]. Con ciò si intende dire che, date le summenzionate premesse, l'operazione ermeneutica di specificazione e concretizzazione del parametro del consumatore medio non può prescindere da una attenta presa in considerazione delle connessioni funzionali che – piaccia o meno – il diritto dell'Unione europea stabilisce tra protezione del consumatore, tutela della concorrenza e buon funzionamento del mercato interno. Anticipando, dunque, alcune delle conclusioni della presente indagine, ci sembra infatti che se d'un lato può ritenersi senz'altro auspicabile un espresso riconoscimento da parte della Corte di Giustizia della rilevanza delle teorie elaborate dalla *Behavioral Law and Economics* ai fini di una più corretta attuazione delle politiche di tutela consumeristica, dall'altro la stessa Corte dovrebbe utilizzare particolare cautela nello specificare e circoscrivere le conseguenze che da una siffatta apertura potrebbero trarsi sul piano dei complessivi assetti della regolazione pro-concorrenziale del mercato, così come attualmente definiti dalla costituzione economica europea [35].

4. Tutela del consumatore, disciplina della concorrenza e mercato unico

Si è appena osservato che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette dà luogo a una vera e propria forma di regolazione amministrativa dei mercati. Volendo aderire alle coordinate proprie di tale modalità di intervento pubblico nell'economia, ciò significa che l'attività di controllo e repressione svolta dall'autorità amministrativa (nel nostro caso, per giunta, indipendente) non può avere alcuna finalità redistributiva, né mirare alla tutela del contraente debole come 'persona' in un'ottica di giustizia sociale, risultando piuttosto tale attività

[34] Sulla scorta dell'indicazione metodologica lucidamente formulata da C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 4, p. 848, secondo la quale, pur non intendendosi affatto «celebrare le virtù del mercato quale unico e migliore dei mondi possibili», occorre comunque constatare come «una volta compiuta a livello costituzionale e di principi la scelta politica dell'economia di mercato, la conservazione di quest'ultima diventa anche principio ermeneutico generale alla stregua del quale sistematicamente riorganizzare le discipline dell'autonomia privata, delle sue condizioni di esercizio e dei suoi limiti».

[35] Con ciò volendosi ribadire che, seppur si debba generalmente riconoscere alla Corte di Giustizia una chiara funzione nomopoietica nell'ordinamento europeo, ciò tuttavia non potrebbe in alcun modo determinare una radicale revisione del punto di equilibrio tra mercato e intervento pubblico tracciato dalla costituzione economica europea, giacché la definizione di tale equilibrio non può che spettare «alle scelte politiche di vertice, che possono essere compiute solo da soggetti titolari di responsabilità politica, e non certo da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente» (così, M. LIBERTINI, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in ID., *Il diritto della concorrenza nell'Unione europea*, cit., p. 62).

protesa ad assicurare il buon funzionamento del mercato, senza alterarne la logica di funzionamento [36]. La disciplina europea di tutela dei consumatori, come è stato puntualmente osservato, «non vuole redistribuire ricchezza ai fini di una allocazione 'alternativa' a quella prodotta dal mercato: vuole soltanto far sì che tale allocazione sia governata da meccanismi genuinamente concorrenziali ed efficienti» [37].

In questa prospettiva, si deve peraltro riconoscere che, nell'esercizio della funzione di controllo sulle pratiche commerciali scorrette, l'intervento dell'AGCM assume non solo una dimensione meramente sanzionatoria, di repressione *ex post* di condotte illecite, ma anche una evidente portata regolatoria di conformazione *ex ante* dei comportamenti degli operatori di mercato. E, dunque, così come appare difficile «negare che la politica di concorrenza si avvicini sempre di più ad una sorta di regolazione amministrativa dei mercati» [38], allo stesso modo deve riconoscersi la stretta connessione tra tutela della concorrenza e regolazione amministrativa delle pratiche commerciali scorrette, la cui cura – non casualmente – è stata attribuita, nel nostro ordinamento, alla medesima autorità amministrativa indipendente [39].

Non v'è dubbio che le due politiche presentino numerosi elementi di interconnessione e che, dunque, sotto diversi profili, la disciplina consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette rappresenti un *continuum* rispetto alla politica europea della concorrenza [40]. Pur a costo di incorrere in alcune

---

[36] Sui caratteri tipici della regolazione, come particolare modo di intervento pubblico sul mercato, la letteratura è sterminata e caratterizzata da ampia diversità di vedute. Per una pregevole ricostruzione della regolazione dei mercati, e del suo rapporto con la discrezionalità politico-amministrativa, cfr., più di recente E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, con ampi riferimenti bibliografici.

[37] C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 847.

[38] Così, M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 43, portando, come esempio emblematico dell'attitudine regolatoria dell'azione *antitrust*, proprio quello – rilevante anche nella fattispecie concreta che qui si analizza – delle decisioni con impegni. Lo stesso A. ha, del resto, in altra sede evidenziato che «la politica della concorrenza si sposta dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa di posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo» (M. LIBERTINI, *Voce "Concorrenza"*, in *Enc. dir., Annali III*, Giuffrè, Milano, 2011). In questi termini, cfr. altresì M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2020, 2, p. 223. Sulle decisioni con impegni come espressione del paradigma, tipicamente neoliberale, della «massima estensione della razionalità economica», si v. l'acuta riflessione di L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCON-B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2013, p. 117.

[39] L. FIORENTINO, *Autorità Garante ed interventi a tutela del consumatore*, in *Astrid Rassegna*, 2008, n. 72/2008; 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, p. 1141. In tema, cfr. altresì M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. p. 136 ss.

[40] Sul diritto europeo dei consumatori come *continuum* rispetto alla disciplina *antitrust*, cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., spec. p. 101, ove si sottolinea come, nel quadro di un modello di regolazione "omeopatica" del mercato, «il consumatore finale rappresenta il segmento ultimo della domanda e il termometro più affidabile (…) del buon funzionamento del dispositivo concorrenziale: proteggere il consumatore equivale, per un verso, a preservare le condizioni minime per una diagnosi di primo orientamento sullo stato di salute del mercato e, per altro verso, a impedire che, attraverso la sua vessa-

semplificazioni, si può ritenere che entrambe le discipline risultano orientate alla costruzione di un mercato unico europeo [41], alla libera circolazione di merci e servizi, alla crescita economica, all'efficienza del processo economico, all'innovazione e allo sviluppo [42]. Ambedue condividono l'obiettivo di rimediare ai fallimenti del mercato, di correggere le sue distorsioni e di colmare gli squilibri di potere economico, informativo e normativo tra i diversi attori che in esso operano; in entrambi i casi, «nel mirino della legge sta la distorsione delle regole del gioco indotto dalla *deminutio* inflitta all'altrui libertà contrattuale» [43], intesa – nella prospettiva dell'ordinamento europeo – tanto come libertà d'impresa, quanto come libertà di scelta di consumo. Al fondo sta, inoltre, la medesima esigenza macroeconomica, figlia del capitalismo contemporaneo, di assicurare il primato strutturale della domanda, come variabile non (più) dipendente del sistema di produzione [44].

Analogo risulta altresì il postulato teorico-assiologico di derivazione ordoliberale [45]: vale a dire la garanzia della piena esplicazione della libera determinazione degli operatori economici, siano essi imprese o consumatori, dinanzi ai possibili abusi del *potere* economico privato [46]. La protezione del consumatore, non diversamente dalla tutela della concorrenza, diviene così un disposi-

---

zione, imprese immeritevoli permangano, o rafforzino la propria posizione, sul mercato». La stretta connessione tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore era stata colta, del resto, già da T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 927, per il quale «un dialogo fondamentale nella disciplina dell'attività imprenditrice mi sembra quello tra la tutela di un interesse che in via generale potremmo dire dell'astratto consumatore (o se si preferisce, della massa dei consumatori) e la tutela di un interesse che potremmo dire privilegiato dell'imprenditore». Analogamente, per N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003, spec. p. 44, «la disciplina delle relazioni di conflitto serve non soltanto a garantire l'eguale libertà degli imprenditori, ma pure l'interesse dei consumatori», in una prospettiva di complementarità.

[41] Basti solo considerare che la direttiva 2005/29 trova la sua base giuridica nell'art. 95 TCE (oggi art. 114 TFUE) e che tuttora lo stesso art. 169 TFUE (protezione dei consumatori), al paragrafo 2, dispone che «L'Unione contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno». In tema, cfr., *ex multis*, G.F. CARTEI-S. FARO, *Consumatore e utente*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pt. spec., t. II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 919.

[42] Si tratta, d'altronde, degli obiettivi stabiliti dall'art. 3 TUE e compendiabili nella formula dell'economia sociale di mercato, cui la stessa tutela della concorrenza – in quanto strumento, e non fine in sé – risulta preordinata. Sul punto, particolarmente illuminanti sono i contributi raccolti in M. AINIS-G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

[43] L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 101.

[44] Lo rileva L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 89.

[45] Sull'impronta ordoliberale della disciplina europea della concorrenza, per tutti, M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 16 ss., spec. 18 ss.

[46] Sulla tensione dialettica, tipica del diritto *antitrust*, tra limitazione del potere privato da parte dell'autorità amministrativa, d'un lato, e limiti al potere pubblico di incidere sulla libertà privata, dall'altro, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 9 ss. Sul punto, cfr. altresì L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla l. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, spec. p. 66 ss., ove si evidenzia come la scuola ordoliberale attribuisse alla disciplina della concorrenza una funzione di neutralizzazione del potere nell'ambito delle relazioni economiche. In tal senso, si v. del resto anche l'art. 18, lett. *l*), Codice Consumo, in cui l'«*indebito condizionamento*» rilevante ai fini della configurazione di una pratica commerciale aggressiva è definito come «lo sfruttamento di una posizione di *potere* rispetto al consumatore per esercitare una pressione (…), in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» [enfasi aggiunta].

tivo funzionale a impedire che lo spontaneo dispiegarsi della logica di mercato, con la sua naturale pulsione alla "autofagia", giunga a limitare l'altrui libertà economica e a ostacolare il corretto funzionamento della dinamica concorrenziale [47].

In questi termini, come è stato lucidamente osservato, «se l'atto di autonomia privata direttamente verte sul *modus operandi* del dispositivo concorrenziale (…), perché l'esercizio delle prerogative attribuite ai privati ha una ricaduta immediata sulle condizioni di riproducibilità di queste ultime» [48], allora si giustifica la sottoposizione di tali condotte a un doppio vaglio ordinamentale: quello del giudice civile e quello di un'autorità amministrativa indipendente. Se il primo è posto a tutela dell'interesse individuale dei consumatori singoli o associati, il controllo pubblicistico riflette, invece, l'esigenza "sistemica" di «evitare che la libertà negoziale (colta nella sua dimensione individuale) divori la libertà di iniziativa economica (colta, invece, nella sua dimensione istituzionale)» [49].

E, dunque, seguendo questa prospettiva interpretativa, si deve giungere a riconoscere che, a prescindere dalle diverse ricostruzioni degli scopi perseguiti dalla legislazione *antitrust* [50], la tutela del mercato concorrenziale nella sua dimensione oggettiva o istituzionale non può prescindere dal necessario riconoscimento e protezione della libertà economica dei singoli attori del mercato. Se, infatti, com'è stato osservato da autorevole dottrina, la concorrenza si realizza in un «*circuito conflitto-scelta-selezione*», allora bisognerà parimenti ammettere che, all'interno di tale dinamica competitiva, il consumatore diviene il soggetto responsabile della *scelta* di consumo, «facendosi giudice di qualità dei beni e di congruità dei prezzi» [51]. Tanto in una prospettiva di efficienza allocativa (orientata, come vuole la Scuola di Chicago, al *consumer welfare* [52]),

---

[47] In questi termini, cfr., ad esempio, A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, cit., p. 9 ss., il quale, nel sottolineare la rilevanza dell'interesse del consumatore per la disciplina *antitrust*, ritiene che la tutela della concorrenza si risolva principalmente «nella garanzia di un principio organizzativo delle relazioni di mercato teso ad assicurare nella misura più ampia possibile la libertà economica di tutti gli attori che in esso agiscono», mostrando così l'idoneità della disciplina a introdurre «una generale garanzia dell'agire di tutti i soggetti presenti nel mercato», ivi compresi i consumatori. Sul punto, cfr. altresì A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, cit., p. 10, per il quale «buon funzionamento del mercato ed elevata protezione del consumatore identificano le strutture assiologiche della disciplina giuridica della concorrenza».

[48] Sul punto, cfr. ancora le lucide osservazioni di L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 93.

[49] L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, 93. Tant'è che, come osserva L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., p. 688, «il ruolo del consumatore, per certi versi esclusivamente potenziale, sta ad indicare un aspetto macroeconomico, non assumendo come riferimento l'agire del singolo nella sua individualità, ma l'agire del singolo come espressione della domanda in generale». Analogamente, per C. GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 777, «il nostro legislatore si è mosso nell'ottica di predisporre "sanzioni" e "mezzi" volti alla tutela (non già del singolo consumatore concretamente vittima di una "pratica commerciale scorretta", bensì) solo del mercato e, con esso, dei consumatori collettivamente considerati».

[50] Non può essere questa la sede per indugiare a riflettere su una questione tanto complessa e dibattuta, ragione per cui ci si limita a rinviare alla pregevole sintesi offerta da M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 2 ss.

[51] Le citazioni sono tratte da N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 64.

[52] Sul perseguimento dell'efficienza allocativa nella sua declinazione di benessere del consumatore come principale obiettivo della disciplina pro-concorrenziale, cfr., tra i principali espo-

quanto soprattutto in un'ottica di promozione del processo dinamico di innovazione (come ritiene parte autorevole e oggi maggioritaria della dottrina [53]), si deve invero riconoscere la centralità del ruolo del consumatore e del suo giudizio finale all'interno della struttura concorrenziale del mercato.

Ma a tale stregua, più che parte debole da tutelare attraverso politiche redistributive, l'ordinamento europeo sembra concepire il consumatore – e con esso anche il "tipo" consumatore medio – come una sorta di «agente della razionalità del mercato» [54], la cui libertà negoziale necessita di protezione in tanto in quanto essa diviene funzionale a garantire obiettivi inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo. Al crocevia tra disciplina europea della concorrenza e della tutela del consumatore troviamo, in altri termini, l'esigenza di assicurare che la preferenza espressa dal consumatore sia espressione della sua *libertà*, oltre che della sua *capacità*, di scelta [55].

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette evidenzia nitidamente tale finalità: «non incide direttamente sul merito delle preferenze del consumatore, ma ne tutela la formazione libera, l'espressione genuina e le possibilità di soddisfazione» [56]. L'intervento dei pubblici poteri, in tal caso, non risulta preordinato a conformare le scelte individuali di consumo, promuovendone alcune o precludendone altre [57], ma ha come obiettivo quello di rafforzare la posizione del consumatore all'interno del rapporto di consumo e di far sì che le sue scelte, in quanto libere e consapevoli, possano agire da presupposto e motore del buon funzionamento del mercato e del suo assetto concorrenziale [58].

Di qui, allora, la rilevanza (anche) pubblicistica e oggettiva della difesa della libertà e della capacità della scelta consumeristica come condizione di efficienza normativa del mercato; di qui anche l'esigenza di non connotare

---

nenti della Scuola di Chicago, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago University Press, Chicago, 1976; R. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself?*, Basic Books, New York, 1978.

[53] Per tutti, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, spec. p. 35 ss., secondo il quale la concorrenza dei moderni consiste in un processo dinamico in cui la competizione tra imprese appare orientata all'innovazione e all'offerta di beni e servizi sempre migliori.

[54] Così, S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 604. In questi termini, cfr. altresì M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 46, secondo il quale «il bene giuridicamente protetto, in queste discipline (pubblicità, pratiche commerciali scorrette), è la libertà di scelta dei consumatori, a sua volta componente essenziale del bene giuridico "concorrenza"».

[55] G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1100. Sul punto, cfr. diffusamente A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, cit., *passim.*, spec. p. 12 ss., per il quale la capacità del consumatore «rileva, altresì, come principio di regolazione del mercato per garantire l'effettivo esercizio della libertà di scelta quale condizione di *efficienza normativa* della dinamica economica. La effettiva libertà di autodeterminazione, non la specifica volontà del singolo comportamento di consumo, rileva come elemento strutturale della regolazione del mercato».

[56] Così, F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo*, cit., p. 97 ss.

[57] Sul punto, F. PIZZOLATO, *op. loc. ult. cit.*, il quale – nell'indagare le diverse forme di intervento pubblico sui consumi – contrappone a una regolazione di tipo *neutrale* (tra le quali annovera la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali, di pubblicità ingannevole) una regolazione *conformativa* che incide, in modo immediato o mediato, sulle preferenze di consumo, limitando o annullando la libertà di scelta dei consumatori, come avviene, ad esempio, nel caso della disciplina in materia di sicurezza alimentare ovvero in caso di divieto di consumo di certi prodotti.

[58] Lo evidenzia, tra gli altri, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, cit., p. 7, là dove riconosce che la volontà del legislatore comunitario è quella di «funzionalizzare il nuovo *standard* armonizzato di protezione (*rectius*: di tutela della libertà di scelta) del consumatore all'obbiettivo di favorire l'operare efficiente del mercato interno».

l'intervento pubblico in senso eccessivamente "paternalistico"[59] e di fondare, piuttosto, il meccanismo di tutela sul presupposto normativo e assiologico della autodeterminazione e della autoresponsabilità del consumatore[60].

Aderendo a tale impostazione, si deve allora concludere che alla base della disciplina sovranazionale delle pratiche commerciali scorrette vi sia l'esigenza di identificare un consumatore "tipo" da elevare a modello e misura della autoresponsabilità[61] esigibile dall'individuo-consumatore. Nell'ottica del diritto dell'Unione europea, tale modello (astratto come "tipo" normativo, ma da valutare poi, volta per volta, in concreto da parte dell'amministrazione) si trova pertanto a servire a un duplice scopo: è in primo luogo strumentale alla massima armonizzazione della disciplina sovranazionale in materia di pratiche commerciali scorrette; ed è in secondo luogo garanzia del fatto che la situazione individuale ritenuta meritevole di protezione *nel mercato* funga altresì da fondamento costruttivo di una determinata situazione strutturale *di mercato*[62].

5. Il consumatore medio tra *homo oeconomicus*, *homo heuristicus* e *homo consumens*

Il ragionamento sin qui svolto suggerisce in definitiva che l'obiettivo principale della disciplina europea in materia di pratiche commerciali scorrette è quello di tutelare la capacità del consumatore di assumere decisioni di consumo in modo libero e consapevole e che l'effettiva sussistenza di tale capacità rappresenta un antecedente logico tanto rispetto all'esercizio in concreto dell'autonomia negoziale del privato, quanto – per quanto più rileva ai nostri

[59] In tema, cfr. G. DWORKIN, *Paternalism*, in *Stanford Encyclopedia oh Philosophy*, Stanford, 2020; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 771. In generale, sulla definizione di "paternalismo" nell'ambito delle politiche pubbliche, cfr. N. MATTEUCCI, *Paternalismo*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, *ad vocem*, spec. p. 693.

[60] Per N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, cit., p. 64, in questo modo «alla libertà d'iniziativa economica e al *rischio di impresa* corrispondono la libertà di preferenza e il *rischio della scelta*. Questo rischio non può essere evitato né trasferito a carico di altri, ma incombe sul consumatore, ossia sul consapevole decidente». Da tale assunto l'A. giunge a ritenere che il diritto dei consumatori debba assicurare la corretta quantità e qualità dell'informazione, senza invece incidere nel merito del negozio giuridico, giacché in tal modo si introdurrebbero elementi dissonanti rispetto all'economia di mercato: al *diritto* del consumatore di essere informato corrisponde, così, un suo *dovere* di informarsi. Analogamente, per L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio*, cit., p. 702, «la nozione di consumatore, nelle sue diverse articolazioni, esprime una figura che non deve essere *tutelata*, ma *rispettata*, quale parte di un mercato regolamentato in modo da consentirgli non solo di agire liberamente come "*civis*" o, meglio, come "*persona*", ma altresì di assurgere ad un rilievo macroeconomico, divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda». In tal senso, anche A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, cit., p. 95, per il quale sarebbe proprio la connotazione sociale dell'economia di mercato fortemente competitiva di cui all'art. 3 TUE a postulare un legame economico, politico, giuridico e culturale tra concorrenza e autodeterminazione del singolo.

[61] Così, in particolare, A. BARBA, *op. ult. cit.*, p. 34, per il quale «il consumatore medio indica la misura di autoresponsabilità che esclude la rilevanza del fatto antigiuridico».

[62] Sul punto, si v. ancora le lucide considerazioni di A. BARBA, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. p. 76; nonché p. 133, in cui l'A. descrive il «consumatore medio quale parametro di comprensione sociale del comportamento economico, assicura la rilevanza regolatoria (giuridica) di un'intelligenza collettiva, ossia la capacità cognitiva e decisionale aggregata (fatto sociale)».

fini – rispetto alla costruzione di una determinata struttura giuridica del mercato. Entro tale quadro normativo, il consumatore medio funge da criterio di selezione dei comportamenti illeciti da reprimere tramite l'intervento della pubblica amministrazione. È su tale parametro, in altri termini, che l'autorità amministrativa dovrà valutare se, e in che misura, la pratica commerciale sia stata in grado di incidere sulla capacità del consumatore di autodeterminarsi nella scelta di consumo.

Quanto appena osservato ci consente di trarre qualche utile indicazione circa la dimensione funzionale della nozione di consumatore medio, ma ci dice ancora poco rispetto al suo contenuto normativo.

Vero è che il considerando 18 della direttiva definisce il consumatore medio come il soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici»; ma occorre altresì considerare che tale definizione rimanda, a sua volta, a concetti vaghi e indeterminati, non suscettibili di condurre a una univoca profilazione del consumatore "tipo" a cui intende fare riferimento il legislatore sovranazionale. Cosa debba intendersi per «normalmente informato» e «ragionevolmente attento e avveduto» appare, in questi termini, una questione interpretativa altrettanto complessa e pregna di conseguenze sul piano regolatorio. Si tratta, infatti, ancora una volta, di integrare in via ermeneutica il significato normativo espresso da concetti giuridici indeterminati di natura empirica dotati, per espressa volontà del legislatore, di una propria attitudine regolatoria.

Ma, in assenza di una specifica indicazione del legislatore, a chi spetta il compito di riempire di contenuto il concetto giuridico indeterminato di cui si discute? È evidente che, in prima battuta, ciò spetterà all'amministrazione investita del potere di dare applicazione alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette [63]. Eppure, nel nostro caso, si deve altresì considerare che tale potere non è nella piena disponibilità dell'AGCM, giacché è la stessa direttiva europea a prevedere che, nel determinare il contenuto del parametro del consumatore medio «gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia» (considerando 18). Esigenza – questa – che evidentemente riflette il bisogno di adottare un *benchmark* che sia, al contempo, flessibile e uniforme a livello sovranazionale, onde assicurare capacità adattiva alle regole sovranazionali, d'un lato, ed evitare eccessive oscillazioni tra eccesso e difetto di tutela, dall'altro.

Ciò detto, e per arrivare a considerare più da vicino il contenuto dell'ordinanza in commento, si tratta allora di verificare, in primo luogo, se la direttiva 2005/29 e il giudice sovranazionale necessariamente impongano all'interprete di fondare il proprio giudizio sul modello teorico della scelta razionale propria dell'*homo oeconomicus* elaborato dalla tradizione economica neoclassica [64] e,

[63] Ed invero, nell'ipotesi che si sta considerando, la struttura della fattispecie, facendo riferimento a un concetto giuridico indeterminato, attribuisce all'AGCM «una delega del potere di concretizzazione della fattispecie normativa che viene attribuita all'interprete, il quale è chiamato ad operare una integrazione valutativa» (così, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 45).

[64] Non possono essere, in questa sede, ricostruiti i fondamenti teorici di tale impostazione. Ci si limita, perciò a ricordare come, secondo la *rational choice theory*, in presenza di più opzioni astrattamente percorribili, l'individuo sarebbe in grado di effettuare una scelta razionale, basata su un accurato bilancio costi/benefici e in grado di assicurare la massima utilità attesa. Alle origini di questa impostazione stanno, come noto, gli studi degli economisti neoclassici, tra cui

in caso negativo, se, e a quali condizioni, possa essere invece utilmente innestato all'interno della valutazione dell'autorità amministrativa un metodo ermeneutico che, traendo spunto dagli insegnamenti delle scienze comportamentali [65], tenga in debita considerazione i *bias* cognitivi e la razionalità limitata propri di un nuovo *homo heuristicus*.

Non v'è dubbio, infatti, che il riferimento operato dal legislatore e dalla giurisprudenza europea al consumatore *normalmente* informato e *ragionevolmente* attento tradisca il richiamo a un attore economico razionale, libero di autodeterminarsi e responsabile delle proprie scelte [66]. In tal senso muovono

già Adam Smith; successivamente, tale teoria è stata ripresa e rielaborata tanto dagli studi sulla teoria dei giochi (cfr., ad esempio, J. VON NEUMANN – O. MORGENSTERN, *Theory on Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944), quanto, in chiave evoluzionistica, dalla Scuola di Chicago della *Law & Economics* (cfr., ad esempio, M. FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, in Id., *Essays in Positive Economics*, Chicago University Press, 1953; R.A. POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, in *Journal of Legal Studies*, 1979, p. 103; ID., *Rational Choice, Behavioural Economics, and the Law*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1551). Sul punto, cfr. la sintesi offerta da A. SEN, *Rational Behaviour*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, London: MacMillan, 2008.

[65] Si ricorda che la revisione critica del paradigma fondato sul modello dell'*homo oeconomicus* a razionalità piena ha avuto origine con gli studi sulla razionalità limitata di H.A. SIMON, *Models of man: social and rational; mathematical essays on rational human behavior in society setting*, New York, 1957; ID., *Models of bounded rationality*, Cambridge, Mass., 1982; poi ulteriormente sviluppati, specie per quanto concerne il tema dei *bias cognitivi* e delle c.d. euristiche della decisione, da A. TVERSKY-D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 185, p. 1124.; IID., *Prospect Theory: an Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 47, p. 263. Più di recente, specie nell'applicazione all'economia comportamentale e nell'analisi economica del diritto, si v. C. JOLLS-C.R. SUNSTEIN-R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 50, p. 1471; C.R. SUNSTEIN (ed.), *Behavioural Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000; R.H. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, trad. it., Einaudi, Torino, 2018; R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, Nudge*. La spinta gentile*, trad. it. Feltrinelli, Milano, ult. ed., 2022; D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it., Utet, Torino, 2022.

Tali acquisizioni hanno trovato fecondi sviluppi anche nella nostra letteratura giuridica, specie privatistica; cfr., *ex multis*, G. BELLANTUONO, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, Liuc Papers n. 94, 2001; R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Mondadori, Milano, 2008; Id., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giur. econ.,* 2012, p. 67; C. BONA-R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, il Mulino, Bologna, 2013; G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, in *Studies in Law and Social Sciences*, Università di Roma Tre, 2014; F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Oss. dir. civ.*, 2016, p. 419; E. BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 106; A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, in G. D'AMICO (diretto da), *Enciclopedia del diritto – I tematici: Contratto*, Giuffrè, Milano, 2021, I, p. 313; F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, il Mulino, Bologna, 2023. Nella letteratura giuspubblicistica, le implicazioni della c.d. *Behavioural Law & Economics* sono state oggetto di indagine principalmente in relazione al tema della qualità della regolazione, su cui si v., in particolare, M. CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 413; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, p. 7 ss.; EAD, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 151; F. DI PORTO-N. RANGONE, *Cognitive-Based Regulation: New Challenges for Regulators?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2013; G. CORSO-M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2022, spec. p. 185 ss.; interessanti spunti in tema di regolazione del mercato si rinvengono poi in G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 191, ove si mette in luce come «dietro la maggior parte dei fallimenti del mercato curati dall'intervento dell'autorità pubblica si cela un problema di razionalità limitata del privato».

[66] La stessa ordinanza in commento riconosce che la nozione di consumatore medio «può

alcuni indici normativi quali, in particolare, il citato considerando 18 della direttiva 2005/29, nonché il considerando 14 della direttiva, là dove, tra le pratiche commerciali scorrette, menziona appunto «la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente». Analoghe indicazioni sembrano provenire dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha più volte, e in diversi ambiti, fatto cenno a un dovere generale del consumatore di attivarsi per reperire le informazioni necessarie a una scelta consapevole [67].

Soprattutto, come si è appena osservato, il modello del consumatore razionale appare funzionale alla costruzione di un mercato concorrenziale, aperto e dinamico, in cui sono riconosciute e tutelate le singole libertà economiche. La razionalità economica dei singoli operatori di mercato riflette, in altri termini, a livello individuale, quell'efficienza di mercato che si intende realizzare sul piano strutturale [68]. E, dunque, a tale stregua si può senz'altro considerare il consumatore medio come il precipitato, sul piano della tutela consumeristica, del modello teorico dell'*homo oeconomicus* elaborato dalla tradizione economica neoclassica [69], così come successivamente recepito e rielaborato dal pensiero ordoliberale, prima, e neoliberale, poi [70].

---

sembrare figlia della teoria economica classica che si basa sul presupposto dell'esistenza di un uomo perfettamente razionale (*Homo Oeconomicus*) in possesso di quattro caratteristiche fondamentali: a) è un uomo giudice competente ed esclusivo dei propri interessi (stabili, completi e indipendenti dal contesto); b) è fortemente motivato a massimizzare la loro realizzazione; c) è orientato a fare ciò sulla base di un calcolo utilitario; d) valuta ogni bene desiderato in termini di utilità marginale». Così pure la Comunicazione della Commissione europea recante «*Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*» (2021/C 526/01), in cui si descrive il consumatore medio come «una persona ragionevolmente critica, consapevole e avveduta nel suo comportamento sul mercato».

[67] Sin dalla sopra citata sentenza 16 luglio 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, la Corte ha insistito sul fatto che il consumatore tutelato non è quello disattento e acritico, bensì quello normalmente informato e ragionevolmente avveduto, da ciò traendone, come conseguenza, la sussistenza di un generale obbligo di diligenza del consumatore, il quale sarebbe tenuto ad attivarsi per ricercare le informazioni necessarie alla propria scelta (cfr., in tal senso, altresì Corte Giust., 4 aprile 2000, *Darbo*, C-465/98; 12 maggio 2011, *Ving*, C-122/10; 14 luglio 2011, *Viking Gas*, C-46/10; 22 luglio 2011, *Interflora*, C-323/09). In dottrina, cfr. l'ampia ricognizione giurisprudenziale effettuata da V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio"*, cit., p. 22 ss., nonché da M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 30 ss. In posizione critica rispetto a tale giurisprudenza, si v., in particolare, C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 747.

[68] Su tale impostazione, cfr., ad esempio, G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, cit., p. 383, per il quale «un mercato competitivo funziona come deve, quando ne è stimolata l'efficienza delle imprese, ma anche quando efficienti sono in esso i consumatori». Per un recente tentativo di estendere il paradigma della scelta razionale all'agire della pubblica amministrazione, cfr. A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, p. 87 ss.

[69] Come efficacemente nota A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, cit., p. 316, «l'*homo oeconomicus* è un tassello del programma ideologico connesso alla rivoluzione industriale. Parimenti, in termini di scelte collettive, la razionalità dell'attore economico finisce con l'essere un portato e la conseguenza di un modello — storicamente e ideologicamente determinato — di organizzazione sociale, piuttosto che l'*a priori* del contratto sociale».

[70] Per una riflessione critica circa l'uso "ideologico" della razionalità economica in materia *antitrust* come espressione del paradigma della governamentalità neoliberale, si v. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, cit., p. 117. Sul punto, si v. altresì le lucide riflessioni di M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 760, ove si osserva come «al "soggetto denso" del tempo di prima subentrerebbe il "soggetto sottile" del diritto neoliberale, ridotto a mero strumento di un meccanismo universale che, nel mentre ne promuove il vantaggio, lo degrada a

Al contempo, a uno sguardo più attento, deve constatarsi che la disciplina sovranazionale, nel momento in cui palesa l'intento di tutelare la capacità di scelta del consumatore e di preservarne il carattere libero, informato e consapevole, lascia in realtà intendere che, a livello empirico, bisogna invece prendere atto di una naturale tendenza dell'individuo-consumatore ad assumere le proprie decisioni sulla scorta di una serie di condizionamenti esogeni ovvero di fattori impulsivi, emotivi o irrazionali. A ben vedere, è proprio la razionalità limitata – o meglio: la consapevolezza che l'agire razionale è frequentemente minato da diversi fattori distorsivi della scelta – a giustificare la necessità di un intervento "ortopedico" dell'ordinamento. E, dunque, così come l'attuale diritto dei contratti dei consumatori risulta ancorato a presupposti assiologici ben lontani dai postulati, tipici dei codici liberali e borghesi, dell'uguaglianza formale del soggetto di diritto e della sua intrinseca razionalità comportamentale [71], allo stesso modo si deve oggi ritenere che la disciplina consumeristica e l'intervento dei pubblici poteri non possano tralasciare di considerare la fisiologica predisposizione dell'individuo ad effettuare scelte basate su giudizi semplificati che si rivelano non sempre capaci di realizzare la astratta massimizzazione della propria utilità personale. Così ragionando, si potrebbe allora sostenere che il consumatore medio è, in realtà, un soggetto *normalmente* a razionalità limitata e *ragionevolmente* portato a compiere scelte che risentono di *bias* e fallimenti cognitivi, anche allorché disponga di un ampio numero di informazioni o si approcci al singolo affare in modo attento e accorto.

Al pari della tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, anche la protezione della razionalità della scelta di consumo e, con essa, della autodeterminazione del consumatore viene a costituire un obiettivo "sistemico" alla cui piena realizzazione tende il diritto dell'Unione: entrambi gli obiettivi necessitano di essere costruiti "artificialmente" ad opera del diritto, proprio in quanto nessuno dei due compiutamente esiste *in rerum natura*. Il consumatore razionale cessa, così, di essere un presupposto strutturale della disciplina regolatoria, per divenire – piuttosto – un fine, un'aspirazione ideale a cui deve tendere l'intervento dei pubblici poteri [72].

Né può sottovalutarsi, in questa prospettiva, il ruolo svolto dall'analisi economica del diritto [73]. E così se, per un verso, il tema della razionalità comportamentale funge da presupposto ideologico alla pretesa di un'allocazione efficiente delle risorse e alla massimizzazione delle utilità, per altro verso se ne deve inferire che i *fallimenti cognitivi* dei consumatori realizzano, in fondo, un costo di transazione o, comunque, un *fallimento di mercato* che invoca un intervento correttivo da parte del regolatore pubblico [74]. Il potere di intervento dell'AGCM funge pertanto da strumento di repressione e rimozione di quelle

---

cellula impersonale di un "bene pubblico", la inarrestabile massimizzazione del benessere, che lo trascende». Lo stesso A. nota, inoltre, come il senso complessivo della disciplina del contratto a livello sovranazionale, specie sul versante della domanda di consumo, «rimane quello di espandere il mercato e la sua logica, la libertà di contratto e la libertà dei contraenti» (p. 765).

[71] Lo mette bene in luce, tra i tanti, A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, cit., p. 313.

[72] In questa prospettiva, valorizzando ad esempio maggiormente gli interventi volti a promuovere, oltre all'informazione, soprattutto l'educazione dei consumatori e la loro organizzazione in forme associative per la salvaguardia dei propri interessi, come indicato dall'art. 169 TFUE.

[73] In tal senso, cfr. ancora A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, p. 314 ss.

[74] Così, ad esempio, F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., p. 221.

condotte che risultano maggiormente in grado di perturbare la scelta consapevole e razionale del consumatore, facendo indebitamente leva sui limiti cognitivi che generalmente affliggono i processi decisionali individuali.

Entro tali coordinate ermeneutiche risulta allora possibile tentare una rilettura della disciplina sovranazionale in materia di pratiche commerciali scorrette ritrovandovi, tra le sue pieghe, una serie di indici normativi che già ampiamente riflettono la consapevolezza del legislatore sovranazionale circa la naturale inclinazione della scelta individuale a subire condizionamenti esterni e a risentire di diverse deviazioni rispetto all'*optimum* razionale [75]. Senza alcuna pretesa di esaustività possono leggersi in tal senso il riferimento ai «fattori sociali, culturali e linguistici» [76] di cui si deve tener conto nella profilazione del consumatore medio ovvero la previsione di una disciplina diversificata per alcune categorie di consumatori particolarmente vulnerabili [77]. Inoltre, alcune condotte illecite tipizzate dal legislatore europeo e nazionale già rispecchiano taluni *bias* cognitivi identificati dalle scienze comportamentali [78]. Come riconosce la stessa ordinanza di rinvio, si può ad esempio ritenere che l'art. 6(1) della direttiva in esame positivizzi, attraverso il riferimento alla presentazione complessiva delle informazioni da parte del professionista, l'incidenza sulla decisione finale delle modalità di illustrazione degli elementi rilevanti per la scelta (c.d. effetto *framing* o di incorniciamento [79]). Oppure, si pensi alla rilevanza del «mezzo di comunicazione impiegato» per veicolare l'informazione di cui all'art. 7(3) della direttiva ovvero lo «sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore» previsto dall'art. 9(1), lett. *c*). Ma anche spostando l'attenzione ad altri plessi normativi posti a tutela del consumatore a livello sovranazionale sembra confermarsi l'impressione di una crescente attenzione rispetto «ai profili di fragilità psicoemotiva dei consumatori» [80], come dimostrano, ad esempio, la direttiva UE n. 2019/2161 sulla modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori [81] ovvero, da

---

[75] Su tale riconoscimento, cfr. già R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in G. AJANI ET AL. (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 123.

[76] Cfr. il già citato considerando n. 18, direttiva 2005/29. Si v. altresì la citata Comunicazione della Commissione, recante «*Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*», in cui si ribadisce che «[i]n alcuni casi tali caratteristiche sociali, linguistiche e culturali, che possono anche essere specifiche di un particolare Stato membro, possono quindi giustificare anche una diversa interpretazione, da parte degli organi giurisdizionali o delle autorità responsabili dell'esecuzione delle normative, del messaggio comunicato nella pratica commerciale».

[77] Considerando n. 19, nonché art. 5(3), direttiva 2005/29.

[78] Per una ricostruzione dei principali *bias* cognitivi rilevanti per la *Behavioral Law and Economics*, cfr. C. JOLLS-C.R. SUNSTEIN-R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, cit., p. 1471 ss.; C.R. SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law & Economics, Cambridge University Press*, 2012; K. MATHIS (ed.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer, Berlin, 2016. Sul punto, cfr. altresì C. BONA-R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, cit., spec. p. 145 ss.; nonché, con una specifica attenzione al tema che ci occupa, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., spec. p. 19 ss., cui si rinvia per un'attenta ricognizione delle principali fattispecie normative di illecito in cui sembrano condensarsi le acquisizioni teoriche delle scienze comportamentali.

[79] A. TVERSKY-D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, p. 453.

[80] F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, cit., p. 169.

[81] Cfr., ad esempio, le disposizioni contenute all'art. 6 bis sull'indicazione del prezzo in caso di sconti.

ultimo, la c.d. legge sui servizi digitali (regolamento UE n. 2022/2065) [82] e la proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale [83]. Anche la Commissione europea, d'altronde, nell'esercizio della funzione *antitrust* ha in diverse occasioni dimostrato di tenere in debita considerazione i diversi fattori in grado di incidere sulle scelte individuali attraverso una attenta ricostruzione dei più comuni *bias* cognitivi della decisione [84].

In questi termini, ci sembra di poter affermare che non solo il diritto dell'Unione non è astrattamente d'ostacolo alla presa in considerazione dei *bias* cognitivi propri di un individuo a razionalità limitata, ma che anzi proprio tali acquisizioni risultano già ampiamente recepite all'interno della disciplina sovranazionale posta a tutela della libertà e della capacità di scelta del consumatore, risultando, a ben vedere, più o meno esplicitamente riconosciute tanto sul piano oggettivo della tipizzazione delle fattispecie di illecito, quanto a livello soggettivo di concreta profilazione del presupposto normativo del consumatore medio.

Abbracciando questa prospettiva ermeneutica, l'interpretazione proposta dall'ordinanza in esame sembra potersi armonicamente ricondurre all'interno del quadro di regole e principi che informano la tutela della concorrenza e del mercato, proponendosi, in definitiva, non come un nuovo e diverso paradigma di tutela consumeristica basato sull'indiscusso assunto di una *capacità* limitata del consumatore, bensì – al contrario – come un affinamento degli strumenti e delle tecniche di tutela proprie della regolazione sovranazionale del mercato. Non si tratterebbe, così, di giustificare un sensibile abbassamento della soglia di diligenza e attenzione richiesta al consumatore fino a giungere a una tutela piena del consumatore più sprovveduto; né di dare ingresso a una tecnica di tutela che, svuotando dall'interno la nozione di consumatore medio, finisca per attribuire autonoma rilevanza giuridica alla singola reazione psicologica di ciascun consumatore e, dunque, per sanzionare qualsivoglia pratica commerciale o di *marketing* [85] che risulti astrattamente idonea ad incidere sulla scelta

---

[82] Cfr., ad esempio, il considerando n. 67, relativo ai c.d. *dark patterns*.

[83] Cfr., ad esempio, l'art. 5 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale [COM(2021) 206 final] sul divieto di pratiche di intelligenza artificiale consistenti nella «immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico». In tema, per tutti, C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 3, p. 415 ss.

[84] Si v., per tutti, la decisione *Google Search (Shopping)* della Commissione europea, del 2017 (*Competition Policy Case AT. 39740*), par. 7.2.3.1, n. 455, in cui la Commissione ha condotto una vera e propria «*analysis of user behaviour*», prodromica all'accertamento dell'illecito. Sul punto, cfr. diffusamente A. CUCINOTTA, *La natura dei mercati, l'economia comportamentale e l'antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, p. 199; A. FLETCHER, *The Role of Behavioural Economics in Competition Policy*, in *Cambridge Handbook on the Theoretical Foundations of Antitrust and Competition Law*, Cambridge University Press, 2023, *forthcoming*.

[85] Sui rischi insiti in «un *behaviorismo* preso "troppo sul serio"» cfr., in particolare, E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio*, cit., p. 86 ss., il quale osserva come «la censura indiscriminata di tutte le strategie di *marketing* che fanno leva sui *behavioral biases* dei consumatori arrecherebbe un eccessivo *vulnus* alla libertà di espressione, anche pubblicitaria, presidiata dalle fonti sovranazionali. Tanto più viene dilatata la pletora delle distorsioni cognitive potenzialmente suscettibili di assumere rilievo giuridico, quanto più angusti divengono i margini entro i quali le imprese possono "incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori" [Considerando 6 dir. 2005/29/CE] senza alterarne la capacità di determinarsi

consumeristica [86]. Per altro verso, non sembra nemmeno corretto fondare sulla teoria della razionalità limitata un opposto innalzamento della soglia di tutela, giungendo a ritenere che, proprio in quanto è in definitiva il singolo consumatore a essere fatalmente portato a compiere scelte irrazionali, potrebbe allora ritenersi in concreto ininfluente sulla sua decisione finale la condotta posta in essere dal professionista. Si deve, infatti, constatare come una lettura che si proponga di costruire, a partire dal modello della razionalità limitata, un vero e proprio cambio di paradigma dell'intervento pubblico a tutela del consumatore si porrebbe in palese contrasto, oltre che con lo stesso testo della direttiva 2005/29 e con la giurisprudenza sovranazionale, anche con i principi fondamentali della costituzione economica europea, così come sinteticamente ricostruiti nei paragrafi precedenti.

All'opposto, ci sembra invece auspicabile che la Corte di Giustizia colga lo stimolo offertole dall'ordinanza di rinvio, e ciò non tanto per affermare – come propone il Consiglio di Stato – che la pratica di incorniciamento delle informazioni andrebbe considerata «per definizione aggressiva» [87], quanto piuttosto per riconoscere espressamente che il parametro del consumatore medio, in quanto nozione indeterminata o "concetto valvola", necessita di essere interpretato e opportunamente integrato alla luce delle acquisizioni scientifiche più recenti e accreditate e, dunque, *anche* in base alle teorie sulla razionalità limitata elaborate dalla psicologia cognitiva e dalle scienze comportamentali.

Un siffatto riconoscimento, tuttavia, non potrebbe, né (ci pare) dovrebbe condurre all'introduzione di un nuovo paradigma di tutela consumeristica, fondato sulla radicale opposizione tra l'*homo oeconomicus* del vecchio diritto liberale e un nuovo *homo heuristicus* proprio della contemporaneità. Il rischio è quello di introdurre – tanto più per via giurisprudenziale – una serie di presunzioni generalizzate di slealtà rispetto a tutte quelle pratiche commerciali che risultano astrattamente in grado di falsare in misura rilevante il comportamento economico di un individuo che, come si è detto, deve ritenersi, già di per sé, normalmente e ragionevolmente esposto a deviazioni conoscitive e decisionali. Una tale soluzione introdurrebbe nel nostro ordinamento una forma eccentrica di paternalismo consumeristico basato su una concezione, anch'essa estranea all'attuale quadro normativo, che costruisce in maniera antitetica la tutela della concorrenza e la protezione del consumatore.

Al contrario, come si è osservato in precedenza, muovendo da una prospettiva regolatoria che tenga debitamente conto del quadro delle regole e dei

---

consapevolmente». Tanto che – come avvertono C. BONA-N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici*, cit., c. 542 – si deve tenere conto che «oggi, per chi riesca a maneggiare con una certa abilità le tecniche di *marketing*, così arricchite, non è difficile condurre il consumatore medio a scelte d'acquisto difformi rispetto a quelle che sarebbero suggerite dalla razionalità economica». D'altronde, come osserva G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1093, si deve ritenere che «influenzare le decisioni dei consumatori non equivale [sempre] a trarli in inganno»; e ciò ci pare tanto più vero allorché si assuma a parametro della tutela un consumatore (medio) normalmente soggetto a *bias* cognitivi e decisionali.

[86] In aderenza a un approccio qualificabile in termini di «paternalismo coercitivo», come sostenuto, muovendo dalla constatazione della irrazionalità umana nell'assumere decisioni e, dunque, da una sostanziale *incapacità* di scelta, ad esempio, da S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, 2013. Sul punto, si vedano i timori espressi da V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 44.

[87] Punto 29, ordinanza in commento; nonché, analogamente, il quesito B) oggetto di rinvio pregiudiziale.

principi fondamentali del diritto europeo del mercato e della concorrenza, si dovrebbe ritenere che la razionalità limitata esplorata dalla *Behavioral Law and Economics* altro non sarebbe se non la versione aggiornata e maggiormente confacente alla realtà attuale della razionalità "olimpica" assunta a paradigma dell'agire umano dalle teorie neoclassiche [88]. Entrambe le nozioni rivelano, in definitiva, la propria strumentalità rispetto all'obiettivo dell'efficiente funzionamento del mercato; entrambe si costruiscono attorno a un modello astratto (descrittivo e, insieme, prescrittivo) di agente di mercato – l'*homo consumens* evocato da Zygmunt Bauman, appunto – che, secondo una logica riduzionista e "spersonalizzante" [89], appare in grado di intercettare al meglio le esigenze di regolazione di un mercato costantemente in evoluzione.

[88] Cfr., in proposito, la critica di L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 119, per il quale «tanto la [*Law and Economics*], quanto la [*Behavioral Law and Economics*] propongono un approccio marcatamente riduzionista e, come spesso accade agli approcci iperideologizzati, propongono una lettura della realtà, e della razionalità che la innerva, troppo semplificata».

[89] Come acutamente osserva N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 114 ss., il mercato produce un effetto spersonalizzante delle identità individuali attraverso la riduzione dei singoli a «funzioni del mercato», ad astratte categorie di consumatori, professionisti, ecc.

Le comunità energetiche quali strumenti di *energy justice* nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive

Limits and perspectives of energy communities as instruments of energy justice in the new electricity regulation

di *Viola Cappelli* *

ABSTRACT

Due significative tendenze trasformative stanno attualmente interessando il settore energetico: la transizione energetica e la concettualizzazione della giustizia energetica. In prospettiva giuridica, la dialettica tra queste due tendenze si riflette sulle soluzioni regolative adottate e porta a chiedersi se queste siano capaci di assicurare una transizione energetica giusta. L'articolo intende rispondere a questo interrogativo con riferimento all'istituto delle comunità energetiche, recentemente introdotto dal *Clean Energy Package*. L'obiettivo è quello di comprendere se e in che limiti le comunità energetiche possano contribuire alla realizzazione di una transizione energetica che sia anche ispirata a principi di giustizia.

Two major transformative trends are currently emerging in the energy sector: the energy transition and the concept of energy justice. From a legal perspective, the dialectic between these two trends affects the regulatory solutions adopted and leads to the question of whether they can ensure a just energy transition. This article attempts to answer this question in relation to the energy communities recently introduced by the Clean Energy Package. More specifically, it examines whether and to what extent energy communities can contribute to a just energy transition.

DIRETTIVA (UE) 2018/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DELL'11 DICEMBRE 2018 SULLA PROMOZIONE DELL'USO DELL'ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI

Estratto

Art. 2 Definizioni

16. «comunità di energia rinnovabile»: soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le

* Assegnista di Ricerca in Diritto Privato, Scuola Superiore Sant'Anna.

amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari.
Art. 22 Comunità di energia rinnovabile
1. Gli Stati membri assicurano che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile, a condizione che, per quanto riguarda le imprese private, la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale. 2. Gli Stati membri assicurano che le comunità di energia rinnovabile abbiano il diritto di: a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile, fatti salvi gli altri requisiti di cui al presente articolo e il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei membri della comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile come clienti […]. 4. Gli Stati membri forniscono un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile. Tale quadro garantisce, tra l'altro, che: […] f) la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili. […]

DIRETTIVA (UE) 2019/944 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 5 GIUGNO 2019 RELATIVA A NORME COMUNI PER IL MERCATO INTERNO DELL'ENERGIA ELETTRICA E CHE MODIFICA LA DIRETTIVA 2012/27/UE

Estratto
Art. 2 Definizioni
11. «comunità energetica dei cittadini»: un soggetto giuridico che: a) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; b) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; e c) può partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci.
Art. 16 Comunità energetiche dei cittadini
1. Gli Stati membri prevedono un quadro normativo di riferimento per le comunità energetiche dei cittadini che assicuri che: a) la partecipazione a una comunità energetica dei cittadini sia aperta e volontaria; b) i membri o i soci di una comunità energetica dei cittadini abbiano il diritto di uscire dalla comunità, caso in cui si applica l'articolo 12; c) i membri o i soci di una comunità energetica dei cittadini non perdano i loro diritti e obblighi di clienti civili o clienti attivi […].

D.LGS. 8 NOVEMBRE 2021, N. 199 ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2018/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DELL'11 DICEMBRE 2018, SULLA PROMOZIONE DELL'USO DELL'ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI

Estratto
Art. 31 Comunità energetiche rinnovabili
1. I clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici, hanno il diritto di organizzarsi in comunità energetiche rinnovabili, purché siano rispettati i seguenti requisiti: a) l'obiettivo principale della comunità è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari; b) la comunità è un soggetto di diritto autonomo e l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica (di seguito: ISTAT) secondo quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a);

c) per quanto riguarda le imprese, la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non può costituire l'attività commerciale e industriale principale; d) la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, fermo restando che l'esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b). […]
Art. 32 Modalità di interazione con il sistema energetico
1. I clienti finali organizzati in una delle configurazioni di cui agli articoli 30 e 31: a) mantengono i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore; b) possono recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo, fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati; c) regolano i rapporti tramite un contratto di diritto privato che tiene conto di quanto disposto alle lettere a) e b), e che individua univocamente un soggetto, responsabile del riparto dell'energia condivisa. I clienti finali partecipanti possono, inoltre, demandare a tale soggetto la gestione delle partite di pagamento e di incasso verso i venditori e il GSE. […]

D.LGS. 8 NOVEMBRE 2021, N. 210 ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA UE 2019/944, DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DEL 5 GIUGNO 2019, RELATIVA A NORME COMUNI PER IL MERCATO INTERNO DELL'ENERGIA ELETTRICA

Estratto

Art. 11 Clienti vulnerabili e in condizioni di povertà energetica
[…] 5. Con decreto del Ministro della transizione ecologica, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è istituito, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, presso il Ministero della transizione ecologica, l'Osservatorio nazionale della povertà energetica. […] 6. L'Osservatorio: a) propone al Ministero della transizione ecologica e all'ARERA misure di contrasto alla povertà energetica, anche attraverso azioni di comunicazione, formazione e assistenza a soggetti pubblici ed enti rappresentativi dei portatori di interesse; della povertà energetica a livello nazionale, anche ai fini della comunicazione integrata sulla povertà energetica di cui all'articolo24, del regolamento (UE) 2018/1999; c) anche ai fini di cui alla lettera b) del presente comma, elabora criteri per l'elaborazione del numero di famiglie in condizioni di povertà energetica. 7. Fermo quanto previsto dal presente articolo, gli enti locali che partecipano alle comunità energetiche dei cittadini, con le risorse disponibili a legislazione vigente nei propri bilanci e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, adottano iniziative promuovere la partecipazione alle comunità stesse dei clienti vulnerabili di cui al comma 1 del presente articolo, affinché questi ultimi possano accedere ai benefici ambientali, economici e sociali assicurati dalla comunità stessa. A supporto della realizzazione ditali progetti, il Gestore dei servizi energetici S.p.a., nell'ambito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei comuni, mette a disposizione servizi informativi dedicati, ivi inclusi guide informative e strumenti di simulazione.
Art. 14 Clienti attivi e comunità energetiche dei cittadini
[…] 5. I membri o soci delle comunità energetiche dei cittadini regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato, individuando un soggetto responsabile, ivi inclusi la Comunità stessa, un membro o socio di essa o un soggetto terzo. 6. Le comunità energetiche dei cittadini sono costituite nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la partecipazione è volontaria e aperta a tutti i soggetti interessati, i quali possono altresì recedere dalla configurazione della comunità con le medesime garanzie e con gli stessi diritti previsti dall'articolo 7 del presente decreto; b) i membri o soci della comunità mantengono tutti i diritti e gli obblighi legati alla loro qualità di clienti civili ovvero di clienti attivi; c) la comunità può partecipare agli ambiti costituti dalla generazione, dalla distribuzione, dalla fornitura, dal consumo, dall'aggregazione, o dallo stoccaggio dell'energia elettrica ovvero dalla prestazione di servizi di efficienza energetica, di servizi di ricarica dei veicoli elettrici o di altri servizi energetici; d) la comunità energetica dei cittadini è un soggetto di diritto privato che può assumere qualsiasi forma giuridica, fermo restando che il suo atto costitutivo deve individuare quale scopo principale il perseguimento, a favore dei membri o dei soci o del territorio in cui opera, di benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, non potendo costituire i profitti finanziari lo scopo principale della comunità; e) la comunità è responsabile del riparto dell'energia elettrica condivisa tra i suoi partecipanti. […]

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dei sistemi produttivi e le esigenze di giustizia. – 2. Il quadro europeo e nazionale: verso un modello collaborativo di produzione e consumo di energia rinnovabile. – 3. *Energy justice* e transizione energetica: profili costitutivi e prospettive di dialogo. – 4. Le comunità energetiche quali strumenti giuridici di una transizione energetica giusta. – 4.1. Le ragioni dell'inquadramento. – 4.2. La disciplina italiana alla prova dell'inclusione sociale: un bilancio in chiaroscuro. – 5. Un laboratorio per l'evoluzione del diritto dell'energia.

1 L'evoluzione dei sistemi produttivi e le esigenze di giustizia

Il tema della transizione energetica [1] ha di recente assunto nuova centralità a causa dell'attuale situazione di instabilità geopolitica, che ha reso urgente la risoluzione della cosiddetta "questione energetica" [2]. La transizione energetica, infatti, non solo intercetta l'esigenza degli Stati europei di raggiungere un sufficiente livello di indipendenza energetica, ma costituisce allo stesso tempo una svolta strategica non più rimandabile per affrontare l'emergenza climatica in atto, di cui il settore energetico – da cui proviene il 75% delle emissioni di gas serra dell'Unione – è il principale responsabile [3].

Consapevole della necessità di favorire questa tendenza trasformativa, il legislatore europeo è intervenuto nel 2019 con un pacchetto di misure – il *Clean Energy for all Europeans Package* – finalizzato a riscrivere il sistema di regolazione dell'intero mercato energetico, in particolare di quello elettrico [4], e collocabile nella più ampia strategia ecologica europea del *Green Deal* [5]. Dall'impianto sistematico del *Clean Energy Package* [6] – nello specifico, la direttiva

[1] Termine con il quale si intende «il passaggio dal dominio delle fonti fossili nei bilanci energetici mondiali alla prevalenza delle nuove risorse rinnovabili (altre dall'idroelettrica tradizionale e dalle biomasse) agendo sul duplice versante dei sistemi di produzione e di consumo dell'energia», cfr. A. CLÒ, *Transizione energetica tra Stato e Mercato*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La Transizione Energetica e il Winter Package. Politiche Pubbliche e Regolazione dei Mercati*. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 29 settembre 2017, Cedam, Padova, 2018, p. 97 ss.

[2] Come sinteticamente affermato da K. JENKINSA ET AL., *Energy justice: A conceptual review*, in *Energy Research & Social Science*, 2016, p. 174 ss., p. 175, i termini della questione energetica, o meglio della sfida energetica, sono costituiti dalla scarsità di risorse e dalla crescita della popolazione a fronte di un contesto sociale e ambientale imprevedibile.

[3] Sulle complesse questioni di regolazione che le esigenze di decarbonizzazione pongono nell'attuale scenario geopolitico, 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.

[4] Sulla rilevanza prevalente della disciplina sul mercato elettrico nel *Clean Energy Package* e sulle ragioni di questo, da rinvenirsi principalmente nella tendenza verso l'elettrificazione dei consumi, T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, Cedam, Padova, 2020, p. 38 ss.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni dell'11 dicembre 2012, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640. In altre parole, la transizione energetica è una dimensione della più ampia transizione ecologica che il *Green Deal* intende realizzare. Sul *Green Deal*, *ex multis*, si veda E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss.; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, p. 4 ss. Sull'adeguatezza del sistema di *governance* dell'energia e del clima adottato dall'Unione Europea a garantire la realizzazione degli obiettivi del *Green Deal*, F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell´energia e del clima*, in questa *Rivista*, 2022, p. 13 ss.

[6] Per una panoramica, A. NOUICER ET AL., *The EU Clean Energy Package*, Technical Report,

2018/2001/UE sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili e la direttiva 2019/944/UE sul mercato elettrico – emerge un diverso approccio rispetto a quello che ha tradizionalmente ispirato la legislazione energetica a partire dal *First Energy Package* del 1996. Il legislatore muove dalla consapevolezza del mutato scenario tecnologico entro cui si svolgono i rapporti commerciali aventi ad oggetto la fornitura di elettricità nel mercato al dettaglio. E riconosce, in questo quadro, la centralità del consumatore non solo quale attore di mercato in una posizione di debolezza macroeconomica e informativa, la cui protezione – nel senso del ripristino di una certa parità di potere contrattuale – è funzionale a garantire il corretto svolgersi dei rapporti secondo dinamiche concorrenziali [7], ma anche quale operatore strategico, il cui ruolo attivo è fondamentale per innescare sul mercato processi ambientalmente e socialmente virtuosi.

Il consumatore, grazie allo sviluppo di tecnologie di autoproduzione di energia rinnovabile a livello domestico e all'implementazione di un apparato di sistemi digitali di comunicazione e controllo "intelligenti", può non solo produrre energia destinata al proprio personale consumo, ma anche condividere o vendere sul mercato l'energia autoprodotta eventualmente in eccesso, esplicando pertanto la sua azione anche sul lato dell'offerta. A questo proposito, il legislatore europeo introduce alcuni istituti giuridici di carattere innovativo che definiscono il perimetro del nuovo ruolo attivo dei consumatori di energia, lasciando agli Stati membri, nella fase di recepimento interno, ampi margini di manovra nella scelta delle forme e dei meccanismi giuridici più adatti alla loro attuazione. Questi istituti sono l'autoconsumo individuale e collettivo, le comunità energetiche e gli scambi di energia *peer-to-peer*.

La seconda macrotendenza che sta animando il dibattito scientifico in materia energetica, in particolare tra gli scienziati sociali, è l'emersione del concetto di *energy justice*. Sebbene con diverse sfumature, è stata evidenziata la necessità di elaborare una nuova *raison d'être* del diritto dell'energia al fine di superare il suo attuale carattere "preistorico", radicato in un sistema che si avvale in parte assolutamente prevalente della produzione di energia da fonti fossili e che mira al soddisfacimento di esigenze di tipo principalmente, se non esclusivamente, economico [8]. La transizione tecnologica e organizzativa ecologicamente orientata del settore energetico costituisce indubbiamente un contesto favorevole entro cui intraprendere questo percorso. E proprio l'*energy justice* viene descritta come la base concettuale più adatta per avviare la costruzione di un nuovo diritto dell'energia, trattandosi di uno strumento teorico innovativo radicato nella consapevolezza del forte impatto sociale che le decisioni in materia energetica hanno sulla collettività [9] e funzionale all'inter-

---

Florence School of Regulation, 2020, disponibile online al sito *https://hdl.handle.net/1814/68899*.

[7] Sul ruolo attivo del consumatore nel diritto comunitario della concorrenza, si veda, per esempio, C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europ. e d. priv.*, 2001, p. 718 ss.

[8] R.J. HEFFRON-K. TALUS, *The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers*, in *Energy Research & Social Science*, 2016, p. 1 ss.

[9] B.K. SOVACOOL-M.H. DWORKIN, *Energy Justice: Conceptual Insights and Practical Applications*, in *Applied Energy*, 2015, p. 435 ss., p. 435: «To many, seeing the word "energy" next to "justice" may seem like a confusion of disciplines. What does ethics, morality, and philosophy have to do with tons of coal, barrels of oil, or electrons flowing through a high voltage transmission line? However, if one takes a closer look, the moral implications of our collective energy

prete per la risoluzione delle complesse questioni – anche etiche – di bilanciamento di interessi che di volta in volta la regolazione del settore energetico pone.

Queste due tendenze trasformative del sistema energetico – la transizione energetica e la concettualizzazione della giustizia energetica – chiedono allo studioso del diritto uno sforzo conciliativo nell'esame delle soluzioni elaborate a livello legislativo e giurisprudenziale in materia energetica, al fine di valutare se queste siano capaci di assicurare una transizione energetica *giusta*.

Il presente scritto intende contribuire a questo tentativo attraverso l'esame delle comunità energetiche. A partire dall'analisi del *Clean Energy Package* e dei decreti nazionali di recepimento, nonché delle disposizioni attuative interne di carattere amministrativo, si chiederà se e in quali termini le comunità energetiche possano essere annoverate tra gli istituti giuridici capaci di innescare una transizione energetica ispirata a principi di giustizia. Dopo aver brevemente illustrato il regime normativo riguardante le comunità energetiche (Sezione 2), si delineerà la dimensione teorica e applicativa entro cui si struttura il concetto di *energy justice* (Sezione 3). Saranno illustrate, quindi, le ragioni per le quali le comunità energetiche possono essere astrattamente considerate degli strumenti di *energy justice* e perché un tale inquadramento debba essere accolto con favore: su queste basi, saranno individuati alcuni aspetti critici – ovvero alcune potenziali tensioni tra le esigenze della transizione e i principi dell'*energy justice* – che potrebbero in concreto pregiudicare il raggiungimento di un tale risultato nell'ambito delle comunità energetiche e sarà mostrato come il legislatore italiano sia eventualmente intervenuto su essi (Sezione 4). La valutazione dell'operato legislativo, foriero di soluzioni innovative radicate nelle dimensioni fondative dell'*energy justice*, è complessivamente positiva, pur restando necessari alcuni interventi migliorativi. In ogni caso, solo la diffusione pratica delle comunità energetiche permetterà all'osservatore di identificare con maggiore chiarezza le situazioni di ingiustizia che in esse si realizzano e, dunque, di tracciare la direzione entro cui potenziare l'impianto attuativo delle direttive.

---

decisions may become more apparent. Our species is drifting into a future threatened with climate change and rising sea levels, burgeoning levels of energy-related pollution which threaten our health, aggravated scarcity and insecurity of energy fuels, the proliferation of nuclear weapons, and a host of other hazards. This creates pressing ethical conundrums with no easy resolution. It is becoming increasingly clear that routine energy analyses do not offer suitable answers to these sorts of issues. The enduring questions they provoke involve aspects of equity and morality that are seldom explicit in contemporary energy planning and analysis». Sempre in questi termini, B.K. SOVACOOL-R.V. SIDORTSOV-B.R. JONES, *Energy security, equality, and justice*, *Introduction*, Routledge, Londra, 2013. *Ex multis*, sul concetto di *energy justice*, B.K. SOVACOOL, *Energy & ethics. Justice and the global energy challenge*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013; K. BICKERSTAFF ET AL., *Introduction: making sense of energy justice*, in K. BICKERSTAFF-G. WALKER-H. BULKELEY (a cura di), *Energy Justice in a Changing Climate*, Zed Books, Londra, 2013, p. 1 ss. B.K. SOVACOOL-M.H. DWORKIN, *Global energy justice. Problems, principles, and practices*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; B.K. SOVACOOL ET AL., *New frontiers and conceptual frameworks for energy justice*, in *Energy Policy*, 2017, p. 677 ss.; K.E.H. JENKINS-M. MARTISKAINEN, *A normative approach to transitions in energy demand. An energy justice and fuel poverty case study*, in K.E.H JENKINS-D. HOPKINS, *Transitions in Energy Efficiency and Demand. The Emergence, Diffusion and Impact of Low-Carbon Innovation*, Londra, Routledge, 2018, p. 34 ss.

2. Il quadro europeo e nazionale: verso un modello collaborativo di produzione e consumo di energia rinnovabile

Il *Clean Energy Package* del 2019, pur in linea con il modello di regolazione di tipo *market-oriented* del *Third Energy Package* [10], costituisce il primo tentativo di affrontare in modo sistematico le questioni sociali connesse alla materia energetica [11]: ci si riferisce, da un lato, all'impatto ambientale della produzione e del consumo di energia; dall'altro, all'accesso all'energia quale bene essenziale al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo.

Quanto al primo aspetto, l'integrazione delle politiche energetiche e di quelle climatiche trova uno spazio applicativo di rilievo nella disciplina di tutela del cliente finale [12]. Il cliente finale è agevolato nella scelta informata e consapevole del proprio fornitore tra i vari operatori in concorrenza e garantisce, così, la permanenza sul mercato di quelli economicamente più efficienti. Allo stesso tempo – e qui risiede la novità – il cliente finale deve anche poter contribuire effettivamente all'accelerazione del processo di transizione energetica mediante le proprie scelte di carattere patrimoniale ecosostenibili: tra queste rientrano, per esempio, la partecipazione a meccanismi *peer-to-peer* o alle comunità energetiche oppure l'investimento in fonti di produzione a livello domestico. Si tratta, invero, di un'evoluzione in senso ambientale del paradigma di regolazione *market-based*: secondo la nuova impostazione, il mercato dell'energia funziona bene non solo quando è garantito un elevato livello di concorrenza tra gli operatori del settore, ma anche quando l'estrinsecarsi delle sue dinamiche realizza obiettivi di carattere ambientale mediante l'implementazione

---

[10] Il *Third Energy Package* si compone di due direttive e tre regolamenti: direttiva 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale; regolamento (CE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; regolamento (CE) 714/2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; regolamento (CE) 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale. Anche se formalmente non emanata nell'ambito di questo pacchetto, può essere ricondotta al medesimo sforzo legislativo e inserita nel medesimo disegno anche la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

[11] Si segnala che il 14 marzo 2023 la Commissione europea ha reso pubblica la proposta di riforma dell'assetto del mercato dell'energia elettrica per dare impulso alla diffusione delle rinnovabili, rafforzare la tutela dei consumatori e promuovere la competitività industriale. Tale proposta interviene primariamente proprio sulle direttive 2018/2001 e 2019/944, potenziando il loro impianto complessivo e la disciplina dei singoli istituti al fine di completare il percorso di decarbonizzazione intrapreso, obiettivo non più rimandabile anche alla luce dell'intervenuto mutamento della situazione geopolitica <*https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1591*>. Per una prima analisi, L. MEEUS-S. NICCOLAI, *A summary of the proposal for a reform of the EU electricity market*, <*https://fsr.eui.eu/a-summary-of-the-proposal-for-a-reform-of-the-eu-electricity-market/*>.

[12] Deve essere chiarito, infatti, che il destinatario delle misure di protezione nel mercato energetico non è propriamente il consumatore, ma il cliente finale, termine con il quale si indica colui che consuma energia per "uso proprio", al di fuori, quindi, di qualsiasi limitazione soggettiva alla sola persona fisica. Sulla nozione di cliente finale nella regolazione energetica, G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori*, in *NLCC*, 2022, p. 13 ss. Sul tendenziale passaggio da una *consumer protection* ad una *customer protection*, V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss., p. 272. Ciò detto, il sistema di tutele contrattuali per i clienti finali di cui all'art. 10 della direttiva 2019/944 è il medesimo già introdotto dall'Allegato I della precedente direttiva su mercato elettrico 2009/72/CE.

dell'efficienza energetica, l'utilizzo massiccio di fonti rinnovabili e il consumo dell'energia da queste prodotta da parte dei clienti finali [13].

Quanto al secondo aspetto, l'intervento sul prezzo, proprio del modello del cosiddetto "mercato tutelato" [14], non costituisce più l'unica strategia per superare le criticità relative al soddisfacimento del fabbisogno energetico delle fasce più svantaggiate della popolazione, per le quali il livellamento dell'asimmetria di potere contrattuale non rappresenta l'unica barriera da superare per accedere al mercato energetico al dettaglio. La capillare diffusione di fonti di energia rinnovabile a livello locale e domestico contribuisce, infatti, ad estendere le prospettive entro cui era stato avviato nel 1996 il processo di liberalizzazione, ampliando notevolmente la platea dei soggetti potenzialmente capaci di offrire il servizio di fornitura. Idealmente, permette anche agli stessi consumatori di provvedere in autonomia ai propri bisogni energetici per mezzo dell'autoproduzione e della partecipazione a contesti entro cui l'energia viene collettivamente autoprodotta e, presumibilmente, venduta a prezzi più bassi o addirittura condivisa in una logica solidaristica.

La disciplina delle comunità energetiche di cui agli artt. 2, comma 16, e 22 della direttiva 2018/2001 e 2, comma 11, e 16 della direttiva 2019/944 rientra pienamente in questa logica. Tale disciplina mira a conciliare in modo armonico le due istanze sopra descritte, proponendo un modello di produzione e consumo di energia che sia allo stesso tempo ambientalmente sostenibile e socialmente partecipato, inclusivo e accessibile: «Le iniziative di comunità energetica vertono principalmente sull'approvvigionamento a prezzi accessibili di energia da fonti specifiche, come le rinnovabili, per i membri o i soci, piuttosto che privilegiare il fine di lucro come le imprese di energia elettrica tradizionali. Grazie alla partecipazione diretta dei consumatori, le iniziative di comunità energetica dimostrano di possedere il potenziale di favorire la diffusione delle nuove tecnologie e di nuovi modi di consumo, tra cui le reti di distribuzione intelligenti e la gestione della domanda, in maniera integrata. Esse possono inoltre aumentare l'efficienza energetica dei consumatori civili e contribuire a combattere la povertà energetica riducendo i consumi e le tariffe di fornitura. La comunità energetica consente inoltre ad alcuni gruppi di clienti civili di prendere parte al mercato dell'energia elettrica, a cui altrimenti potrebbero non essere in grado di accedere» (considerando 43, direttiva 2019/944) [15].

Più nello specifico, con l'espressione comunità energetica [16], il legislatore europeo ha inteso introdurre nell'ordinamento un soggetto di diritto autonomo

---

[13] Per una diversa prospettiva dei rapporti tra concorrenza e sostenibilità, in particolare nel prisma della collaborazione tra imprese, C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in questa *Rivista*, 2021, p. 70 ss.

[14] Il riferimento è ai servizi di fornitura di energia elettrica e gas naturale con condizioni economiche e contrattuali definite dall'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA), destinati ai clienti finali di piccole dimensioni (quali famiglie e microimprese) che non abbiano ancora scelto un venditore nel mercato libero.

[15] Negli stessi termini, anche il considerando 67 della direttiva 2018/2001.

[16] Con il termine comunità energetica, nel presente scritto, ci si riferisce indifferentemente sia alle comunità di energia rinnovabile della direttiva 2018/2001 sia alle comunità energetiche dei cittadini della direttiva 2019/944. Alcune differenze sono comunque riscontrabili tra i due soggetti. Per esempio, le comunità energetiche di cittadini, a differenza delle comunità di energia rinnovabile, possono definirsi tecnologicamente neutrali: le attività che svolgono non devono riferirsi necessariamente alla gestione della filiera dell'energia rinnovabile, ma possono contemplare anche l'utilizzo di energia non pulita, come espressamente sancito dall'art. 2, comma 11, lett. c), direttiva 2019/944, che si riferisce "anche" e non "esclusivamente" alle fonti rinnovabili.

che deve necessariamente i) presentare una struttura giuridica che sia basata sulla partecipazione *aperta* e *volontaria* dei membri; ii) dotarsi di un sistema di *governance* dei rapporti interni in cui i poteri di controllo siano affidati esclusivamente ai membri o ai soci [17]; iii) perseguire in via principale l'obiettivo di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai propri azionisti o membri oppure al territorio entro cui agisce, piuttosto che profitti finanziari. Le norme in commento non contengono un'elencazione tassativa delle funzioni che le comunità energetiche possono svolgere. La generazione, la fornitura e il consumo di energia sono le attività della filiera energetica che le comunità energetiche possono più autenticamente condurre, ma esse potranno anche occuparsi – singolarmente oppure, come sembra più probabile, congiuntamente ad altre attività – della distribuzione [18], dell'aggregazione e dello stoccaggio dell'energia, oltre che offrire servizi di efficienza energetica. Rimangono, quindi, escluse le attività di trasmissione nella rete ad alta tensione – essenziali per il soddisfacimento delle esigenze di approvvigionamento dei clienti finali, in quanto non tutta l'energia potrà essere autoprodotta a livello domestico – dal momento che le comunità energetiche, per struttura e composizione, non possiedono le risorse economiche e le competenze tecniche necessarie per condurle. Infine, è attribuito rilievo preminente alla funzione sociale delle comunità energetiche, che è compito dei legislatori nazionali valorizzare: ai sensi dell'art. 22, comma 4, lett. f) della direttiva 2018/2001, gli Stati membri, nel fornire in sede di recepimento un quadro normativo di sostegno alla promozione e allo sviluppo delle comunità energetiche, dovranno garantire la partecipazione ad esse anche dei consumatori vulnerabili e di quelli appartenenti alle famiglie a basso reddito.

L'Italia ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento gli istituti dell'autoconsumo collettivo e delle comunità energetiche con la disciplina transitoria di cui all'art. 42-*bis* del d.l. n. 162/19, per poi recepire completamente le direttive 2018/2001 e 2019/944 nel novembre del 2021 con i d.lgs. n. 199 e n. 210 [19]. Senza addentrarsi nell'analisi dettagliata delle singole norme, merita di essere rilevata in questa sede la valorizzazione operata dal legislatore nazionale del profilo dell'autonomia negoziale dei membri nella gestione e nell'organizzazione dei rapporti di autoconsumo, accompagnata dall'introduzione di specifiche disposizioni finalizzate a garantire che in ogni caso l'esercizio di tale autonomia avvenga in conformità agli obiettivi posti dalla cornice regolatoria. Per esempio, il contratto di diritto privato cui il legislatore nazionale affida la regolazione dei rapporti di autoconsumo tra i membri di una comunità (art. 32, d.lgs. n. 199/2021 e art. 14, comma 5, d.lgs. n. 210/2021) deve – tra le altre cose [20] – espressamente prevedere il mantenimento in capo ai membri dei

---

Ed ancora, i membri delle comunità energetiche di cittadini non sono vincolati al rispetto di un criterio di prossimità geografica come quello imposto dall'art. 2, comma 16, lett. a), direttiva 2018/2001, ai membri delle comunità di energia rinnovabile.

[17] In particolare, possono esercitare i poteri di controllo solamente quei membri o soci che siano persone fisiche, piccole-medie imprese e autorità locali, con l'esclusione, quindi, di realtà imprenditoriali di grandi dimensioni. *Infra* § 4.2.

[18] Solamente per le comunità energetiche dei cittadini è prevista la possibilità di gestire la rete di distribuzione (art. 16, comma 4, direttiva 2019/944).

[19] Tali decreti vanno inoltre interpretati in ottica sinergica con quanto stabilito dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (*www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf*): sul punto, in particolare, si veda l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 199/2021.

[20] Per esempio, un ulteriore elemento che deve comporre il contenuto minimo del contratto di autoconsumo introdotto dal legislatore nazionale per regolare i rapporti all'interno di una co-

diritti contrattuali loro tradizionalmente riconosciuti in quanto clienti finali, affinché la vocazione collaborativa dei nuovi istituti giuridici non li pregiudichi nei rapporti che conducono sul mercato con gli operatori professionisti. Inoltre, in piena coerenza con il superamento del paradigma di regolazione esclusivamente concorrenziale del mercato, i decreti attuativi non si limitano solo a ribadire che la partecipazione è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili (art. 31, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 199/2021), ma introducono soluzioni normative capaci di attuare – quanto meno a livello embrionale – quella vocazione socialmente inclusiva che è attribuita in sede europea alle comunità energetiche. A titolo esemplificativo possono essere menzionate quelle disposizioni che affidano agli enti locali partecipanti ad una comunità energetica dei cittadini [21] il compito di adottare «iniziative per promuovere la partecipazione alle comunità stesse dei clienti vulnerabili […] affinché questi ultimi possano accedere ai benefici ambientali, economici e sociali assicurati dalla comunità stessa» (art. 11, comma 7, prima parte, d.lgs. n. 210/2021) [22]. Proprio a supporto di tali iniziative, l'art. 11 valorizza anche il ruolo del Gestore dei servizi energetici (GSE S.p.A.) con particolare riferimento agli aspetti informativi, che rivestono importanza cruciale nello stimolare l'inclusione delle fasce più deboli della popolazione nei nuovi contesti attuativi della transizione [23]. Il GSE, nell'ambito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei Comuni, dovrà mettere a disposizione servizi informativi dedicati, ivi inclusi guide informative e strumenti di simulazione, finalizzati a rendere edotti anche i consumatori vulnerabili della possibilità di accedere, mediante tali nuovi istituti, all'energia pulita (art. 11, comma 7, seconda parte). La vocazione socialmente ed economicamente inclusiva delle comunità energetiche trova poi la propria più significativa manifestazione nel regime degli incentivi di cui al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 16 settembre 2020 per l'individuazione della tariffa incentivante a remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili [24] e alla Deliberazione 318/2020/R/EEL del-

munità energetica è l'individuazione del soggetto responsabile del riparto dell'energia condivisa (art. 14, comma 4, d.lgs. n. 210/2021 e art. 32, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 199/2021).

[21] Nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente nei loro bilanci e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica

[22] Come detto, queste misure non sostituiscono ma affiancano l'intervento sul prezzo di fornitura per i clienti vulnerabili. L'intervento sul prezzo è previsto anche dalla nuova disciplina all'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 210/2021: «A decorrere dalla data di cessazione del servizio di maggior tutela di cui all'art. 1, comma 60, della legge 4 agosto 2017, n. 124, i fornitori sono tenuti ad offrire ai clienti vulnerabili di cui al comma 1 del presente articolo che ne facciano richiesta la fornitura di energia elettrica ad un prezzo che rifletta il costo dell'energia nel mercato all'ingrosso, i costi efficienti del servizio di commercializzazione e le condizioni contrattuali e di qualità del servizio, così come definiti dall'ARERA con uno o più provvedimenti e periodicamente aggiornati».

[23] *Infra* § 4.2.

[24] Decreto Ministeriale del 16 settembre 2020, *Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili, in attuazione dell'articolo 42-bis, comma 9, del decreto-legge n. 162/2019, convertito dalla legge n. 8/2020*. Al momento in cui si scrive, la nuova proposta di Decreto Ministeriale per l'incentivo alle forme di autoconsumo e che dà attuazione alle disposizioni in materia di autoconsumo e comunità energetiche contenute nei d.lgs. n. 199/2021 e 210/2021 è in attesa del via libera della Commissione UE necessario per l'entrata in vigore. Cfr. <*https://www.mase.gov.it/comunicati/mase-avvia-iter-conue-su-proposta-decreto-cer*>. Oltre alla tariffa incentivante, il nuovo Decreto prevede anche la possibilità per le comunità costituite *ex novo* o potenziate nell'ambito di comuni con meno di 5000 abitanti di richiedere l'erogazione di un contributo a fondo perduto – finanziato con fondi europei PNRR – fino al 40% dell'investimento.

l'ARERA del 4 agosto 2020 per la valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa [25]. Questo regime è diretto a garantire la sostenibilità non solo ambientale ma anche economica del sistema di produzione e approvvigionamento di energia per i membri della comunità. Più nello specifico, la comunità beneficia di diversi contributi economici corrisposti dal GSE per mezzo del referente della configurazione (art. 32, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 199/2021; art 14, comma 5, d.lgs. n. 210/2021) quali i) la tariffa incentivante in forma di tariffa premio sull'energia condivisa nella misura di 110 €/MWh, così come prevista dall'art. 3, d.m. del 16 settembre 2020; ii) la valorizzazione dell'energia elettrica condivisa di cui alla Delibera ARERA 318/2020/R/EEL, mediante il ristoro delle componenti tariffarie tecnicamente non applicabili all'energia condivisa, quali la tariffa di trasmissione (TRAS-e) definita per le utenze in bassa tensione e la componente variabile di distribuzione definita per le utenze per altri usi in bassa tensione (BTAU), nonché delle perdite di rete evitate; iii) il corrispettivo per la vendita dell'energia. Tali importi sono ripartiti tra i membri della comunità dal soggetto referente secondo le modalità definite nel contratto di diritto privato che ne governa i rapporti interni e contribuiscono, così, ad alleggerire la spesa energetica complessivamente intesa di coloro che decidono di partecipare alle comunità [26].

3. *Energy justice* e transizione energetica: profili costitutivi e prospettive di dialogo

Il concetto di *energy justice* [27] costituisce uno strumento di carattere interdisciplinare [28] particolarmente utile per gli operatori del diritto [29]. Nella sua funzione valutativa, favorisce l'identificazione, la collocazione sistematica e l'analisi delle situazioni di ingiustizia; nella sua funzione prescrittiva, stimola l'elaborazione di soluzioni, nella forma di raccomandazioni, per ovviare alle situazioni di ingiustizia individuate, ponendosi, pertanto, come una nuova coordinata giuridica capace di ispirare le strategie regolative e di *policy* in materia di energia.

L'idea di giustizia che il concetto di *energy justice* veicola è multiforme ed interseca le dimensioni della giustizia distributiva [30], della giustizia procedura-

---

[25] Deliberazione ARERA 318/2020/R/EEL del 4 agosto 2020, *Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile*. Dal 1 marzo 2023 questa deliberazione è abrogata e sostituita dal *Testo Integrato delle disposizioni dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente per la Regolazione dell'autoconsumo diffuso* (Testo integrato autoconsumo diffuso – TIAD), deliberazione ARERA 727/2022/R/EEL del 27 dicembre 2022.

[26] Diversamente le modalità di scomputo in bolletta non sono ancora state definite, cfr. deliberazione ARERA 727/2022/R/EEL, p. 21.

[27] La prima sistematizzazione di tale concetto si deve a Benjamin K. Sovacool e Michael H. Dworkin, che lo hanno definito come «a global energy system that fairly disseminates both the benefits and costs of energy services, and one that has representative and impartial energy decision-making», cfr. B. K. SOVACOOL-M. H. DWORKIN, *op. cit.*

[28] *Ivi*, p. 441.

[29] K. JENKINSA ET AL., *op. cit.*, p. 175.

[30] La giustizia distributiva permette di individuare le situazioni entro cui si verificano episodi di ingiustizia in ragione di un'iniqua distribuzione delle risorse, delle infrastrutture, dei

le [31] e della giustizia ricognitiva [32], da tenere in considerazione nella valutazione e nella formazione di qualsiasi decisione in materia energetica [33]. Per sopperire alle difficoltà applicative che l'astrattezza di queste dimensioni costitutive inevitabilmente presenta, la stessa dottrina che ha sviluppato il concetto di *energy justice* ha indicato otto principi guida utili a fornire punti di riferimento concreti al legislatore nella sua attività di bilanciamento e, al tempo stesso, a guidare l'attività prima analitica e poi propositiva dell'interprete [34]. In altre parole, una scelta regolativa [35] può essere considerata giusta nella prospettiva dell'*energy justice* se astrattamente tesa alla realizzazione dei principi di disponibilità (*availability*), accessibilità (*affordability*), *due process*, *good governance*, equità intragenerazionale, equità intergenerazionale, sviluppo sostenibile, responsabilità.

Più precisamente, i principi della disponibilità e dell'accessibilità possono essere ricondotti alla dimensione distributiva che compone il concetto di *energy justice*. Il primo, infatti, fa riferimento all'adeguatezza delle risorse energetiche e infrastrutturali [36] che un sistema di mercato dovrebbe garantire ai propri partecipanti; il secondo riguarda l'equità e la convenienza dei prezzi a cui i servizi energetici dovrebbero essere offerti sul mercato [37]. *Due process* e *good governance* attengono, invece, alla dimensione procedurale del concetto di *energy justice*. Il principio del *due process* si pone a garanzia dell'accesso alle

---

vantaggi e degli svantaggi o delle responsabilità in vario modo connesse al settore energetico.

[31] La giustizia procedurale attiene alle modalità con cui vengono adottate le decisioni in ambito energetico, che dovrebbero ispirarsi al principio di trasparenza e garantire la più ampia partecipazione dei soggetti coinvolti, nonché la rappresentatività dei loro interessi.

[32] La giustizia ricognitiva consente di identificare quali gruppi sociali sono ignorati, non rappresentati o finanche pregiudicati tra quelli potenzialmente interessati da una certa decisione in materia energetica. In particolare, N. FRASER, *Social justice in the age of identity politics*, in G. HENDERSON (a cura di), *Geographical Thought: A Praxis Perspective*, Taylor and Francis, Londra, 1999, p. 56 ss., individua tre cause potenzialmente in grado di pregiudicare la giustizia energetica nella sua forma ricognitiva: *cultural domination, non-recognition, disrespect*.

[33] Cfr. R.J. HEFFRON, *Applying energy justice into the energy transition*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2022, p. 1 ss. che definisce la giustizia distributiva, la giustizia procedurale e la giustizia ricognitiva, «the core three tenets of energy justice». Per un'analisi dei tre pilastri del concetto di *energy justice* D. MCCAULEY ET AL., *Advancing energy justice: the triumvirate of tenets*, in *International Energy Law Review*, 2013, 107 ss. Conducono un'analisi alla luce delle tre dimensioni della giustizia energetica anche F. HANKE-R. GUYET-M. FEENSTRA, *Do renewable energy communities deliver energy justice? Exploring insights from 71 European cases*, in *Energy Research & Social Science*, 2021, p. 1 ss.

[34] Su questi otto principi, ampiamente, B. K. SOVACOOL-M. H. DWORKIN, *op. cit.*, p. 438 ss. Questi principi sono definiti da R. J. HEFFRON, *op. cit.*, p. 3, nei termini di «applied principles for practice of energy justice».

[35] Per esempio, una decisione di carattere amministrativo, l'introduzione di una nuova disciplina legislativa di incentivi, l'elaborazione di un nuovo istituto giuridico oppure, a livello di rapporti tra privati, di una strategia di *policy* aziendale

[36] Più precisamente, la disponibilità nella sua dimensione infrastrutturale interseca la capacità di un sistema di implementare l'utilizzo di tecnologie efficienti in tutte le fasi della filiera energetica, dalla produzione alla vendita al dettaglio, anche al fine di prevenire ed evitare le conseguenze dannose di incidenti e guasti tecnici.

[37] Nella logica dell'accessibilità, pertanto, il servizio di fornitura dovrebbe essere offerto a prezzi convenienti affinché le persone possano soddisfare i propri bisogni primari, per esempio vivere in un ambiente adeguatamente illuminato e riscaldato, e le bollette energetiche non dovrebbero gravare eccessivamente sulla situazione economica dei consumatori, soprattutto su quella di coloro che si trovano già in una condizione di vulnerabilità, tale per cui l'impiego del proprio reddito è destinato completamente al pagamento di servizi essenziali come quello energetico.

procedure giudiziarie e amministrative in materia energetica, affinché gli attori di mercato coinvolti possano godere di un adeguato ristoro in caso di controversie e, parimenti, del coinvolgimento dei cittadini/consumatori a tutti i procedimenti decisionali riguardanti progetti energetici che insistono sulle comunità territoriali in cui vivono [38]. Il principio della *good governance* mira all'adozione in ambito energetico di decisioni primariamente ispirate al principio di trasparenza, ovvero capaci di garantire ai cittadini l'accesso a tutte le informazioni che le giustificano e di rendere facilmente identificabile il soggetto pubblico responsabile della loro attuazione [39]. Nella geometria costitutiva dell'*energy justice*, la dimensione più prettamente socio-ambientale di cui si compone il diritto dell'energia – attinente all'impatto che le decisioni in materia energetica inevitabilmente hanno sulla popolazione (giustizia ricognitiva) – ha il proprio fulcro nel principio dello sviluppo sostenibile [40]. Nel tentativo di assicurare il bilanciamento tra equità intragenerazionale [41] ed equità intergenerazionale [42], lo sviluppo sostenibile coinvolge primariamente il dovere degli Stati di assicurare un uso delle risorse energetiche accorto e innovativo – affinché queste non si esauriscano troppo rapidamente e siano limitati i danni che il loro potenziale inquinante può causare alle future generazioni e all'ambiente stesso – e, parallelamente, capace di soddisfare le esigenze di sviluppo della società attuale, per le quali il massiccio uso di energia risulta vitale [43]. Infine, il principio della responsabilità è declinabile secondo una molteplice dimensione che coinvolge a vario titolo l'azione degli Stati [44] nella protezione dell'ambiente mediante apposite misure volte a ridurre gli effetti negativi derivanti da un uso non sostenibile dell'energia.

---

[38] Secondo la prospettiva del *due process*, i cittadini devono poter esprimere liberamente e consapevolmente il loro consenso a tali progetti, devono essere coinvolti nelle valutazioni di impatto ambientale e sociale anche mediante procedure di consultazione e deve essere loro garantito il ricorso a forme di arbitrato neutrale in caso di controversie.

[39] L'obiettivo è quello di innescare una dinamica virtuosa nel dialogo tra cittadini e istituzioni, in grado di accrescere la fiducia dei primi nei processi democratici e nello stesso mercato energetico, perché messi nella condizione di comprendere le ragioni profonde di ogni decisione ed eventualmente di avanzare richieste e obiezioni.

[40] World Commission on Environment and Development, 1987, *Our common future*.

[41] Più precisamente, l'equità intragenerazionale, sul presupposto che la dignità dell'uomo deve essere tutelata *in primis* avendo riguardo alle generazioni presenti, stimola una distribuzione equa di quelle risorse che permettono il soddisfacimento dei bisogni essenziali dell'uomo e si propone, quindi, di garantire a tutti l'accesso ad un livello minimo di servizi energetici tale da assicurare un tenore di vita dignitoso.

[42] L'equità intergenerazionale si muove in una prospettiva temporale che non coinvolge la giusta allocazione delle risorse tra le comunità di cittadini attualmente esistenti, ma si proietta in una dimensione ulteriore, finalizzata anche alla tutela delle ragioni delle generazioni future: con riferimento alla materia energetica, qualsiasi decisione – per esempio i piani di investimento in nuove fonti di produzione – deve essere adottata nella prospettiva secondo cui le generazioni future hanno diritto di ereditare una situazione ambientale quanto meno non peggiore rispetto a quella che i loro predecessori hanno a loro volta ereditato.

[43] Sul ruolo del principio dello sviluppo sostenibile nell'attuale fase di transizione energetica e nella sua regolazione in una prospettiva di giustizia, B. BOSCHETTI, *Eco-design giuridico (trasformativo) per la "net-zero age" e la sua economia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, p. 821 ss., p. 836.

[44] Si tratta della responsabilità dei governi di evitare gli effetti catastrofici della sempre più veloce degradazione ambientale, della responsabilità degli Stati industrializzati di adottare misure in grado di contrastare il cambiamento climatico mediante ingenti investimenti nella logica del principio di diritto ambientale "chi inquina paga", della responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future e infine della responsabilità dell'uomo verso l'ambiente in una visione non più esclusivamente antropocentrica. Così B.K. SOVACOOL-M.H. DWORKIN, *op. cit.*, p. 440.

Proprio nell'attuale contesto di trasformazione tecnologica dell'intera filiera del settore energetico, la portata innovativa dell'*energy justice* permette di favorire l'elaborazione di coordinate giuridiche flessibili, in grado di non ingabbiare l'innovazione tecnologica per mezzo di una disciplina ipertrofica, ma allo stesso tempo concettualmente radicate e capaci, quindi, di orientare l'attività legislativa presente e futura [45]. Tale concetto dona anche nuova linfa alla riflessione su quelle questioni lasciate ancora irrisolte dagli interventi regolativi che si sono avvicendati fino ad oggi: si pensi, emblematicamente, proprio all'impatto negativo sull'ambiente dell'utilizzo di combustibili fossili, che altresì incidono negativamente sulla salute dell'uomo; alla consistente riduzione del reddito dei cittadini a fronte della commercializzazione dell'energia su larga scala e all'espansione del fenomeno della povertà energetica; alle persistenti disuguaglianze nell'accesso all'energia in generale e all'energia pulita in particolare [46].

Le fasi evolutive del diritto dell'energia si sono tradizionalmente radicate nella necessità di risolvere le urgenti questioni che le contingenze storiche di volta in volta hanno posto: dalla sicurezza dei lavoratori addetti all'estrazione [47] alla sicurezza dei processi produttivi [48], dalla stabilità e continuità dell'approvvigionamento [49] all'efficienza del mercato [50] fino alla più recente modernizzazio-

---

[45] Sulla necessità di un approccio olistico per regolare la transizione energetica nel solco del principio di *energy justice* I. CAMPOS-E. MARÍN-GONZÁLEZ, *People in transitions: Energy citizenship, prosumerism and social movements in Europe*, in *Energy Research & Social Science*, 2020, p. 1 ss., p. 11; D. MCCAULEY ET AL., *op. cit.,* p. 109.

[46] Come accennato in apertura, il concetto di *energy justice* è stato finanche individuato da alcuni autori quale nuovo fondamento teorico dell'intero diritto dell'energia nel tentativo di conferire finalmente a questa disciplina – tradizionalmente ancillare rispetto ad altre branche del diritto – in particolare il diritto pubblico e il diritto internazionale – la propria autonomia (cfr. R.J. HEFFRON-K. TALUS). La regolazione del settore energetico si è formata sulla base di spinte radicate nelle macro esigenze storicamente contingenti – riguardanti le diverse fasi della filiera energetica – che di volta in volta si presentavano (*infra* in questo paragrafo), dando vita così a "molti diritti dell'energia" e lasciando priva la materia di unitari presupposti concettuali e filosofici su cui fondarsi. Tuttavia, acquisita definitivamente la consapevolezza della rilevanza e della singolarità delle questioni energetiche, l'adozione di un approccio olistico per disciplinare in autonomia la materia e l'individuazione di una specifica *raison d'être* del diritto dell'energia, ovvero di una prospettiva teorica entro cui collocare la disciplina giuridica del settore energetico dalla fase della produzione a quella del consumo, sono indicate quali azioni non più rimandabili.

[47] Tale esigenza regolativa si è posta a seguito dei numerosi incidenti verificatisi tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento a danno di coloro che lavoravano nella filiera energetica, dapprima nelle miniere di carbone e poi nelle attività di estrazione del gas naturale e del petrolio, settore allora in piena espansione. Per una panoramica sulla legislazione britannica in materia di sicurezza sul lavoro nel settore energetico, <*https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/coalmines/*>.

[48] Soprattutto in seguito ad alcuni incidenti catastrofici più recenti, come quelli nucleari di Chernobyl e Fukushima.

[49] La necessità per gli Stati di assicurarsi un approvvigionamento energetico stabile e sicuro ha indubbiamente influenzato il più recente sviluppo del diritto delle relazioni internazionali, dal momento che dopo la Seconda Guerra Mondiale e nel contesto della Guerra Fredda sono emerse numerose organizzazioni internazionali con lo scopo di garantire la pace e la prosperità tra le nazioni in cui la questione energetica è centrale, se non fondativa: il caso più eclatante è proprio quello dell'Unione Europea, nata come un'unione energetica dapprima nel settore carbo-siderurgico e poi in quello atomico, al fine di stabilire una collaborazione produttiva e di ricerca tra gli Stati Membri e favorire una più libera circolazione di queste merci.

[50] Dopo la crisi petrolifera degli anni Settanta e la fine della Guerra Fredda, in un contesto geopoliticamente più stabile, si è aperta quella fase che può più propriamente definirsi di regolazione economica del settore energetico: gli interventi legislativi in questione, ispirati dal pensiero liberale neoclassico, sono diretti dapprima a creare e poi a garantire la concorrenza e la

ne della rete elettrica e all'avvento di innovative tecnologie di produzione energetica [51]. Muovendo da questo presupposto, l'emersione di altri fattori critici – su tutti l'emergenza climatica e la povertà energetica, esacerbate da una crisi geopolitica che coinvolge primariamente la materia energetica – sembra capace di innescare una nuova fase regolativa in cui la dimensione ambientale e sociale può essere maggiormente valorizzata. Proprio il concetto di *energy justice* si pone allora quale motore propulsivo dell'ultima e appena iniziata fase storica del diritto dell'energia e risulta funzionale allo sviluppo di un sistema di regolazione che, valorizzando lo stretto nesso che lega la produzione e il consumo di energia [52], miri a garantire un'efficiente gestione delle risorse energetiche secondo i canoni della sostenibilità e dell'inclusività.

Delineate così la geometria teorica e la portata applicativa del concetto di *energy justice*, è necessario allora conciliare questa tendenza regolativa con l'altra grande tendenza che sta coinvolgendo il mercato energetico: il riferimento è alla transizione ecologicamente connotata dei sistemi di produzione energetica nel settore elettrico. In primo luogo, deve notarsi una certa convergenza tra le questioni che l'*energy justice* si propone di risolvere e le istanze che stimolano la transizione energetica: la riduzione dell'utilizzo dei combustibili fossili quali principali fonti di energia si pone in un rapporto di diretta proporzionalità con la riduzione delle emissioni climalteranti, generando conseguenze positive sia per l'ambiente sia per la salute dell'uomo. Allo stesso tempo, la distribuzione capillare – su base locale e domestica – dei sistemi produttivi di energia da fonti rinnovabili moltiplica potenzialmente le opportunità di approvvigionamento, costituendo una delle possibili strategie per affrontare la questione della vulnerabilità energetica di larghe fasce della popolazione. Questa convergenza, tuttavia, non si traduce in un automatismo tale per cui qualsiasi iniziativa regolativa volta a favorire la transizione energetica può certamente considerarsi giusta nella logica di cui all'*energy justice* [53]. Al contrario, anche gli interventi idealmente attuativi della transizione possono risultare critici in termini di giustizia distributiva, procedurale o ricognitiva e gli otto principi di cui si compone il concetto di *energy justice* possono certamente svolgere un ruolo di supporto in tale valutazione. In virtù della funzione sia analitica sia normativa dello strumento dell'*energy justice*, l'interprete dovrebbe prima valutare e poi, se del caso, integrare in ottica propositiva quelle decisioni legislative che siano orientate, quanto meno negli intenti, al perseguimento di obiettivi di promozione della transizione energetica. Pertanto, lo sfor-

---

liberalizzazione del mercato energetico, smantellando un sistema tradizionalmente fondato sul controllo statale dei mezzi di produzione e del mercato al dettaglio. In Europa questa fase ha coinciso con l'introduzione dei tre pacchetti energetici a partire dalla fine degli anni Novanta, culminati nel *Third Energy Package*.

[51] La crisi finanziaria del 2008 e la constatazione del fallimento dell'ideologia del libero mercato di stampo neoclassico hanno dato avvio a una stagione riformatrice anche nel settore energetico, che coincide con l'attuale fase storica del diritto dell'energia, incentrata sullo sviluppo di un apparato infrastrutturale energetico più innovativo e maggiormente adatto alle concrete esigenze degli attori di mercato. Lo sforzo è indirizzato soprattutto alla modernizzazione della rete elettrica e delle fonti di produzione, oltre che all'implementazione di sistemi in grado di ridurre lo spreco di energia e si concretizza in strategie legislative *ad hoc* e in massicci interventi di investimenti e sussidi.

[52] Su questa correlazione proprio nel prisma dell'idea di *energy justice,* S. HALL, *Energy justice and ethical consumption*, in *Local Environment*, 2013, p. 422 ss., K. JENKINS ET AL., *op. cit.*, p. 179.

[53] Sulla necessità di assicurare una giustizia nelle transizioni, B. BOSCHETTI, *op. cit.*

zo sarà diretto, in primo luogo, ad individuare quali siano gli interessi – della transizione da un lato, della giustizia energetica dall'altro – eventualmente in tensione tra loro in una determinata decisione in materia energetica; in secondo luogo, a ricostruire le geometrie entro cui il legislatore li ha bilanciati. Su queste basi, sarà poi possibile valutare se le soluzioni regolative adottate, anche senza abbracciare necessariamente tutte le dimensioni dell'*energy justice*, tendano ad esse quanto più possibile o, al contrario, se ci siano profili irragionevolmente trascurati, potenziale causa, quindi, di ingiustizia. Un esempio può permettere di chiarire meglio questo punto: se è incontestabile che la possibilità di autoprodurre energia rinnovabile per i *prosumer* influisce in modo positivo sulla riduzione delle emissioni climalteranti e comporta la loro parziale indipendenza dagli attuali fornitori di elettricità nel mercato al dettaglio, la conseguenza indiretta di tale indipendenza è che i cosiddetti "picchi di energia" [54] graveranno da un punto di vista economico in maniera prevalente su quei clienti finali non divenuti autoconsumatori, incapaci di fronteggiare il proprio fabbisogno di energia mediante risorse alternative e costretti, quindi, a sostenere i più alti costi di fornitura generati in quel momento dall'aumento della domanda [55]. Pertanto, anche un'iniziativa ecologicamente connotata come quella dell'incentivo all'autoproduzione domestica di energia pulita, se non adeguatamente integrata nell'ambito di una politica energetica attenta anche alle esigenze delle fasce più deboli della popolazione (presumibilmente impossibilitate o meno attratte dall'investire in nuove tecnologie, anche se incentivate), potrebbe essere causa di una serie di ingiustizie che, in un ideale circolo vizioso, sarebbero capaci di rallentare la stessa transizione.

4. Le comunità energetiche quali strumenti giuridici di una transizione energetica giusta

Ricostruite le coordinate entro cui l'intersezione tra transizione energetica ed *energy justice* può realizzarsi e delineate le funzioni che l'*energy justice* può esplicare nell'ambito della regolazione del mercato energetico in transizione, è ora possibile indagare se i percorsi argomentativi così tracciati possano trovare cittadinanza nell'ambito delle comunità energetiche. Si tratta, in particolare, di valutare se e in che modo le comunità energetiche, così come disciplinate dai d.lgs. n. 199/2021 e n. 210/2021, possano contribuire alla realizzazione di una transizione energetica giusta in Italia. Sebbene l'istituto in

[54] Con questo termine ci si riferisce a quei momenti nei quali la domanda di energia è molto alta, quindi il bene è più scarso e i costi da sostenere per ottenerlo crescono.

[55] Questo esempio altamente significativo è tratto da T. FAVARO, *op. cit.*, p. 62. L'Autrice fa riferimento a un altro caso emblematico della tensione tra gli aspetti sociali e gli aspetti ambientali che le misure dirette ad attuare la transizione energetica possono in concreto presentare. Si tratta dell'esonero dal pagamento della componente tariffaria in bolletta avente ad oggetto gli oneri di sistema per l'energia autoconsumata previsto dalla delibera 276/2017/R/EEL, in applicazione del d.l. n. 244/2016: «Nell'attuale contesto regolatorio, la mancata applicazione all'energia elettrica auto-consumata delle componenti tariffarie a copertura degli oneri generali di sistema, a parità di gettito necessario per la copertura degli oneri, determina l'insorgere di un incentivo implicito – pari al costo evitato delle medesime componenti tariffarie – che manifesta un potenziale effetto redistributivo avverso, comportando un aggravio significativo di spesa per tutti gli altri clienti finali del settore elettrico, e ciò a danno dei consumatori più vulnerabili e meno pronti ad approfittare dei vantaggi associati allo sviluppo dell'autoconsumo».

questione sembra di per sé sposare i principi che ispirano la transizione, qualsiasi considerazione in termini di giustizia merita di essere vagliata più approfonditamente alla luce del complesso apparato concettuale proprio dell'*energy justice*, da applicare nella sua doppia funzione valutativa e normativa. Sul punto, sarà mostrato che la legislazione nazionale in materia di comunità energetiche, in conformità al quadro normativo europeo, aderisce astrattamente alle dimensioni di giustizia di cui all'*energy justice* e può contribuire a realizzarne i principi. Sarà così possibile, in una prospettiva *de iure condito*, identificare quelle disposizioni che tendono verso una sua attuazione anche in termini concreti e svelare alcune tensioni tra interessi contrapposti che, se non adeguatamente smorzate, potrebbero far emergere profili di ingiustizia.

4.1. Le ragioni dell'inquadramento

Come emerso dall'analisi condotta nella precedente Sezione 2, le comunità energetiche fanno il loro ingresso nel panorama normativo europeo quali strumenti giuridici in grado di veicolare un modello di mercato ispirato ai criteri della sostenibilità ambientale e dell'inclusività. Al di là delle affermazioni di principio, ci si chiede se e in che modo le comunità possano costituire uno spazio giuridico privilegiato entro cui garantire l'operatività dell'apparato concettuale di cui all'*energy justice*. Sono numerose, infatti, le questioni che un inquadramento delle comunità energetiche nella cornice dell'*energy justice*, qui intesa nella sua funzione valutativa, può sollevare. Con riferimento alla dimensione di giustizia distributiva, per esempio, le comunità energetiche riescono a garantire un accesso non discriminatorio alle fonti di energia, equo per tutti i consumatori e al tempo testo conveniente e sostenibile da un punto di vista economico? Proseguendo, nella logica della giustizia procedurale, il modello di organizzazione dei rapporti nelle comunità energetiche assicura la partecipazione informata dei consumatori e il loro coinvolgimento in fase decisionale, anche nell'ottica di accrescere la fiducia verso i nuovi sistemi produttivi e di fornitura? Ed ancora, nel veicolare un modello di mercato proiettato verso la tutela delle generazioni future, la disciplina giuridica delle comunità energetiche è sufficientemente equa anche in termini intragenerazionali, secondo una prospettiva di giustizia ricognitiva tale per cui tutti i consumatori "presenti" dovrebbero avere accesso a fonti di energia pulita? Per provare a rispondere a queste domande è necessario analizzare l'istituto delle comunità energetiche – così come sistematicamente inteso nel *Clean Energy Package* e poi nella trasposizione italiana – attraverso la lente dell'*energy justice* nelle sue declinazioni distributiva, procedurale e ricognitiva. In questo modo, sarà possibile verificare se le comunità energetiche possano essere considerate degli strumenti giuridici attuativi dell'*energy justice*.

Quanto ai profili di giustizia distributiva, l'introduzione delle comunità energetiche si radica proprio nei concetti di disponibilità energetica e di accessibilità anche economica al servizio di fornitura. Sul primo punto, la distribuzione delle fonti di energia rinnovabile su cui si fonda il modello di mercato delle comunità energetiche stimola l'emersione in capo ai clienti finali di diritti del tutto nuovi, quali quello di autoprodurre energia rinnovabile, scambiarla e condividerla collettivamente, agevolando così l'accesso *tout court* ai servizi energetici. In altre parole, la dimensione locale entro la quale prendono forma le comunità energetiche veicola idealmente un modello di mercato accessibile anche per chi tradizionalmente non sarebbe nelle condizioni di parteciparvi (con-

siderando 43, direttiva 2019/944; considerando 67, direttiva 2018/2001)[56]. Con riferimento alla convenienza economica, le direttive (art. 15, comma 2, lett. e, direttiva 2019/944; art. 22, comma 1, direttiva 2018/2001) e i decreti (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 210/2021; art. 32, comma 3, lett. d, d.lgs. n. 199/2021) prevedono espressamente che i membri, per il semplice fatto della loro partecipazione ad una comunità, non possano essere sottoposti a procedure od oneri discriminatori. Prevendono altresì che gli oneri eventualmente dovuti siano proporzionati ai costi effettivi, in modo tale da promuovere la diffusione di questo nuovo istituto e non creare irragionevoli disparità di trattamento tra chi vi partecipa e coloro che si riforniscono di energia secondo le procedure tradizionali[57]. Inoltre, il sistema degli incentivi e della valorizzazione dell'energia condivisa, nonché la possibilità per la comunità di vendere l'energia autoprodotta, determinano una riduzione della spesa energetica complessiva per i singoli partecipanti[58], garantendo così un'implementazione dell'accessibilità economica ai servizi di fornitura energetica.

Sul piano della giustizia procedurale, le comunità energetiche mirano ad attuare al loro interno dinamiche partecipative ispirate ai criteri di informazione e trasparenza e capaci di garantire ai clienti finali/membri la possibilità di contribuire attivamente ai processi decisionali coinvolgenti la vita giuridica ed economica della comunità. Anche quando agiscono nelle comunità energetiche, i consumatori devono continuare a mantenere i loro diritti di clienti finali[59], che sono radicati nei tradizionali principi di matrice consumeristica della trasparenza e della corretta informazione (art. 16, comma 1, lett. c, direttiva 2019/944; art. 21, comma 2, lett. c, direttiva 2018/2001; art. 14, comma 6, lett. b, d.lgs. n. 210/2021; art. 32, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 199/2021) affinché la loro partecipazione sia autenticamente consapevole, e quindi attiva. Inoltre, i poteri di controllo e *governance* nelle comunità possono essere esercitati solamente dai membri, ovvero dagli stessi clienti finali (art. 2, comma 11, lett. a, direttiva 2019/944; art. 2, comma 16, lett. a, direttiva 2018/2001; art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 210/2021; art. 31, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 199/2021).

Infine, le comunità energetiche fanno propri anche i principi di carattere più prettamente ambientale e sociale ascrivibili alla dimensione ricognitiva del concetto di *energy justice*, attuando, in particolare, quei profili di equità intragenerazionale e intergenerazionale propri dello sviluppo sostenibile. Il consumatore partecipante ad una comunità energetica, pur continuando a sfruttare

---

[56] Secondo il considerando n. 67 della direttiva 2018/2001: «La concessione di diritti agli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente permette inoltre alle comunità di energia rinnovabile di aumentare l'efficienza energetica delle famiglie e di contribuire a combattere la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi e delle tariffe di fornitura. Gli Stati membri dovrebbero cogliere in modo appropriato tale opportunità, anche valutando la possibilità di consentire il coinvolgimento di famiglie che altrimenti potrebbero non essere in grado di partecipare, ivi compresi i consumatori vulnerabili e i locatari».

[57] Inoltre va detto che un sistema energetico fondato sulla produzione e sul consumo di energia rinnovabile è di per sé più vantaggioso dal punto di vista economico per i consumatori per varie ragioni, come emerge dal considerando n. 65 della direttiva 2018/2011: «Il passaggio a una produzione energetica decentrata presenta molti vantaggi, compreso l'utilizzo delle fonti di energia locali, maggiore sicurezza locale degli approvvigionamenti energetici, minori distanze di trasporto e ridotta dispersione energetica. Tale passaggio favorisce, inoltre, lo sviluppo e la coesione delle comunità grazie alla disponibilità di fonti di reddito e alla creazione di posti di lavoro a livello locale».

[58] *Supra* § 2.

[59] Il riferimento è, in particolare, ai diritti contrattuali di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 210/2021.

le opportunità derivanti da un mercato concorrenziale, diventa egli stesso strumento di realizzazione di istanze di carattere ambientale e sociale mediante l'autoproduzione, la condivisione e il consumo di energia rinnovabile. Da un tale inquadramento non può che notarsi una acquisita consapevolezza istituzionale dell'intersezione problematica tra questione energetica e questione climatica in una prospettiva che trascende la dimensione del presente. Emerge, altresì, la vocazione inclusiva delle comunità energetiche, anche nei confronti dei clienti vulnerabili (art. 22, comma 4, lett. f, direttiva 2018/2001; art. 31, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 199/2021; art. 11, comma 7, d.lgs. n. 210/2021), a testimonianza di una certa attenzione alla creazione di dinamiche di equità tra gli appartenenti ad una stessa realtà territoriale nel medesimo momento storico.

In conclusione, si può dunque affermare che le comunità energetiche possono essere inquadrate tra gli strumenti giuridici di *energy justice* introdotti dal *Clean Energy Package* per regolare il fenomeno della transizione energetica. Nel perimetro della comunità energetica è possibile perseguire anche obiettivi ambientali e di inclusione, conferendo così un'anima sociale al diritto dell'energia, per lungo tempo ispirato prevalentemente da obiettivi di natura economica o afferenti al governo delle relazioni tra gli Stati [60]. La struttura giuridica delle comunità energetiche non rinnega i principi ispiratori del diritto dell'energia, ma anzi li integra al suo interno in maniera armonica: il tradizionale ruolo del consumatore quale operatore la cui azione è essenziale al corretto funzionamento concorrenziale del mercato si affianca, così, ad un parimenti importante ruolo nell'accelerazione della transizione energetica. Nell'ottica del legislatore, il successo della transizione passa anche dalle scelte di consumo consapevoli dei clienti finali (compresi quelli vulnerabili) e dall'attività di autoproduzione collettiva e di condivisione dell'energia rinnovabile.

4.2. La disciplina italiana alla prova dell'inclusione sociale: un bilancio in chiaroscuro

Dopo aver declinato l'istituto delle comunità energetiche nella prospettiva dell'*energy justice*, appare ancora più evidente per quali ragioni esso non debba essere considerato *giusto* solo perché *ecosostenibile*. Le comunità energetiche non contribuiscono a realizzare una transizione energetica giusta solamente perché permettono un più ampio e innovativo utilizzo dell'energia rinnovabile, ma perché, oltre a questo, intendono soddisfare quelle esigenze – per esempio, di equità, di trasparenza, di partecipazione – che attengono alla dimensione più propriamente sociale del diritto dell'energia. In questa cornice, ammesso che le comunità energetiche siano sistematicamente coerenti con i principi alla base del concetto di *energy justice* e ne possano essere strumenti di attuazione, occorre verificare come la disciplina normativa interna abbia risolto alcune delle potenziali tensioni che la convergenza tra transizione energetica ed *energy justice* può comportare. La questione si pone sia con riferimento alla dimensione, per così dire, "interna" entro cui operano le comunità

[60] L'idea del diritto ad essere consumatore attivo come strumento di *energy justice* è confermata anche sulla base di un'analisi fattuale delle iniziative di *prosumerism* già esistenti e attive sul mercato: con un certo grado si approssimazione si può dire che queste rinvengono il loro fondamento proprio nei principi integrativi del concetto di *energy justice*. Sul punto si veda I. CAMPOS-E. MARÍN-GONZÁLEZ, *op. cit.,* 7 ss. Negli stessi termini, per un'indagine empirica, si veda anche S. FULLER-D. MCCAULEY, *op. cit.*

energetiche, attinente ai rapporti di mercato che si realizzano tra i membri, sia a quella "esterna", ovvero relativa al rapporto con coloro che ancora membri non sono.

Quanto alla prima, i membri di una comunità energetica operano in un ambiente giuridico in cui le ragioni della transizione si coniugano armonicamente con quelle della giustizia: consumano energia rinnovabile e beneficiano di un servizio di fornitura a condizioni più favorevoli rispetto a quelle presenti sul mercato [61]; possono contribuire [62] in modo attivo e informato alle decisioni che riguardano la comunità; collaborano alla creazione di una realtà locale ecosostenibile. Anche l'ampio spazio lasciato dal legislatore all'autonomia privata dei membri nella ripartizione dei contributi economici percepiti a vario titolo – incentivi, contributi di valorizzazione, corrispettivi per la vendita [63] – dalla comunità si colloca precisamente in questo scenario: solamente un autentico coinvolgimento dei membri nella definizione dei meccanismi di funzionamento, anche economici, della comunità può garantire quella democratizzazione dei rapporti e quel processo di *empowerment* dei consumatori di energia auspicati in sede europea. Le singole comunità, quindi, sono libere di definire il sistema di ripartizione dei contributi secondo i criteri che prediligono [64]: tale ripartizione potrebbe avvenire, per esempio, in misura proporzionale all'investimento sostenuto dai singoli membri per la dotazione degli impianti produttivi oppure all'efficienza dei consumi in termini di minor prelievo di energia dalla rete [65]. Tuttavia, deve essere rilevato che il completo affidamento di un aspetto così strategico come la delineazione del sistema di ripartizione degli incentivi all'autonomia privata dei membri potrebbe anche tradursi, nei fatti, in un fattore di indebolimento della tensione della comunità verso la realizzazione dei principi dell'*energy justice*. Per quei soggetti socialmente ed economicamente più fragili potrebbe essere difficile incidere sulle strategie di riparto in modo che le loro particolari esigenze di accessibilità siano adeguatamente tutelate [66]. In questo senso, sarebbe auspicabile un intervento correttivo di carattere legislativo o amministrativo [67] che imponesse alle comunità quantomeno di tenere in considerazione i principi di inclusività sociale ed economica che ispirano il quadro legislativo europeo anche con riferimento alla definizione, in via contrattuale, delle modalità di ripartizione dei benefici. Un vincolo di tal genere non sarebbe così invasivo da incidere sulla sostenibilità economica del *business-model* delle comunità e, allo stesso tempo, disinnescherebbe all'interno

[61] *Supra* § 2.

[62] Secondo i principi stabiliti dagli artt. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 210/2021 e 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021 in materia di *governance* e controllo.

[63] *Supra* § 2.

[64] Sul punto, Documento per la consultazione ARERA 390/2022/R/EEL, p. 23; deliberazione ARERA 727/2022/R/EEL, pp. 5-6.

[65] F.D. MINUTO-A. LANZINI, *Energy-sharing mechanisms for energy community members under different asset ownership schemes and user demand profiles*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2022, vol. 168.

[66] Si pensi, per esempio, ad un sistema di ripartizione degli incentivi che valorizzi in maniera preponderante l'investimento iniziale per costituire la comunità e per dotarla degli impianti necessari: in tal caso, un membro che sia un consumatore in una situazione di difficoltà economica beneficerebbe, presumibilmente, solo in modo del tutto marginale della partecipazione alla comunità.

[67] Per esempio nell'ambito dei provvedimenti di attuazione di derivazione ministeriale o delle deliberazioni dell'ARERA.

delle comunità la perpetrazione di dinamiche di esclusione dal mercato elettrico. Sarebbe così arginata la diffusione di assetti contrattuali interni del tutto insensibili alla posizione di quei soggetti che, pur essendo diventati membri, non abbiano potuto contribuire alla formazione o all'implementazione della comunità con importanti investimenti in sede di accesso e/o non siano normalmente in grado di fronteggiare la propria spesa energetica.

Proseguendo, nella prospettiva della concreta attuazione dei principi di cui all'*energy justice* per coloro che siano divenuti membri, deve essere menzionata anche la questione del trattamento fiscale dei contributi economici percepiti dalle comunità. Come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella Risposta n. 37/2022 [68], le somme conferite al soggetto responsabile del riparto dell'energia condivisa e da questo suddivise tra i membri secondo i criteri stabiliti contrattualmente non assumono, in linea generale, rilevanza ai fini IVA né sono fiscalmente rilevanti [69]. La natura fiscale di contributi a fondo perduto della tariffa premio incentivante e del ristoro delle componenti tariffarie rappresenta, dunque, un ulteriore stimolo finanziario per chi decide di investire in impianti da destinare alle comunità energetiche o di partecipare ad esse. In questo modo si realizza un ideale circolo virtuoso che, facendo leva sull'aspetto dell'accessibilità economica – mediante un alleggerimento del peso fiscale – all'energia pulita, veicola una maggiore disponibilità energetica anche sul piano infrastrutturale e favorisce, così, la diffusione di fonti produttive rinnovabili distribuite su scala locale, funzionali ad un approvvigionamento più sicuro.

Quanto alla proiezione esterna delle comunità energetiche, esse contribuiscono senza dubbio a realizzare i principi più propriamente ambientali che compongono il concetto di *energy justice* anche nel mercato a loro esterno. Le attività di produzione, consumo condiviso e vendita di energia rinnovabile autoprodotta localmente tendono a quell'armonia tra equità intragenerazionale ed intergenerazionale su cui la geometria del principio dello sviluppo sostenibile si fonda, proiettandosi positivamente sull'ambiente esterno alla comunità mediante la riduzione delle emissioni climalteranti che provengono dalla filiera energetica. Il discorso sembra più complesso con riferimento a quei principi di carattere latamente sociale attinenti alla giustizia distributiva e procedurale, in ragione della difficoltà per larghe fasce della popolazione di accedere prima, e di partecipare in modo autenticamente attivo poi, alle comunità energetiche. I termini del rapporto tra il fenomeno della povertà energetica [70] e l'istituto delle

---

[68] Risposta n. 37/2022, oggetto: art. 42-*bis* del d.l. 30 dicembre 2019 n.162 – Autoconsumo da fonti rinnovabili.

[69] Più precisamente, la rilevanza ai fini IVA è sempre esclusa per la tariffa premio e per la restituzione delle componenti tariffarie, indipendentemente dalle caratteristiche soggettive del percettore, mentre è esclusa per il corrispettivo nelle ipotesi – ad oggi di gran lunga prevalenti – in cui la vendita di elettricità non costituisca l'attività commerciale abituale della comunità stessa o del soggetto referente. Per quanto riguarda le imposte dirette, la tariffa premio e la restituzione delle componenti tariffarie non assumono rilevanza reddituale qualora il soggetto referente o la comunità stessa non svolgano attività commerciale abituale e, in questo caso, il corrispettivo deve essere tassato come "reddito diverso" (art. 67, comma 1, lett. i, del TUIR). Per una più ampia disamina dei profili di diritto tributario, O. ORLANDONI–G. MORAMARCO, *Comunità energetiche ed autoconsumo: regime fiscale e questioni ancora aperte*, in *dirittobancario.it*, 18 febbraio 2022.

[70] Per una prospettiva nazionale sul tema si veda I. FAIELLA-L. LAVECCHIA, *La povertà energetica in Italia*, in *Politica economica*, 2015, p. 27 ss., che definiscono il fenomeno come l'«incapacità [delle famiglie] di acquistare un paniere minimo di beni e servizi energetici». L'unico documento che in Italia definisce il concetto è il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima, secondo cui la povertà energetica può essere definita come «la difficoltà ad acquistare un pa-

comunità energetiche potranno chiarire meglio quanto si sta affermando. Se è vero, infatti, che la povertà energetica dipende in maniera preponderante dai prezzi economicamente insostenibili del servizio di fornitura e, parallelamente, se è vero che le comunità energetiche permettono ai propri membri di beneficiare di un servizio di fornitura energetica a prezzi significativamente più bassi, la chiave per rendere le comunità energetiche uno strumento in grado di affrontare, secondo la logica distributiva dell'*energy justice*, la questione della povertà energetica è quello di implementarne l'accessibilità da un punto di vista economico. Sul punto, è stato notato che in molti paesi europei le tariffe o gli investimenti richiesti per diventare membri di una comunità costituiscono dei fattori altamente disincentivanti della partecipazione di quei consumatori che vivono in condizioni economiche e sociali particolarmente svantaggiate [71]. In un tale scenario, la capacità delle comunità di tendere alla realizzazione nel mercato energetico dei principi di *availability* e *affordability* risulta fortemente messa in discussione: la creazione di "bolle" entro cui questi principi si realizzano con più facilità e la parallela esclusione di quei consumatori che più necessiterebbero di un servizio con tali caratteristiche rischiano di esacerbare ancora più seriamente la questione sociale connessa a quella energetica. Se, tuttavia, un più armonico bilanciamento tra gli interessi in gioco imporrebbe delle significative questioni di coordinamento e contenimento della spesa pubblica che non possono essere affrontate in questa sede [72], i d.lgs. n. 199/2021 e 210/2021 mostrano i primi segni di una crescente consapevolezza a livello nazionale della necessità di valorizzare concretamente la vocazione sociale delle comunità anche sul mercato nel quale operano. Il compito attribuito al GSE dal già citato art. 11, comma 7, d.lgs. n. 210/2021 di mettere a disposizione, a livello comunale, servizi informativi dedicati aventi ad oggetto la promozione della partecipazione dei clienti vulnerabili alle comunità energetiche si apprezza precisamente in questo senso [73]. Il legislatore nazionale sembra riconoscere la necessità di elaborare soluzioni concrete per arginare quell'isolamento informativo che, unito alla percezione dell'irrilevanza della propria azione, contribuisce ad allontanare le fasce di popolazione più svantaggiate dalle tecnologie della transizione [74]. La difficoltà di raggiungere da un

niere minimo di beni e servizi energetici oppure come la condizione per cui l'accesso ai servizi energetici implica una distrazione di risorse (in termini di spesa o di reddito) superiore a quanto socialmente accettabile», <*www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf#page=98*>. In prospettiva europea e internazionale, S. BOUZAROVSKI ET AL., *Towards an inclusive energy transition in the European Union: confronting energy poverty amidst a global crisis*, Publications Office of the European Union, EU Energy Poverty Observatory, Luxembourg, 2020, <*https://data.europa.eu/doi/10.2833/103649*>; H. THOMSON ET AL., *Energy Poverty and Vulnerability: A Global Perspective*, Routledge, Abingdon, 2018.

[71] F. HANKE-R. GUYET-M. FEENSTRA, *op. cit*.

[72] Tra le misure europee di carattere sociale a sostegno degli utenti vulnerabili e in condizione di povertà energetica, si segnalano il Fondo per la Transizione Giusta e il Fondo per la Modernizzazione. Mediante il pacchetto "Fit for 55" (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "*Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*, COM(2021) 550 final, 14 luglio 2021) la Commissione ha proposto di rafforzare il Fondo per la Modernizzazione e di istituire un nuovo Fondo sociale per il clima. Per un'ampia analisi, G. CAVALIERI ET AL., *Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in questa *Rivista*, 2022.

[73] *Supra* § 2, al fondo

[74] Sul punto, F. HANKE-J. LOWITZSCH, *Empowering Vulnerable Consumers to Join Renewable*

punto di vista informativo questi cittadini è, infatti, spesso accompagnata dalla difficoltà di comunicare in modo chiaro le potenzialità di vantaggio economico futuro che potrebbero derivare da un investimento in energia rinnovabile. Di frequente, inoltre, le stesse iniziative comunitarie non coinvolgono né provano a presentare il progetto ad un certo *target* di clienti, in quanto determinati *bias* cognitivi portano ad escludere che questi possano essere anche solo potenzialmente interessati a parteciparvi [75]. Sul punto, inoltre, deve essere segnalato un più generale sforzo ricognitivo del legislatore che, sebbene non riferibile alla disciplina delle comunità energetiche nello specifico, potrà influire in modo positivo sullo stesso inquadramento di quest'ultime quali strumenti di *energy justice*: l'introduzione dell'Osservatorio della povertà energetica [76] (art. 11, commi 5 e 6, d.lgs. n. 210/2021) e la precisa identificazione delle condizioni al verificarsi delle quali un cliente finale di elettricità deve considerarsi un cliente vulnerabile [77] (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 210/2021) assumono, infatti, un significato di primario rilievo anche con specifico riferimento alle comunità energetiche. La descrizione di quelle situazioni capaci di pregiudicare la partecipazione dei clienti finali svantaggiati nella logica della giustizia ricognitiva [78] e la

Energy Communities – Towards an Inclusive Design of the Clean Energy Package, in *Energies*, 2020, p. 1615 ss.

[75] Notano questi aspetti F. HANKE-R. GUYET-M. FEENSTRA, *op. cit*.

[76] Istituito con decreto del Ministro della transizione ecologica del 29 marzo 2022. All'Osservatorio sono attribuiti vari compiti, tra cui il monitoraggio del fenomeno della povertà energetica, l'elaborazione di criteri per individuare il numero di famiglie che si trovano in una tale condizione e la proposta di misure di contrasto. Sebbene l'istituzione dell'Osservatorio della povertà energetica debba essere considerata una novità indubbiamente apprezzabile, deve essere rilevato in questa sede che la mancata introduzione già in sede di recepimento delle direttive di misure più specifiche o di criteri guida per il contrasto alla povertà energetica costituisca una lacuna significativa, anche alla luce della debole attuazione delle misure in materia di cui al Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC), ai cui investimenti lo stesso d.lgs. n. 210/2021 dovrebbe dare stabilità secondo quanto stabilito all'art. 1 (seconda parte).

[77] Va segnalato che il concetto di vulnerabilità era già presente nella legislazione energetica con solo riferimento al gas naturale: in attuazione della direttiva 2009/73/CE, l'art. 7 del d.lgs. n. 93/2011 stabiliva che «sono considerati clienti vulnerabili i clienti domestici, le utenze relative ad attività di servizio pubblico, tra cui ospedali, case di cura e di riposo, carceri, scuole, e altre strutture pubbliche e private che svolgono un'attività riconosciuta di assistenza nonché i clienti civili e non civili con consumo non superiore a 50.000 metri cubi annui. Per essi vige l'obbligo di assicurare, col più alto livello di sicurezza possibile, le forniture di gas naturale anche in momenti critici o in situazioni di emergenza del sistema del gas naturale. Per gli stessi clienti vulnerabili, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas continua transitoriamente a determinare i prezzi di riferimento». La direttiva 2019/944 e il decreto attuativo 210/2021 estendono questo concetto anche al mercato dell'energia elettrica e ne ampliano la portata in senso sociale, al di fuori dunque di criteri quantitativi legati al consumo. L'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 210/2021 stabilisce che «Sono clienti vulnerabili i clienti civili: a) che si trovano in condizioni economicamente svantaggiate o che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita, ai sensi dell'art. 1, comma 75, della legge 4 agosto 2017, n. 124; b) presso i quali sono presenti persone che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita; c) che rientrano tra i soggetti con disabilità ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104; d) le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse; e) le cui utenze sono ubicate in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi; f) di età superiore ai 75 anni».

[78] Sul ruolo della giustizia ricognitiva nel dibattito sulla povertà energetica G. WALKER-R. DAY, *Fuel poverty as injustice: Integrating distribution, recognition and procedure in the struggle for affordable warmth*, in *Energy Policy*, 2012, p. 69 ss. Sull'impatto che l'errata percezione dei decisori pubblici può avere sull'esclusione di determinati gruppi sociali da certe iniziative proprio nel contesto della transizione energetica, C. GROSS, *Community perspectives of wind energy in*

contestuale previsione di procedure di intervento potranno favorire l'elaborazione di soluzioni strategiche in grado di affrontare quelle questioni di giustizia distributiva che riguardano anche le comunità energetiche e che sono in grado di pregiudicare lo stesso raggiungimento degli obiettivi ambientali. In questo quadro di generale sensibilità verso la dimensione sociale esterna, desta qualche perplessità l'esclusione dei clienti vulnerabili/membri dalla possibilità di partecipare attivamente ai meccanismi di *governance* della comunità ad opera dell'art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021. Al contrario, proprio l'emersione delle esigenze di questa particolare categoria di clienti nei processi decisionali che attengono alla vita delle comunità potrebbe favorire lo sviluppo di linee guida e di buone pratiche capaci di stimolare in futuro la stessa azione del legislatore nell'affrontare il tema della vulnerabilità energetica nei contesti della transizione.

Ancora con riferimento alla dimensione esterna delle comunità energetiche, merita un cenno quanto previsto dall'ordinamento nazionale circa il ruolo che le imprese che operano professionalmente nel settore elettrico possono assumere nelle comunità energetiche. I d.lgs. n. 199/2021 e 210/2021 delimitano il perimetro dei membri abilitati ad esercitare funzioni di controllo sulla comunità [79] senza però restringere la cerchia dei potenziali partecipanti in ragione del settore entro cui questi operano nell'esercizio della propria attività professionale [80]. Solamente l'art. 31, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 199/2021 precisa che la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non può costituire l'attività commerciale e industriale principale delle imprese private che siano membri. Pertanto, le imprese elettriche potranno senz'altro partecipare come membri alle comunità di energia rinnovabile, a condizione che tale partecipazione non costituisca la loro attività commerciale o industriale principale.

Al quadro così delineato va aggiunto che dalle direttive è ricavabile un'ulteriore limitazione alla partecipazione delle imprese professioniste del settore elettrico alle comunità [81]: queste, infatti, dovrebbero essere escluse dalla possibilità di esercitare il potere di controllo nel governo dei rapporti che si realiz-

---

Australia: The application of a justice and community fairness framework to increase social acceptance, in *Energy Policy*, 2007, p. 2727 ss.

[79] L'art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 210/2021 si riferisce alle persone fisiche, piccole imprese, autorità locali; l'art. 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021 alle persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali.

[80] Giova precisare che secondo la direttiva 2018/2001 le imprese partecipanti alle comunità di energia rinnovabile potrebbero essere solo quelle medio-piccole (art. 2, comma 16, lett. b) e che tale limitazione non è fatta propria in modo esplicito dal d.lgs. n. 199/2021. Diversamente, l'art. 2, comma 11, lett. a) della direttiva 2019/944 non sembra escludere le grandi imprese dalla possibilità di assumere la qualità di membri delle comunità energetiche dei cittadini, limitandosi ad impedire loro di esercitare poteri di controllo sull'assetto interno dei rapporti. Sul punto sarebbe necessario un chiarimento da parte del legislatore o dell'ARERA e la problematica meriterebbe una riflessione più approfondita, ma per il momento ci si può limitare ad osservare che i) la circostanza che siano comunità energetiche dei "cittadini" renderebbe ragionevole e fondata anche l'interpretazione opposta rispetto a quella prospettata; ii) in ogni caso, la soluzione più coerente alla luce dell'interpretazione sistematica dell'istituto delle comunità energetiche – di energia rinnovabile e dei cittadini – sommariamente tracciata nelle pagine precedenti sembrerebbe quella dell'esclusione delle grandi imprese dalla possibilità di partecipare alle comunità energetiche. In quest'ottica, pertanto, il raggio applicativo delle conclusioni cui si perviene nel presente lavoro nel senso dell'apertura alla partecipazione delle imprese elettriche nelle comunità energetiche sarebbe limitato alle sole PMI.

[81] Considerando 44, direttiva 2019/944; considerando 71, direttiva 2018/2001. Così J. ROBERTS, *What energy communities need from regulation*, in *European Energy Journal*, 2019, p. 13 ss., p. 21.

zano all'interno delle comunità. Tale vincolo mira ad evitare che l'influenza preponderante esercitabile da parte di un soggetto "esperto" della filiera frustri quelle esigenze di partecipazione democratica e orizzontale su cui le comunità si fondano, ma non è espressamente contemplato dai decreti attuativi. Diversamente, le disposizioni di carattere operativo dettate dal GSE ("*Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa*")[82], cui rinviano le stesse deliberazioni ARERA (art. 11, Deliberazione 727/2022/R/EEL, allegato; art. 11, Deliberazione 318/2020/R/EEL, allegato), stabiliscono che il requisito[83] secondo il quale la partecipazione di un'impresa alla comunità non deve costituire la sua attività commerciale o industriale principale è soddisfatto[84] solamente laddove il codice ATECO prevalente dell'impresa in questione sia diverso dai codici 35.11.00 (produzione di energia elettrica) e 35.14.00 (commercio di energia elettrica)[85]. Questa previsione di carattere tecnico-amministrativo va quindi oltre a quanto ricavabile dal quadro legislativo europeo sul punto – la sola impossibilità per le imprese che operano professionalmente nel settore elettrico di esercitare poteri di controllo sulla comunità – e inibisce *in toto* la partecipazione delle imprese elettriche alle comunità energetiche. Si ritiene che tale più invasiva limitazione, che non trova riscontro nel dato legislativo, potrebbe avere delle conseguenze finanche sfavorevoli per lo sviluppo delle comunità energetiche, quantomeno nella loro attuale fase iniziale di diffusione. Per le comunità, infatti, potrebbe essere positivo beneficiare da vicino del *know-how* di quei membri che siano operatori esperti di produzione e commercializzazione di elettricità; allo stesso tempo, questi operatori, proprio sulla scia della loro partecipazione alle comunità, potrebbero più facilmente avviare processi di riconversione organizzativa e produttiva in una direzione maggiormente improntata ai principi di sostenibilità ambientale. Pertanto, una soluzione che escluda le imprese professioniste del settore elettrico dalla possibilità di esercitare poteri di controllo – non solo di diritto, ma anche di fatto – sulle comunità ma che non impedisca loro di partecipare in qualità di membri potrebbe risultare più aderente al quadro legislativo europeo. Una siffatta soluzione sarebbe maggiormente bilanciata anche nella prospettiva dello sviluppo sostenibile: le esigenze delle generazioni presenti – per esempio, nel caso di specie, quelle economiche e occupazionali delle imprese tradizionalmente operanti nel mercato elettrico – potrebbero essere salvaguardate senza frustrare quelle delle generazioni future, cui la promozione

[82] Verificate positivamente con la Determinazione ARERA del 4 aprile 2022, DMEA/EFR/03/2022, *Verifica dell'aggiornamento delle regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa per l'autoconsumo e delle modalità di profilazione dei dati di misura dell'energia elettrica definite dal gestore dei servizi energetici S.p.A. ai sensi della deliberazione 318/2020/R/EEL*.

[83] Tale requisito sembra rientrare tra quelli di carattere costitutivo per le comunità di energia rinnovabile (art. 31, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 199/2021), mentre nell'ambito delle comunità energetiche dei cittadini il suo possesso sembra essere necessario ai soli fini dell'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa (pp. 26-27, Regole tecniche GSE), servizio che in ogni caso si rivela necessario per la vita economica e giuridica della comunità.

[84] Ai fini dell'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa.

[85] Più precisamente, le Regole Tecniche, nello stabilire che "nel caso di imprese private, la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non deve costituire l'attività commerciale e/o industriale principale", precisano che per il soddisfacimento di tale requisito "è necessario che il codice ATECO prevalente dell'impresa privata sia diverso dai codici 35.11.00 e 35.14.00" (p. 27).

di modalità di produzione e approvvigionamento più sostenibili – perfezionabili anche grazie alla collaborazione con gli operatori del settore – si rivolge [86].

In definitiva, dal quadro appena delineato emerge che la propensione delle comunità energetiche ad attuare i principi dell'*energy justice* è veicolata principalmente dall'azione del legislatore che, nel porre precisi limiti all'autonomia negoziale delle parti – per esempio di *governance*, di obiettivi, di struttura giuridica – ne orienta la funzione. Così come regolate a livello europeo prima e a livello nazionale poi, le comunità energetiche tendono astrattamente alla creazione di dinamiche di giustizia nel mercato che gestiscono al proprio interno e in quello entro cui operano all'esterno. Quanto alla loro capacità di produrre anche in concreto meccanismi virtuosi nella logica dell'*energy justice*, l'impianto complessivo dei decreti attuativi e della regolazione di carattere amministrativo deve sicuramente essere apprezzato: emergono per la loro portata innovativa soprattutto quelle disposizioni che, abbracciando la prospettiva ricognitiva, intervengono su quelle criticità informative potenzialmente causa di ingiustizie in termini distributivi e procedurali. Proprio con riferimento a questi ultimi due aspetti, il modello proposto dal legislatore dovrà essere migliorato in futuro. Sul punto, si rivela cruciale il monitoraggio della fase attuativa, da svolgersi in coerenza con la funzione valutativa dell'*energy justice* e finalizzato a proporre in ottica normativa aggiustamenti capaci di valorizzare quelle caratteristiche di inclusività e partecipazione orizzontale che sono proprie delle comunità e giustificano la loro collocazione a pieno titolo tra gli istituti di diritto privato energeticamente giusti.

5. Un laboratorio per l'evoluzione del diritto dell'energia

Le comunità energetiche emergono nel mercato elettrico quale nuovo istituto giuridico privatistico capace, idealmente, di conciliare le istanze alla base della transizione energetica con quelle che compongono il concetto di *energy justice*. Si tratta di due tendenze che, in modi diversi (tecnologico ed economico la prima, concettuale la seconda), connotano in maniera sempre più pervasiva l'attuale fase storica di evoluzione del mercato energetico.

Una tale collocazione delle comunità energetiche, al crocevia tra giustizia sociale ed ambientale, testimonia un mutato approccio del legislatore europeo nella regolazione del mercato energetico. Il consumatore, anche grazie allo sviluppo di tecnologie che ne garantiscono un *empowerment* oltre quanto finora concepito, deve essere protetto non solo in quanto parte debole dei rapporti che conduce sul mercato, ma anche perché attore di mercato strategico per la diffusione di un nuovo modello di produzione e consumo di energia che sia distribuito, partecipato ed ecosostenibile. Il diritto dell'energia, tradizionalmente

[86] Peraltro, deve segnalarsi che al momento risulta che tale ostacolo sia superato dalle maggiori *energy companies* attive nel settore della produzione e del commercio dell'energia elettrica mediante la costituzione di società *spin-off* con un differente codice ATECO (per esempio, il codice 43.21.01, relativo alle attività di installazione di impianti elettrici in edifici o in altre opere di costruzione). Pertanto, l'esclusione delle imprese attive nel settore della produzione e del commercio dell'energia dalla possibilità di partecipare in qualità di membri alle comunità energetiche rischia di pregiudicare in maniera massiccia e di escludere dalla possibilità di partecipare a questo nuovo segmento di mercato solamente quelle imprese elettriche che per dimensioni, struttura e capacità economiche sono impossibilitate a creare *spin-off* con un diverso codice ATECO.

deputato al governo dei rapporti dapprima tra gli Stati e poi tra gli operatori concorrenti nel mercato, si connota così di profili sociali, che coinvolgono trasversalmente sia la questione ambientale sia le problematiche connesse alla vulnerabilità energetica. Le comunità energetiche si inseriscono pienamente in una tale cornice: ne veicolano le ragioni e contribuiscono a promuovere un modello di mercato concorrenziale, entro il quale, però, l'affidamento alle dinamiche del mercato non è totale. Coerentemente con il modello del diritto privato regolatorio [87], l'apparato normativo in materia di comunità energetiche prevede espressamente dei meccanismi giuridici tali da garantire, se non una completa risoluzione, quanto meno una seria considerazione di quelle tensioni che i soli strumenti di regolazione dei rapporti tra privati nel mercato non sono in grado di comporre. Su tutti, emerge proprio quello dell'esclusione di ampie fasce della popolazione dall'accesso a condizioni eque al bene energetico.

Se l'apprezzabile direzione intrapresa non sarà proseguita, il rischio sarà quello di una transizione energetica come svolta incompiuta, capace di risolvere il problema fondamentale della sostenibilità delle fonti ma non quello, altrettanto cruciale, dell'accesso universale ad esse. Il recepimento a livello nazionale della legislazione europea appare incoraggiante. Al netto di alcuni nodi critici che dovranno essere sciolti, mostra una profonda consapevolezza degli aspetti di giustizia sociale che la creazione di nuovi mercati, sebbene collaborativi, potrebbe coinvolgere. Tale consapevolezza è testimoniata dall'introduzione di alcune soluzioni – non suggerite dalle direttive – che affrontano per la prima volta e in modo innovativo le annose questioni di accesso a cui fino ad ora i diversi pacchetti legislativi che si sono succeduti non sono stati in grado di rispondere sistematicamente. La regolazione della transizione energetica in generale e quella delle comunità energetiche in particolare devono continuare a suscitare l'attenzione degli studiosi del diritto. Ciò al fine di potenziare le proposte virtuose e affrontare i punti critici nella logica del bilanciamento di interessi propria dell'*energy justice*, così da non trasformare l'attuale fase storica in un'occasione mancata per l'evoluzione del diritto dell'energia.

[87] Sul diritto privato regolatorio, *ex multis*, H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autority to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Year europ. law*, Oxford, 2010, p. 3 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 515 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma, 2008, p. 3 ss.; più di recente, R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in questa *Rivista*, 2020, p. 134 ss.

Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'"efficienza energetica prima di tutto"

A New Corollary of Sustainable Development: the "Energy Efficiency First Principle"

di *Edoardo Nicola Fragale*[*]

ABSTRACT

Esaminata la genesi delle politiche europee sull'efficienza energetica, l'A. ne ripercorre l'evoluzione, cogliendone i legami coi fattori di trasformazione dello stesso ordinamento europeo, sostanzialmente legati all'emersione del principio dello sviluppo sostenibile. L'analisi passa a considerare la dimensione multimodale del modello dei dispositivi di efficienza coniati nell'ordinamento europeo, facenti appello ora al mercato, ora agli interventi, variamente congegnati, dei pubblici poteri. Nell'insufficienza e nei limiti di questo modello tradizionale, oltre che nel radicamento di una nuova dimensione dello sviluppo sostenibile, l'A. individua le matrici genetiche del principio dell'Efficienza energetica "prima di tutto", emergente nel diritto unionale, di cui esamina forza e contenuto, accogliendo un piano d'analisi, volto a evidenziare anche il nuovo ruolo svolto dai pubblici poteri all'indomani del *Green Deal* europeo.

Having examined the genesis of European policies on energy efficiency, the A. traces their evolution, grasping their links with the transformational factors of the European legal system itself, essentially linked to the emergence of the principle of sustainable development. The analysis moves on to consider the multimodal dimension of the model of efficiency devices coined in the European legal system, appealing now to the market, now to the variously devised interventions of public authorities. In the inadequacy and limitations of this traditional model, as well as in the entrenchment of a new dimension of sustainable development, the A. identifies the genetic matrices of the principle of Energy Efficiency First, emerging in EU law, whose strength and content he examines, accepting a plan of analysis, also aimed at highlighting the new role played by public authorities in the aftermath of the European Green Deal.

ORCID 0000-0002-5090-6885.

DIRETTIVA (UE) 2023/1791 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 13 SETTEMBRE 2023 SULL'EFFICIENZA ENERGETICA E CHE MODIFICA IL REGOLAMENTO (UE) 2023/955

Estratto

Articolo 1

Oggetto e ambito di applicazione

1. La presente direttiva stabilisce un quadro comune di misure per promuovere l'efficienza ener-

[*] Università di Trieste, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Piazzale Europa, 1 – 34127 – Trieste.

getica nell'Unione al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia di efficienza energetica e consente ulteriori miglioramenti dell'efficienza energetica. Tale quadro comune ha lo scopo di contribuire all'attuazione del regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio e alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione riducendone la dipendenza dalle importazioni di energia, compresi i combustibili fossili.

SOMMARIO: 1. Efficienza energetica e trasformazioni del diritto unionale. – 2. Multimodalità delle politiche di efficienza energetica: limiti e insufficienze del modello. – 3. L'erompere dell'*Energy Efficiency First Principle*. – 4. Definizione, contenuto, ambito di applicazione del principio. – 5. Alcuni rilievi finali.

1. Efficienza energetica e trasformazioni del diritto unionale

I primi passi mossi dall'Unione europea nel settore delle politiche energetiche e, all'interno di queste, in materia di efficientamento e risparmio energetico risalgono alla crisi petrolifera del 1974 [1]. Risale proprio a quest'epoca l'adozione di una serie di risoluzioni del Consiglio delle Comunità, dirette a contrastare l'impatto negativo dell'aumento del costo dell'energia sui mercati mondiali [2]. Più in particolare, le raccomandazioni del tempo suggerivano agli Stati membri l'adozione di iniziative incidenti sia dal lato della domanda di energia, attraverso la riduzione del tasso di incremento dei consumi, sia dal lato dell'offerta, tramite il potenziamento della produzione interna e la diversificazione degli approvvigionamenti dall'esterno. Pur facendo riferimento promiscuamente a misure di razionalizzazione e risparmio energetico, le proposte auspicavano non solo interventi di riduzione dei consumi tramite cambiamenti di comportamenti individuali, misure queste riconducibili alla nozione di risparmio in senso proprio, ma anche proposte di efficientamento, tramite il miglioramento del rendimento energetico [3]. L'ottica entro cui le istituzioni euro-

[1] Facendo chiaramente eccezione per gli originari Trattati CECA ed Euratom, su cui T. FAVARO, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato, innovazione*, Cedam, Padova, 2020, p. 10; L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue per un contesto conflittuale*, in *La transizione energetica* a cura di L. Ammannati, Giappichelli, Torino, 2018, p. 6.

[2] Si tratta della risoluzione del Consiglio delle Comunità del 17 settembre 1974, "concernente una nuova strategia per la politica energetica della Comunità", seguita a breve distanza dalla risoluzione del 17 dicembre 1974 "concernente gli obiettivi della politica energetica comunitaria" e dall'ulteriore risoluzione, adottata in pari data, "concernente un programma d'azione comunitario per l'utilizzazione razionale dell'energia".

[3] Sulle misure di efficientamento poneva l'accento la successiva risoluzione del Consiglio del 9 dicembre 1975 concernente la fissazione di un obiettivo a breve termine per il risparmio d'energia 1976/1977. Sulle nozioni di efficientamento e di risparmio energetico, F. VOLPE, *Risparmio energetico ed efficienza energetica nell'Unione europea: una confusione insostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 140 ss.; A. LORENZONI, *Il risparmio energetico. La più economica tra le fonti di energia*, Il Mulino, Bologna, 2012. Sull'efficienza energetica nella letteratura giuridica italiana; A. CASTELLI, *L'efficienza energetica: fonte nascosta, in Rivista elettronica di diritto, economia, management*, 2, 2011, p. 58 ss.; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2022, p. 150 ss.; F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica e amministrazioni: il Piano di Azione Nazionale per l'Efficienza Energetica nell'ambito della Programmazione energetica nazionale*, *Annuario di diritto dell'energia 2016*, L. Carbone-G. Napolitano-A. Zoppini (a cura di), Il Mulino, Bologna 2016, p. 155 ss.; L. GILI, *Efficienza energetica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Utet, Torino, 2008, p. 340 ss.; A. GIORDANO-M.G. IMBESI, *L'Unione Europea imprime un'accelerazione in tema di efficienza energetica*,

pee si muovevano era, tuttavia, ancora dominata dall'esigenza di salvaguardia della competitività del sistema economico, messa gravemente a repentaglio dalla profondità della crisi energetica: l'obiettivo ultimo era di garantire «un approvvigionamento sicuro e durevole a condizioni economiche soddisfacenti», condizione questa ritenuta necessaria per il perseguimento degli obiettivi economici e sociali della Comunità [4]. Secondo una linea di sviluppo ben nota al processo di integrazione europeo, nel tempo l'attività di impulso e di indirizzo politico/amministrativo ebbe a tradursi nell'adozione di un'articolata normativa di settore, spesso dai connotati assai specialistici, volta a promuovere mirate politiche di efficientamento energetico [5].

Mentre nelle *soft law* e negli atti normativi via via adottati, il concetto di efficientamento energetico cominciava ad acquisire una propria autonomia concettuale, distaccandosi dall'amorfa e onnicomprensiva categoria del risparmio energetico [6], il tema dell'efficienza energetica iniziava a sua volta a essere ri-

---

in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 7, 2011, p. 7 ss.; R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities*: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale,* in *Federalismi.it,* 4, 2022, p. 603 ss.; A. QUARANTA, *La necessità di promuovere l'efficienza energetica (e normativa)*, in *Ambiente e sviluppo*, 8, 2012, p. 757 ss.; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica,* Giappichelli*,* Torino, 2020.

[4] Risoluzione del Consiglio delle Comunità del 17 settembre 1974, "concernente una nuova strategia per la politica energetica della Comunità. Un più vasto intervento normativo viene preannunciato già nella successiva Risoluzione del Consiglio del 15 gennaio 1985 (85/C20/01), ove per conseguire obbiettivi per il risparmio di energia, si preannunciano interventi normativi nei settori delle costruzioni, del trasporto nonché l'adozione di raccomandazioni nel settore dell'industria. Sulla natura degli obbiettivi presi di mira dalle politiche energetiche e, all'interno di queste, dalle politiche di efficienza energetica, T. FAWCETT-G. KILLIP, *Re-thinking energy efficiency in European policy: Practitioners' use of 'multiple benefits' arguments*, in *Journal of Cleaner Production*, 210, 2019, p. 1171 ss.; R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2019, p. 113 ss.; V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come l'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Luiss, Roma, 2018, p. 33.

[5] Il primo atto normativo nel campo dell'efficientamento energetico adottato sulla scorta delle risoluzioni adottate per fronteggiare la crisi petrolifera fu la Direttiva del 13 febbraio 1978 78/170/CEE concernente la resa dei generatori di calore impiegati per il riscaldamento di locali e la produzione di acqua calda negli edifici non industriali nuovi o già esistenti nonché l'isolamento della distribuzione del calore e di acqua calda per usi igienici nei nuovi edifici non industriali; seguono nel tempo, anche in coerenza con i propositi preannunciati nella risoluzione del 1985, la Direttiva 89/106/CEE – Direttiva del Consiglio del 21 Dicembre 1988 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti i prodotti da costruzione; la Direttiva 93/76/CEE del Consiglio, del 13 settembre 1993, intesa a limitare le emissioni di biossido di carbonio migliorando l'efficienza energetica (SAVE) integrazione con politiche ambientali (certificazione energetica degli edifici); nonché alla Direttiva 92/42/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, concernente i requisiti di rendimento per le nuove caldaie ad acqua calda alimentate con combustibili liquidi o gassosi.

[6] Una più chiara distinzione tra i concetti di risparmio e di efficientamento energetico si ritrova già nel libro bianco del 1995 sulla politica energetica per l'Unione europea. Anche il Piano per l'Efficienza energetica adottato dalla Commissione nel 2011 sostiene che "energy efficiency" means using less energy inputs while maintaining an equivalent level of economic activity or service; 'energy saving' is a broader concept that also includes consumption reduction through behavior change or decreased economic activity. In practice the two are difficult to disentangle and—as in this communication—the terms are often used interchangeably". La distinzione viene poi recepita anche nei Trattati e, in particolare nell'art. 194, par. 1, lett. c) TFUE. Dunque, efficienza e risparmio energetico trovano ampio riconoscimento nel diritto europeo, che tende a individuarli come concetti differenziati seppure in un quadro complessivo in cui continuano a permanere diverse ambiguità di fondo, come condivisibilmente rilevano N. DI FRANCO-M. JORIZZO, *Efficiency, Energy Saving, and Rational Use of Energy: Different Terms for Different Policies*, in *Innovation in Energy Systems New Technologies for Changing Paradigms* (Edited by Taha Selim Ustun), Intechopen, London, 2005. Sulla disputabilità scientifica del concetto di effi-

guardato in una prospettiva più ampia: non più, o non più soltanto, quella energetica, legata alla sicurezza e alla diversificazione degli approvvigionamenti, ma anche quella relativa alla protezione dell'ambiente, nell'ambito di un percorso, più generale, di progressiva integrazione delle politiche energetiche con quelle ambientali [7].

Il fenomeno prende avvio vischiosamente nel corso degli anni '80, con la formulazione del terzo piano di azione in materia di ambiente [8], consolidandosi via via nel corso del tempo [9], in concomitanza con l'emersione di altri due fattori significativi.

Il primo consiste nel rafforzamento del ruolo e delle competenze dell'Unione europea. Mentre fino agli anni '80 (e con riferimento al tema dell'energia anche più in là), le iniziative normative facevano sostanzialmente appello ai c.d. poteri impliciti dell'Unione ovvero alle esigenze di armonizzazione delle regole incidenti sul mercato unico [10] o, ancora, alla necessità di adottare politiche anticongiunturali per fronteggiare difficoltà di approvvigionamento [11], nei decenni successivi l'Unione cominciava a muoversi, valendosi di titoli di competenza più pertinenti: con l'Atto unico europeo del 1986, la competenza legislativa (concorrente) dell'Unione viene ampliata alla protezione dell'ambiente [12], mentre col successivo Trattato di Lisbona del 2007 viene operata un'analoga estensione con riferimento all'energia e, in particolare, alla promozione del risparmio energetico, all'efficienza energetica e allo sviluppo di energie

---

cienza energetica, T. DUNLOP, *Energy efficiency: the evolution of a motherhood*, in *Social Studies of Science*, 52(5), p. 710 ss. Sul tema anche F. VOLPE, *Risparmio energetico ed efficienza energetica nell'Unione europea: una confusione, cit*. Per una rassegna delle iniziative legislative e non adottate dall'Unione europea su questo settore, M. ECONOMIDOU-V. TODESCHI-P. BERTOLDI-D. D'AGOSTINO-P. ZANGHERI-L. CASTELLAZZI, in *Energy & Buildings,* 225 (2020), specie p. 3.

[7] Sul legame tra efficienza energetica e finalità politiche generali perseguite dall'Unione, anche, T. DUNLOP, *Energy efficiency: the evolution of a motherhood*, cit., p. 710 ss.; sull'emersione delle finalità ambientali, sia pure in riferimento alle rinnovabili, tra gli altri, R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri*, cit., p. 113 ss.

[8] Si tratta della Risoluzione del Consiglio del 7 febbraio 1983 concernente il proseguimento e l'attuazione di una politica e di un programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale (1982-1986).

[9] Una ulteriore tappa significativa è data dal libro verde dell'11 gennaio 1995 Com(94) 659, "Per una politica energetica dell'Unione europea".

[10] Per la materia ambientale, M. RENNA, *Principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 1/2, 2012, p. 62 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambien*te, P. Dell'Anno-E. Picozza (a cura di), I 2012, p. 151 ss.; M. CASTELLANETA, *Voce Ambiente* (dir. UE), in *Diritto on line*, Treccani, 2016; P. RENOU-MAISSANT-R. ABDESSELAM-J. BONNET, *Trajectories for Energy Transition in the Countries of the European Union over the Period 2000-2019: a Multidimensional Approach*, in *Environmental Modeling & Assessment,* 2022, 27, p. 525 ss.

[11] La prima direttiva sull'adozione di misure di efficientamento concernenti i generatori di calore (Direttiva 78/170/CEE) venne infatti adottata sulla scorta dell'art. 103 del Trattato CE, nell'ambito delle politiche anticongiunturali della Comunità.

[12] Il tema dell'ambiente, divenuto materia di competenza legislativa concorrente dell'Unione, trova oggi una propria articolata disciplina negli artt. 191 ss. TFUE., P. RENOU-MAISSANT-R. ABDESSELAM-J. BONNET, *Trajectories for Energy Transition*, cit., p. 525 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'Ambiente,* a cura di P. Dell'Anno-E. Picozza, Cedam, Padova, 2012, p. 151 ss. Siffatta normativa legittima l'Unione l'adozione di specifici piani di azione in materia di protezione dell'ambiente. N. ROSSETTO-I. CONTI, *La politica energetica dell'Unione europea: obiettivi e sviluppi dalle origini fino al pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei"*, *Papers del Programma di "Formazione in materia europea – 2017*, a cura di A. Ciaffi, C. Odone, *Regioni.it*, p. 35 ss.

nuove e rinnovabili [13]. Siffatta estensione delle competenze unionali avveniva, tuttavia, nell'ambito di un disegno complessivo tutt'altro che univoco, considerato anche il contestuale rafforzamento della posizione degli Stati membri in ordine alla scelta delle fonti energetiche e alla struttura dell'approvvigionamento (su cui l'art. 194, par. 3, TFUE), ciò che ha fornito sostegno, proprio nelle materie dell'efficienza energetica e delle fonti di energia rinnovabili, a nuove resistenze nazionali nei riguardi di iniziative europee eccessivamente vincolanti, specie nell'individuazione degli obiettivi nazionali [14].

Il secondo fattore è legato all'emersione del paradigma dello sviluppo sostenibile, quale nuova *policy* di natura globale. In questo concetto, definito nei suoi contorni essenziali nel Rapporto *Brundtland* del 1987 "*Our Common Future*" [15], si realizza, come noto, il contemperamento di interessi tra loro antago-

[13] Nella loro originaria formulazione i Trattati non contemplavano alcuna competenza in materia di energia. Questo non ha impedito all'Unione di intervenire con diversi atti normativi, per liberalizzare i mercati, regolare l'organizzazione e il funzionamento delle reti di trasporto, prevedere obiettivi in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili. Tuttavia è solo col Trattato di Lisbona che viene introdotto un titolo di competenza concorrente in capo all'Unione (art. 4, comma 2, lett. i) TFUE), sia pure in un disegno complessivo non univoco, in cui viene contestualmente anche rafforzata la posizione degli Stati membri in ordine alla definizione di profili fondamentali della materia (in particolare, la scelta delle fonti energetiche e la struttura dell'approvvigionamento, su cui l'art. 194, par. 3, TFUE). Sul tema, F. DONATI, *La Governance europea dell'energia,* in *Il governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, a cura di L Chieffi-F. Pinto, Es, Napoli, 2012, p. 3 ss. 5; E. CANNIZZARO-G. D'AGNONE, *Le politiche e le azioni globali per il risparmio energetico*, in *Annuario di Diritto dell'energia* 2016 a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 19 ss.; L. GILI, *Efficienza energetica*, in *Dig. disc. Pubblic*., Utet, Torino, 2008, p. 340 ss.; M. GIUFFRIDA, *La produzione di energia da fonti rinnovabili nel quadro della PAC dopo il Trattato di Lisbona*, in L. Costato-P. Borghi-L. Russo-S. Manservisi (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona: I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, *Atti del convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011*, Jovene, Napoli, 2011, p. 153 ss.; F. PERSANO, *L'energia fra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea: disciplina attuale e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 74 ss.; T. Favaro, *Regolare la transizione energetica*, cit., p. 6 ss.

[14] Il carattere trasversale della materia energetica, incidente su moltissime materie, come il mercato interno, il commercio, la ricerca, i rapporti internazionali, ha fatto sì che le decisioni incidenti sul mix energetico nazionale (sulle quali insiste un residuo di competenza degli Stati membri) venissero affidate all'utilizzo di una c.d. *soft governance*, M. RINGEL-M. KNODT, *The governance of the European Energy Union: Efficiency, effectiveness and acceptance of the Winter Package 2016*, in *Energy Policy*, 112, 2018, p. 209 ss. La presenza di zone grigie nell'ambito degli art. 191-194 TFUE implica che la scelta tra una base giuridica e l'altra (sostanzialmente la tutela dell'ambiente e l'energia) sia sovente condizionata dal raggiungimento di compromessi politici, M. ALBERTON, *Climate Governance and Federalism in the European Union,* in *Climate Governance and Federalism. A Forum of Federations Comparative Policy Analysis*, a cura di A. Fenna-S. Jodoin-J. Setzer, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 128 ss.; sul carattere non vincolante, ma meramente indicativo, degli obiettivi sulle energie rinnovabili, A. MONTI-B. MARTINEZ ROMERA, *Fifty shades of binding: Appraising the enforcement toolkit for the EU's 2030 renewable energy targets*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 29, 2, 2020, p. 221 ss.

[15] Sullo sviluppo sostenibile la letteratura, anche al livello internazionale, è vasta, per tutti O. UKAGA-C. MASER-M. REICHENBACH, *Sustainable Development: Principles, Frameworks and Case Studies*, Taylor and Francis Group, New York, 2013; J. MENSAH, *Sustainable development: Meaning, history, principles, pillars, and implications for human action: Literature review*, in *Cogent Social Sciences*, 1, 2019, p. 1 ss. In ordine alla natura del paradigma dello sviluppo sostenibile, è controverso se si tratti di un obiettivo politico ovvero di un vero e proprio principio generalmente riconosciuto, come tale vincolante nei riguardi degli Stati della comunità internazionale, sul tema M.C. CORDONIER SEGGER-A. KHALFAN, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospect,* Oxford University Press, Oxford, 2002 ed ivi per la letteratura di riferimento, tra cui A. TIMOSHENKO, *From Stockholm to Rio: The Institutionalization of Sustainable Development*, in W. Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, Graham and Trotman/M. Nijhoff, London, 1995, p. 143 ss.; L. SOHN, *The Stockholm Declaration on the Hu-*

nistici: da un lato, lo sviluppo economico, necessario per soddisfare i bisogni, non solo materiali, degli individui appartenenti alle generazioni presenti; dall'altra, l'ambiente e le sue capacità rigenerative, la cui protezione appare indispensabile per non pregiudicare il diritto delle generazioni future a godere delle medesime opportunità godute dalle generazioni presenti. Ben presto, il principio riesce non solo a improntare di sé i diversi trattati globali sul cambiamento climatico (il Protocollo di Kioto del 1997 e il successivo Accordo di Parigi del 2015, adottati sulla scorta della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC) [16], ma anche a penetrare nell'ordinamento giuridico europeo, ove acquisisce gradualmente spazio e riconoscimento, tanto da venire accolto tra gli obiettivi generali dell'Unione [17]. Proprio dentro lo spazio giuridico europeo, il principio assurge a ganglio vitale, per un verso, consentendo all'ordinamento europeo di svolgere una funzione di cerniera tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti dei singoli Stati membri [18]; per altro verso, chia-

---

man Environment, *Harv. Int'l L. J*., 1973, p. 423 ss.; L. R. BROWN, *Building a Sustainable Society*, W. W. Norton & Company, New York, 1981; V. LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments,* in *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, a cura di A. Boyle and D. Freestone, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 30 ss.

[16] Su cui, AA.V.V., *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. CARTEI, Torino, 2013; F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, ivi, p. 13 ss. Sul legame tra sviluppo sostenibile e cambiamento climatico, D. MOELLENDORF, *A Right to Sustainable Development,* in *The Monist*, 3, 2011, p. 433 ss.

[17] Il principio dello sviluppo sostenibile, inizialmente del tutto assente nei Trattati, emerge gradualmente e vischiosamente solo per effetto delle novità via via introdotte dal Trattati di Maastricht del 1992, di Amsterdam del 1997 e di Lisbona del 2007. Sulle vicende che porteranno all'accoglimento del principio nel diritto dell'Ue, N. DE SADELEER, *Sustainable development in EU law: still a long way to go*, in *Jindal Global Law Review*, 1, 2015, p. 46 ss.; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2022, p. 15 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario*, cit., p. 158 ss.; anche F. DE LEONARDIS, *Sustainable production as a driver for rewriting European Treaties*, in *Dir. econ*., 1, 2023, p. 1 ss.

[18] In questi termini può essere certamente inteso l'accoglimento del principio di protezione dell'ambiente a beneficio delle generazioni future ad opera del nuovo testo dell'art. 9 Cost.; sul punto condivisibilmente F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, p. 15 ss.; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà,* in *Federalismi.it,* 1, 2023, p. 86 ss.; M. DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 50 ss.; R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 11, 2022, p. 7 ss.; Id., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 165; sul tema, senza pretesa di esaustività, anche AA.VV., Doveri *intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano – 7 ottobre 2021*, a cura di P. Pantalone, in *Dir. econ*., *numero monografico*, 2021; V. VELLUZZI, *I doveri intergenerazionali nel sistema filosofico, giuridico ed economico: un dialogo interdisciplinare*, *ivi*, p. 15 ss.; T. ANDINA, *Il dovere di essere transgenerazionali*, *ivi*, p. 20 ss.; L. VIOLINI, G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, *ivi*, p. 32; F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, *ivi*, p. 55 ss.; T. SCOVAZZI, *I diritti delle generazioni future nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente*, *ivi*, p. 70 ss.; F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali*, Es, Napoli, 2022; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, p. 212 ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, p. 285 ss.; R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2021, p. 12 ss.; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n.*

mando le istituzioni dell'Unione, attraverso il corollario del *principio di integrazione*, a tenere doverosamente conto delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche (art. 11 TFUE), a partire da quelle relative all'energia [19].

Nella dimensione europea, lo sviluppo sostenibile dismette la sua natura di mero obiettivo di *policy*, cioè di concetto appartenente alla categoria del "politico", per assurgere a vero e proprio principio (o meta-principio) giuridico, capace di assumere una sua più intensa normatività, specie nell'ambito dell'attività di bilanciamento tra principi conflittuali [20].

Entro questo nuovo orizzonte complessivo, inteso a ampliare le sfere di attribuzione dell'Unione, le politiche di efficientamento energetico vedono gradualmente trasfigurate la loro natura e funzione: non più soltanto strumento volto ad assicurare la sicurezza e la moderazione del costo degli approvvigionamenti, ma anche dispositivo necessario per assicurare la protezione dell'ambiente [21], sulla scorta dell'idea, di per sé disputabile ma munita oramai di largo credito [22], per cui l'efficienza energetica costituisce vera e propria nuova fonte di energia, anzi, la prima e più conveniente fonte di energia (pulita) [23].

1/2022: suggestioni a prima lettura, in *ApertaContrada,* 2022; D. PORENA, "*Anche nell'interesse delle generazioni future". Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it,* 15, 2022, p. 121 ss.; L. SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro*), in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 63 ss.

[19] Con riferimento al principio di integrazione, la sua genesi è strettamente correlata al principio dello sviluppo sostenibile, di cui costituisce *un immediato corollario.* Per una approfondita ricostruzione della genesi e del contenuto del principio, L. KRAMER, Manuale di diritto comunitario per l'ambiente, cit., 91; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm*., 1, 2017, p. 163 ss., specie sub nota 78), M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 219; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit., 2004, p. 75 ss.; M. WASMEIER, *The integration of environmental protection as a general rule for interpreting community law*, in *Common Market Law Review*, 2001, 159 ss.; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare, cit.,* p. 163 ss.; C. CURTI GIALDINO, *L'Unione europea e il principio dello sviluppo sostenibile*, in *http://for.indire.it/europa2/offerta_lo/venezia/*; M. KENIG-WITKOWSKA, *The Concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law*, in *Journal of Comparative Urban Law and Policy*, 1, 2017, p. 64 ss.; J. H. JANS, H. VEDDER, *European Environmental Law: After Lisbon*, Europa Law Publishing, Groningen, 2012; con specifico riguardo al principio di integrazione, ex art. 11 TFUE, B. SJÅFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, in LSN Research Paper Series No. 14-08, p. 51 ss., specie p. 54.

[20] Sullo sviluppo sostenibile come meta principio, influente sull'interpretazione di altri principi, V. LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A. Boyle and D. Freestone, eds., *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 30. Con riferimento allo spazio giuridico europeo, a favore di una normatività del principio, sia pure con diverse sfumature, M. KENIG-WITKOWSKA, *The Concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law*, in *Journal of Comparative Urban Law and Policy*,1, 2017, p. 64 ss.; B. SJÅFJELL, *The Legal Significance of Article 11 TFEU for EU Institutions and Member States*, cit., p. 51 ss.

[21] Sulla molteplicità degli interessi che si agitano in questa materia, anche F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica e amministrazioni*, *cit*., p. 155 ss., specie p. 162; sull'efficienza energetica come migliore strategia a basso costo per ridurre le emissioni di gas serra, D. ÜRGE-VORSATZ, B. METZ, *Energy efficiency: how far does it get in controlling climate change?* in *Energy Eff*., 2, 2009, p. 87 ss.; J.J. BUONOCORE, P. LUCKOW-G. NORRIS, J.D. SPENGLER-B. BIEWALD-J. FISHER-J.I. LEVY, *Health and Climate Benefits of Different Energy-efficiency and Renewable, Energy Choices*, in *Nat. Clim. Chang*., 6, 2015, p. 100 ss.; F. VON MALBORG, *First and last and always: Politics of the 'energy efficiency first' principle in EU energy and climate policy*, in *Energy Research & Social Science,* 101, 2023, 103126.

[22] In seno alla letteratura economica non vi è unanimità di vedute circa il ruolo dell'*Energy Efficiency*. Secondo i detrattori del principio, le misure di efficientamento energetico propizie-

Sarebbe, pertanto, errato rappresentare i differenti interessi lambiti dal tema dell'efficienza energetica, in termini di antagonismo o di conflittualità, anziché di sinergia [24]. A ben vedere, questo nuovo approccio, proteso ad apprezzare i *vantaggi multipli* delle politiche sull'efficienza energetica e, più in generale, delle politiche sull'energia *tout court*, riflette a sua volta l'emersione di un nuovo paradigma della sostenibilità, in cui la protezione dell'ambiente costituisce volano dello sviluppo economico [25]. Si tratta di una lettura fatta propria non solo dalla letteratura specialistica sul cambiamento climatico, ma anche dalle politiche pubbliche definite nello spazio giuridico europeo all'indomani del *Green Deal*, nelle quali la prospettiva della decarbonizzazione dell'economia, cui le politiche di efficienza energetica sono strettamente legate, viene riguardata oramai *anche* come occasione per dare slancio alla crescita economica europea, afflitta da troppo tempo da una grave anemia [26], e non solo come

---

rebbero un aumento piuttosto che una riduzione del consumo di energia, producendo un effetto di rimbalzo nei comportamenti dei consumatori, il cui reddito, liberato dalle misure di efficienza, verrebbe dirottato verso altre tipologie di consumo, H. HERRIN, *Energy efficiency—a critical view*, in *Energy*, 31, 2006, p. 10 ss.; W.E. REES, *The ecological crisis and self-delusion: implications for the building sector, in Building research&information*, 3, 2009, p. 300 ss. La letteratura economica richiama in proposito il noto paradosso di Jevons, secondo cui "*It is wholly a confusion of ideas to suppose that the economical use of fuel is equivalent to a diminished consumption. The very contrary is the truth.*", W.S. JEVONS, *The Coal Question: An Inquiry Concerning the Progress of the Nation and the Probable Exhaustion of Our Coal-mines*, Macmillan and Co., New York, 1865, p. 140 ss. Come innanzi si vedrà nel testo, la letteratura favorevole al principio dell'*Efficiency First* suole rilevare, invece, i vantaggi multipli (sotto il profilo sociale, economico e ambientale) delle misure di efficienza energetica.

[23] Questa dimensione dell'efficienza energetica emerge anche sul piano normativo, ove si consideri che la direttiva (EU) 2018/2002, che modifica la Direttiva 2012/27/EU sull'efficienza energetica, appare molto esplicita là dove osserva (considerando n. 2) che "l'efficienza energetica deve essere trattata come una fonte energetica a sé stante". Si tratta di una considerazione che fa appello ad acquisizioni da tempo emergenti negli studi e nei report dell'Agenzia Internazionale per l'Energia; D. ÜRGE-VORSATZ-B. METZ, *Energy efficiency: how far does it get in controlling climate change?* in *Energy Eff.*, 2, 2009, p. 87 ss.; in letteratura anche A. CLÒ, *Energia e clima: l'altra faccia della medaglia*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 78. Sulla riduzione della domanda di energia dovuta alle politiche di efficientamento adottate dai Paesi più industrializzati negli ultimi decenni, H. GELLERA-P. HARRINGTONB-A.H. ROSENFELDC-S. TANISHIMAD-F. UNANDERD, *Polices for increasing energy efficiency: Thirty years of experience in OECD countries*, in *Energy Policy,* 34, 2006, p. 556 ss.

[24] Il riferimento è agli interessi relativi alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo economico; il ragionamento coinvolge, a ben vedere, non solo le politiche di efficienza, ma le politiche energetiche *tout court*, M. COCCONI, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, p. 4; P. THIEFFRY, *Le politiques européennes de l'énergie et de l'environnement: rivales ou alliées,* in *Revue des affaires européenes*, 2009-2010, p. 783 ss. Sul legame tra efficienza energetica e crescita economica, attraverso la leva degli investimenti necessari per realizzare le misure stesse, M. A. BROWN-YU WANG, *Energy-efficiency skeptics and advocates: the debate heats up as the stakes rise,* in *Energy Efficiency*, 10, 2017, p. 1155 ss. S. BORENSTEIN, *A microeconomic framework for evaluating energy efficiency rebound and some implications*, in *The Energy Journal*, 1, 2014, p. 1 ss. Sulla molteplicità degli interessi serviti dall'efficienza energetica, di nuovo D. ÜRGE-VORSATZ-B. METZ, *Energy efficiency*, cit., p. 87 ss.

[25] A. CLÒ, *Energia e clima: l'altra faccia della medaglia*, cit., p. 153; sul tema anche V. TERMINI, *Lo sviluppo energetico sostenibile in Europa*, in *Annuario del diritto dell'energia*, a cura di L. Carbone-G. Napolitano-A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 31 ss. e C.A. CIARALLI, *Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo*, in *Federalismi.it*, 15, 2023, p. 40 ss.

[26] Si tratta di un vero e proprio *refrain*, che compare sistematicamente negli atti di indirizzo politico, dell'Unione. Si vedano in proposito, a titolo di esempio, il regolamento (UE) 2021/1119 ove si individua l'obiettivo strategico di trasformare l'Unione in una società equa e prospera, con un'economia sostenibile, *competitiva*, climaticamente neutra ed efficiente; si veda anche la Raccomandazione (UE) 2021/1749) della Commissione del 28 settembre 2021 "sull'efficienza

obiettivo/strumento necessario per adempiere agli obblighi internazionali in materia di cambiamento climatico [27].

Come noto, la c.d. legge sul clima del 2021 (regolamento (UE) 2021/1119), traducendo in termini giuridicamente più cogenti gli indirizzi politici precedentemente esplicitati nell'VIII programma di azione in materia di ambiente [28] nonché nel c.d. *Green Deal* europeo [29] –, ha individuato in modo sufficientemente chiaro l'obiettivo del raggiungimento della *neutralità climatica* entro il 2050 nonché l'obiettivo intermedio della riduzione delle emissioni clima-alteranti, nella misura del 55% (rispetto al 1990) entro il 2030.

La fissazione di traguardi così sfidanti, da tradurre operativamente in un'ampia revisione delle normative di settore [30], dimostra come nell'ordinamento europeo lo "sviluppo sostenibile" sia divenuto oramai «…*interesse pubblico prevalente nella comparazione con gli altri interessi pubblici rilevanti*» [31], anche in considerazione della sua attitudine a produrre ricadute (anche economiche) positive nel lungo periodo. In questa nuova prospettiva, la protezione dell'ambiente cessa, pertanto, di essere limite esterno delle altre politiche, concezione questa che aveva portato ad accogliere una nozione debole di sviluppo sostenibile, ponendosi come «*processo credibile e duraturo di strutturale trasformazione del sistema economico, produttivo e sociale…assicurando uno stabile disaccoppiamento tra il livello di sfruttamento delle risorse naturali e gli obiettivi di benessere*» [32].

---

energetica al primo posto: dai principi alla pratica — Orientamenti ed esempi per l'attuazione nel processo decisionale del settore energetico e oltre", in particolare al p. 14, ove si pone l'accento sulla capacità del nuovo modello, imperniato come si vedrà anche sul principio dell'efficienza al primo posto, di dar vita a nuovi investimenti e posti di lavoro, favorendo la crescita.

[27] In merito al profilo della solidarietà intragenerazionale, E. CHITI, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, p. 9. Sul punto anche la Comunicazione della Commissione "Aumentare l'ambizione climatica dell'Europa per il 2030. Investire in un futuro neutrale dal punto di vista climatico a vantaggio dei nostri cittadini", *European Green Deal*, COM (2020) 5, specie al punto 7.

[28] Più recentemente, la decisione europea sul clima adottata nel 2022 (Decisione (UE) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022) relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030 afferma l'impegno dell'UE a diventare il primo continente a emissioni zero entro il 2050 e rivede al rialzo l'obiettivo di riduzione dei gas serra per il 2030, portandolo dal 40 al 55%. Il Programma d'azione mira espressamente a conciliare la sostenibilità con l'affidabilità degli approvvigionamenti energetici, aumentando la sicurezza energetica dell'Unione, la riduzione della dipendenza dalle importazioni e la realizzazione di un'Unione europea dell'energia.

[29] Il citato regolamento (UE) 2021/1119 è stato, in effetti, adottato nell'ambito del c.d. *Green Deal Europeo* (Comunicazione dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640), costituente una nuova strategia di crescita incentrata sulla duplice transizione verde e digitale. L'obiettivo strategico mira a trasformare l'Unione in una società equa e prospera, con un'economia sostenibile, competitiva, climaticamente neutra ed efficiente. In ordine alle politiche inaugurate dalla citata Comunicazione del 2019, E. CHITI, *Introduction to the Symposium*, cit., p. 9 ss. Il *Green Deal* assorbe, come noto, una rilevante frazione degli investimenti previsti nel piano per la ripresa *NextGenerationEU.* Almeno il 37 per cento delle risorse finanziate attraverso il Dispositivo per la ripresa e la resilienza deve essere dedicato a sostenere, nei PNRR degli Stati membri, gli obiettivi climatici.

[30] Come illustrato ampiamente nelle comunicazione della Commissione Green Deal /COM(2019) 640) e "Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini" (COM(2020) 562).

[31] E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza Ucraina*, in questa *Rivista*., 1, 2022, p. 7; Id., *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl*., 2, 2021, p. 415 ss., specie pp. 434, 435.

[32] A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo, in Riv.*

V'è, tuttavia, anche una diffusa consapevolezza che la transizione ecologica produrrà, quanto meno nel breve periodo, rilevanti costi economici e sociali [33], oltre che nuove complessità, legate alla compatibilità ambientale delle stesse politiche di decarbonizzazione, come vividamente, e anche paradossalmente, dimostra l'impatto paesaggistico degli impianti che impiegano fonti di energia rinnovabile [34]. Se, dunque, l'obiettivo della decarbonizzazione dell'economia, costituisce l'opzione preferibile da perseguire nel medio-lungo termine, ciò non di meno sembra reclamare dai decisori pubblici il raggiungimento di nuovi e faticosi bilanciamenti di interessi, individuando priorità e tempistiche che tengano nel dovuto conto anche la necessità di distribuire in misura equa gli inevitabili costi sociali ed economici, legati all'implementazione del nuovo paradigma di sviluppo.

2. Multimodalità delle politiche di efficienza energetica: limiti e insufficienze del modello

Il carattere proteiforme delle politiche di efficienza energetica, la circostanza cioè che le stesse possano servire interessi tra loro (un tempo considerati) conflittuali [35], consente, comunque, di spiegare perché siffatte politiche abbiano acquisito una crescente rilevanza nello spazio giuridico europeo. Ne costituisce vivida rappresentazione la particolare ricchezza dei dispositivi giuridici sull'efficienza coniati nel diritto unionale. Tuttavia, chi volesse, anche sommariamente, esaminare la natura di siffatti istituti rischierebbe di offrirne una rappresentazione incompleta e parziale, ove non desse, contestualmente, conto del dibattito specialistico, che ne ha preceduto o accompagnato l'introduzione. S'intende far riferimento principalmente ai *report* e alle raccomandazioni delle organizzazioni sovranazionali, e segnatamente dell'IEA *(International Energy Agency)*, ma anche alla letteratura (grigia e ufficiale), di matrice specialistica, per lo più, a carattere ingegneristico ed economico, la cui analisi può, tuttavia, contribuire a comprendere più nel dettaglio quel fenomeno, sopra solo som-

dir. comp., 2, 2022, p. 395; si vedano anche, nella stessa direzione, F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm*., 4, 2022, p. 779 ss.; G. ROSSI–M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 8. In parte diversa prospettiva in D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2, 2022, p. 297 ss.; Id., *Lo sviluppo sostenibile e il green new deal: tratti comuni, differenze, problematiche*, in *rgaonline*, 21, 2021, che pur tenendo distinti "Green New Deal" e "sviluppo sostenibile", rileva come in questo nuovo orizzonte, "*la tutela dell'ambiente non è più solo il fine di politiche pubbliche, ma è il mezzo con cui attori privati e attori pubblici possono creare nuovo benessere*", in armonia, si potrebbe aggiungere, con le teoriche, anche economiche, sui benefici multipli, legati alle politiche sul cambiamento climatico in generale e sull'efficienza energetica, più in particolare.

[33] Si pensi ai costi economici e sociali derivanti dalle politiche di efficientamento energetico, relative alla ristrutturazione degli edifici. In merito al bilanciamento, si vedano le esplicite dichiarazioni contenute nella Raccomandazione (UE) 2021/1749) della Commissione del 28 settembre 2021 "sull'efficienza energetica al primo posto: dai principi alla pratica — Orientamenti ed esempi per l'attuazione nel processo decisionale del settore energetico e oltre", in particolare al p. 10.

[34] Sugli effetti distruttivi prodotti dalla transizione energetica, ancora E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione*, cit. p. 434.

[35] Il tema dei benefici multipli è ricorrente in letteratura; un esempio in F. VON MALBORG, *First and last and always*, cit., p. 1 ss.

mariamente descritto, di progressiva emersione sul terreno giuridico di strumenti e principi di efficienza energetica.

Il punto logico di partenza, dal quale prendono usualmente le mosse i sostenitori dell'*Energy-efficiency,* è che l'efficienza è la fonte di energia non solo più sicura e conveniente, ma anche meno problematica, sotto il profilo della compatibilità ambientale [36]. Ciò nonostante, esisterebbe un *Efficiency gap*, derivante dal fatto che i diversi attori economici e sociali non sfrutterebbero appieno l'intero potenziale delle tecnologie *Energy-efficient*, anche dove queste sarebbero in grado di fornire vantaggi al singolo operatore o alla società nel suo complesso [37]. Residuerebbero, pertanto, notevoli margini di miglioramento nella realizzazione dell'efficienza energetica. Gli ostacoli che si frappongono a una piena implementazione delle misure di efficienza energetica sarebbero, secondo questa letteratura, molteplici: la presenza di asimmetrie informative circa l'efficienza dei prodotti; la scarsa, e comunque, non comprovata credibilità delle informazioni rese dagli attori economici; la non completa internalizzazione dei costi ambientali nei prezzi dei combustibili fossili; la presenza di *split incentives* [38] e, non ultime, le limitazioni cognitive, derivanti da disattenzione, se non da vera e propria miopia, dei diversi attori economici e sociali, nell'adozione delle decisioni di spesa e di investimento [39].

A ben vedere, alcune di queste problematiche sono state nel tempo prese in considerazione dal diritto europeo, trovando risposta in una ricca, e per certi versi anche complessa, produzione normativa, la cui architettura si regge storicamente su molteplici pilastri [40]. Accanto alla direttiva quadro del 2012 (Direttiva 2012/27/UE, c.d. *Energy Efficiency Directive* [41], successivamente modificata dalla Direttiva 2018/2002/UE, c.d. *Energy Efficiency Directive* – EED II, adottata nell'ambito del c.d. *Winter Package*, destinata a essere superata

---

[36] Come da tempo rileva l'Agenzia Internazionale per l'Energia: si vedano il *report*, "*From HiddenFuel to World's First Fuel?"* del 2013 nonché quello, più recente, *Energy Efficiency* del 2022, reperibile sul sito dell'Agenzia, *https://www.iea.org/reports/energy-efficiency-2022*.

[37] Sul dibattito in merito all'*Efficiency gap*, M. A. BROWN-Y. WANG, *Energy-efficiency skeptics and advocates: the debate heats up as the stakes rise*, in *Energy Efficiency*, 10, 2017, p. 1155 ss.

[38] Sui c.d. *split incentives*, evidenti specie nel mercato delle locazioni, dove il locatore non ha alcun serio incentivo a investire in efficienza, per abbattere il costo delle forniture energetiche, J. MELVIN, *The Split Incentives Energy Efficiency Problem: Evidence of Underinvestment by Landlords*, in *Energy Policy*, 115, 2018, p. 342 ss.

[39] Per uno studio esaustivo, T.D. GERARDEN-R.G. NEWELL-R.N. STAVINS, *Assessing the Energy-Efficiency Gap*, in *Journal of Economic Literature*, 4, 2017, p. 1486 ss.; anche P. THOLLANDER-J. PALM, *Barriers to Energy Efficiency: Theoretical Baseline, Previous Research, and Methodological Approaches,* in *Improving Energy Efficiency in Industrial Energy Systems: An Interdisciplinary Perspective on Barriers, Energy Audits, Energy Management, Policies, and Programs,* P. Thollander-J. Palm (Eds.), Springer-Verlag, London, 2013, p. 35 ss. In merito all'internazionalizzazione nei costi dell'energia dei costi ambientali, anche C. HOOD, *Summing up the Parts. Combining Policy Instruments for Least-Cost Climate Mitigation StrategiesSummarizing the parts, combining policy instruments for least-cost climate mitigation strategies*, *Information paper*, 2011, specie p. 24 ss.

[40] Un quadro esauriente di diversi atti normativi in materia si ritrova in F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica e amministrazioni: il Piano di azione nazionale per l'efficienza energetica nell'ambito della programmazione energetica nazionale*, in *Annuario di diritto dell'energia*, a cura di L. Carbone-G. Napolitano-G. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 155 ss. Una ricostruzione storica della complessa normativa europea si ritrova in S. QUADRI, *La nuova multi-level govenance dell'efficienza energetica*, in *La transizione energetica*, a cura di L. Ammannati, Giappichelli, Torino, 2018, p. 25 ss.

[41] Trasposta in Italia col d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

dall'adozione della EED *recast* Directive (EU) 2023/1791), recante gli obiettivi di efficientamento energetico nonché gli strumenti, amministrativi e di mercato [42], attraverso i quali gli Stati sono chiamati a contribuire al raggiungimento degli obbiettivi comuni, occorre, altresì, rammentare: la direttiva sulla prestazione energetica degli edifici (Direttiva 2010/31/UE, c.d. – *Energy Performance of Buildings Directive* – EPBD II *recast,* anch'essa rivista nell'ambito del *Winter Package*, attraverso l'adozione dalla direttiva (UE) 2018/2002 [43], e prossima ad essere nuovamente aggiornata nell'ambito del pacchetto "*Fit for 55*" [44]) volta a imporre l'adeguamento di tutti gli edifici nuovi o soggetti a una ristrutturazione profonda allo standard europeo degli "Edifici a Energia Quasi Zero"; la direttiva sull'eco-progettazione dei prodotti legati all'energia (Direttiva 2009/125/CE, c.d. *Energy related Products – ErP* [45]); il regolamento (reg. 2017/1369) sull'etichettatura e le informazioni uniformi relative all'efficienza energetica [46] e, per ultimo, la direttiva sulle energie rinnovabili (2018/2001 *Renewable Energy Directive – recast* c.d. RED II) [47], recante obiettivi sulle quote di energia legate alle fonti rinnovabili vincolanti per l'Unione nel suo complesso, con disposizioni variamente intrecciate col tema dell'efficientamento energetico [48].

---

[42] La direttiva contempla l'obbligo degli Stati membri di: indicare gli obiettivi nazionali di efficienza energetica (art. 3), individuare le strategie nazionali per l'efficienza energetica degli edifici (art. 4), rinnovare il 3% di edifici del settore pubblico ogni anno (art. 5 e 6), stabilire regimi obbligatori di efficienza energetica (art. 7), introducendo disposizioni per il controllo e la misurazione (artt. 8-12). La disposizione centrale è costituita dall'art. 7 che impone di attuare gli obblighi di efficienza energetica al fine di raggiungere una riduzione del consumo finale di energia dell'1,5% annuo, sul tema J. ROSENOW-R. COWART-E. BAYER-M. FABBRI, *Assessing the European Union's energy efficiency policy: Will the winter package deliver on 'Efficiency First'?* in *Energy Research & Social Science*, 26, 2017, p. 72 ss. Per una più ampia ricognizione dei diversi dispositivi giuridici di efficienza energetica, F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica, in Riv. quad. dir. amb.,* 2, 2022, p. 150 ss.

[43] La direttiva è stata trasposta nell'ordinamento interno col d.lgs. 10 giugno 2020 n. 48.

[44] La proposta di direttiva COM/2021/802 final è volta per un verso a individuare requisiti minimi più sfidanti e, per altro, verso ad ampliare, salve limitate deroghe, la platea del parco immobiliare destinatario delle sue previsioni.

[45] La direttiva sostituisce la precedente Direttiva 2005/32/CEE – *Energy using Products – EuP*.

[46] Il regolamento abroga la precedente direttiva 2010/30/UE. Si rammenta che la prima normativa in materia risale alla Direttiva sull'Etichettatura Energetica del 1992 (92/75/EEC). Per un approfondimento del tema, H.F. MÁS-D. KUIKEN, *Beyond energy savings: The necessity of optimising smart electricity systems with resource efficiency and coherent waste policy in Europe*, in *Energy Research & Social Science*, 70, 2020, p. 101658 ss. Il regolamento (UE) 2020/740 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 2020 si riferisce, invece, all'etichettatura degli pneumatici in relazione al consumo di carburante e ad altri parametri.

[47] Che ha rivisto la regolamentazione racchiusa nella precedente *Renewable Energy Directive* (2009/28/EC).

[48] Per una ricognizione dei legami tra i temi dell'energia rinnovabile e l'efficientamento, F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico*, p. 155 ss.; S.T. HUBER, K.W. STEININGER, *Critical sustainability issues in the production of wind and solar electricity generation as well as storage facilities and possible solutions,* in *J. Clean. Prod.*, 2022, p. 339 ss.; F. VON MALMBORG, *First and last and always: Politics of the 'energy efficiency first'principle in EU energy and climate policy,* in *Energy Research & Social Science*, 101, 2023, p. 1 ss. Il punto di contatto tra rinnovabili ed efficienza energetica si ritrova, per esempio, nell'istituto delle comunità di energia rinnovabile, peraltro espressamente preso in considerazione dalla direttiva 2018/2001, e nelle comunità energetiche dei cittadini, ai sensi della direttiva (UE) 2019/944, su cui R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities*, cit., p. 603 ss.; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto*, 3, 2022, p. 1 ss.; G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull'affidabilità del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in *Ambientediritto.it*, 1, 2022, p. 1 ss.

Alla base di questa articolata produzione normativa si ritrova l'idea secondo la quale l'eliminazione delle barriere all'implementazione di misure di efficienza energetica richiede una combinazione, variamente articolata, di dispositivi giuridici, riconducibili, ora, ai tradizionali strumenti di *command and control,* implicanti la previsione di standard, regole, divieti; ora a meccanismi di mercato [49].

Quanto agli strumenti di mercato, basti pensare al sistema delle etichettature energetiche (regolamento 2017/1369), ideate per superare i problemi di asimmetria informativa che non consentono al mercato di funzionare correttamente. Attraverso le informazioni sulla *performance* energetica di prodotti e servizi racchiuse nelle etichette e nelle certificazioni i consumatori sarebbero così posti nelle condizioni di operare una scelta meditata, tra le differenti alternative presenti sul mercato [50].

Si pensi, ancora, ai regimi obbligatori di efficienza energetica, previsti dalla direttiva quadro sull'efficienza energetica e tradotti in Italia (ma non solo) nel sistema dei certificati bianchi, con cui s'è dato vita a un nuovo mercato, chiaramente artificiale, ancorato al raggiungimento di obbiettivi di efficientamento nel sistema di distribuzione dell'energia [51]; o ai contratti di efficientamento energetico, che ambiscono a realizzare, attraverso i servizi messi a disposizione da specifici attori di mercato (c.d. ESCo), interventi di efficientamento energetico su siti industriali ed edifici, a beneficio di soggetti pubblici e privati [52].

---

[49] Sul tema, in generale, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., p. 336 ss.; anche E. BAYER, *Efficiency First: Key Points for the Energy Union Communication,* in *Regulatory Assistance Project (RAP)*, Brussels, *https://www.raponline.org/knowledge-center/efficiency-first-key-points-for-the-energy-union-communication/*. Per una più ampia disamina dei diversi dispositivi di efficienza energetica, anche nell'ordinamento interno, F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica e amministrazioni: il Piano di azione nazionale per l'efficienza energetica nell'ambito della programmazione energetica nazionale*, in *Annuario di diritto dell'energia 2016*, cit., p. 155 ss.; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica,* cit., p. 150 ss.

[50] A. MARKANDYA-X. LABANDEIRA-A. RAMOS, *Policy instruments to foster energy efficiency*, in *Green energy and efficiency* A. Ansuategi-J. Delgado-I. Galarraga (Eds.), Springer, London, 2015, p. 93 ss. In generale, sulle misure volte a contrastare i diversi *bias* cognitivi, T.D. GERARDEN-R.G. NEWELL-R.N. STAVINS, *Assessing the Energy-Efficiency Gap*, cit., specie, p. 1508; anche H. ALLCOTT, D. TAUBINSKY, *Evaluating Behaviorally Motivated Policy: Experimental Evidence from the Lightbulb Market*, in *American Economic Review*, 8, 2015, p. 2501 ss.

[51] Su cui, L. CUOCOLO, *Gli incentivi agli interventi di efficienza energetica. I certificati bianchi*, in *Annuario di diritto dell'energia 2016*, cit., p. 89 ss.; A. CANCRINI, *L'assetto delle competenze e le procedure di verifica e certificazione dei risparmi energetici*, *ivi*, p. 225 ss.; per una veduta più ampia, estesa al panorama europeo, L.G. GIRAUDET-D. FINON, *European experiences with white certificate obligations: a critical review of existing evaluations*, in *Econ Energy Environ Policy*, 4, 2015, p. 113 ss.; S. MOSER, *Overestimation of savings in energy efficiency obligation schemes*, in *Energy*, 121, 2017, p. 599 ss.

[52] La letteratura sui contratti di efficientamento energetico è oramai significativa e abbondante; senza pretesa di esaustività, G. BELLANTUONO, *I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili, efficienza energetica*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato dei contratti. Volume V, Mercati regolati*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 1363 ss.; F. BENATTI, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)*, in *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello*?, P. Biandrino-M. de Focatis (a cura di), Giuffrè, Milano, 2017, p. 137 ss.; C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Esi, Napoli, 2017; Id., *Energy performance contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2017, p. 402 ss.; P. BIANDRINO, *I contratti di efficienza energetica: regole civilistiche e interesse pubblico (notazioni sparse)*, *ivi*, p. 149 ss.; M.G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2018, p. 34 ss.; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 150 ss.; S. FERLA, *Contratti*

Quanto agli strumenti di *command and control*, alcuni sono contenuti nelle misure di esecuzione adottate nell'ambito della direttiva sulla progettazione ecocompatibile (c.d. direttiva "ErP). In realtà, la direttiva non fissa di per sé alcun requisito minimo di progettazione, ma stabilisce piuttosto un quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per i prodotti connessi all'energia. Gli standard sono, invece, individuati, all'esito di appositi studi preparatori, nelle misure di esecuzione, vale a dire in appositi regolamenti UE recanti i requisiti di progettazione ecocompatibile. Ed è proprio a questi requisiti che fabbricanti e importatori debbono obbligatoriamente uniformarsi, per poter immettere sul mercato i loro prodotti [53]. Un esempio ulteriore di *command and control regulation* è quella contenuta nella direttiva "*EPB",* in materia di standard prestazionali degli edifici, ove viene individuato un livello minimo di prestazione energetica, in relazione a tutti gli interventi di nuova edificazione o di ristrutturazione significativa [54]. Si tratta, in entrambi i casi, di regolamentazione facenti leva sull'impiego di meccanismi obbligatori e non volontari, ciò che impone a volte faticosi bilanciamenti, onde evitare di precludere l'accesso al mercato delle fasce più deboli della popolazione [55].

La gamma degli strumenti elaborati nel diritto unionale per promuovere le politiche di efficienza energetica è, tuttavia, ancora più ampia, dovendosi tener conto anche di misure d'altra natura. Si pensi agli strumenti di incentivazione finanziaria, di promozione informativa e/o consulenziale [56]; agli strumenti di

---

di rendimento energetico e modelli contrattuali pubblici, in *App. contr.*, 2016, p. 29 ss.; I. FORGIONE, *Le procedure di affidamento dell'energy performance contract nel settore pubblico,* in *Riv. giur. serv. pubbl.,* 1, 2021, p. 197 ss.; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, p. 420 ss.; M.G. LANDI-M. MATERA-P. TELESCA-C. BENANTI-E. VALERIANI, *Contratti di prestazione energetica (epc) aspetti giuridici degli epc e ipotesi per il superamento dell'incertezza normativa sulla regolazione degli elementi essenziali del contratto,* 2017, pubblicazioni ENEA; A. MITROTTI, *Alle radici pubblicistiche degli Energy Performance Contracts (EPC)*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2021, p. 116 ss.; L. PAROLA-T. ARNONI-S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, 2015, p. 517 ss.; F. PEIRONE, *La costituzione di partenariati pubblico-privati per la realizzazione di consumi energetici efficienti nelle pubbliche amministrazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, 2017, p. 1 ss.; P. PISELLI-A. STIRPE (a cura di), Il *contratto di rendimento energetico*, Utet, Torino, 2011; P. PISELLI-S. MAZZANTINI-A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, in *Treccani.it*, 11 marzo 2010; F. SCALIA, *L'energy performance contract (epc) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, p. 1 ss.; S. TRINO, *il contratto di rendimento energetico*, in *Annuario di diritto dell'energia, 2016,* cit., p. 393; M. VERRENGIA, *L'Energy Performance Contract ovvero il Contratto di rendimento energetico come nuovo strumento di efficientamento dell'Amministrazione*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 185 ss.

[53] Sul tema, di recente, R. BARKHAUSEN-A. DURAND-K. FICK, *Review and Analysis of Ecodesign Directive Implementing Measures: Product Regulations Shifting from Energy Efficiency towards a Circular Economy*, in *Sustainability*, 2022, p. 14. In diversa e più ampia prospettiva, legata al paradigma dell'economia circolare*,* M. COCCONI*, Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 113 ss.

[54] Sui requisiti minimi obbligatori di efficienza energetica negli edifici, come strumenti di *command and control regulation*, in generale, W.L LEE-F.W.H YIK, *Regulatory and voluntary approaches for enhancing building energy efficiency*, in *Progress in Energy and Combustion Science*, 5, 2004, p. 477 ss.

[55] In proposito A. MARKANDYA-X. LABANDEIRA-A. RAMOS, *Policy instruments to foster energy efficiency*, cit., p. 93 ss.

[56] Si pensi agli incentivi fiscali e ai programmi di informazione contemplati nell'art. 12 della direttiva EE. Si pensi altresì degli audit energetici, previsti nell'art. 8 della direttiva EE. Con riferimento agli strumenti con finalità informativa e consulenziale, occorre menzionare altresì gli sportelli unici, denominati "*one-stop-shop*", previsti dalla direttiva EPB; sul carattere di novità di siffatti strumenti, rispetto a quelli di natura informativa, tradizionalmente adoperati dalla regola-

condizionamento dell'agire delle amministrazioni pubbliche, chiamate sovente allo svolgimento di una funzione di traino o di esempio, attraverso l'adozione di programmi di ristrutturazione degli edifici pubblici [57] o l'assunzione di appropriate politiche di acquisto di beni e servizi [58].

Non meno rilevanti sono gli esercizi di pianificazione (piani per l'efficienza, per le rinnovabili, per l'efficientamento del parco immobiliare), introdotti dal diritto europeo allo scopo di consentire il raggiungimento degli obiettivi europei in tema di efficientamento e di energia rinnovabile, attraverso un coinvolgimento attivo dei singoli Stati membri nell'ambito di strumentazioni di *soft governance* (su cui meglio *infra § 3*) [59].

La disamina sopra condotta non ha la pretesa di offrire un quadro esaustivo della complessa regolamentazione europea sull'efficienza energetica. Ciò che preme qui rilevare è che i diversi congegni coniati nello spazio giuridico europeo hanno complessivamente dato vita a un modello di promozione dell'efficienza connotato dalla matrice della *multidimensionalità*, giacché affidato a una combinazione variamente articolata di dispositivi giuridici, ora facenti leva sul mercato, ora su misure di *command and control* [60].

Tuttavia, proprio siffatto carattere di multidimensionalità è stato anche additato a motivo di debolezza del modello promozionale dell'efficienza: la simultanea presenza di una pluralità di congegni operativi avrebbe, infatti, propiziato l'insorgenza di strategie settoriali e frammentarie, aumentando non solo la complessità/complicazione della regolazione, ma anche il rischio incoerenze interne o di interferenze negative tra i diversi interventi [61].

Trascorrendo poi dall'analisi teorica al campo delle evidenze empiriche, l'esame degli studi a carattere economico sembrerebbe confermare la presenza di lacune e insufficienze nel modello. Per quanto apprezzabili, gli sforzi profusi nel corso degli ultimi decenni dall'Unione sul tema dell'efficienza energetica non avrebbero, infatti, del tutto risolto il problema dell'*Efficiency-gap,* come dimostrerebbe l'insufficiente livello degli investimenti, pubblici e privati, in efficienza energetica [62].

---

zione europea dell'efficienza, P. BERTOLDI-B. BOZA-KISS-N. DELLA VALLE– M.ECONOMIDOU, *The role of one-stop shops in energy renovation – a comparative analysis of OSSs cases in Europe, Energy and Buildings*, 250, 2021, 111273.

[57] Direttiva 2012/27/UE, c.d. *Energy Efficiency Directive – EED,* art. 5.

[58] Direttiva 2012/27/UE, c.d. *Energy Efficiency Directive – EED,* art. 6.

[59] Su cui F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, cit., p. 131 ss., specie p. 147.

[60] Similmente a quanto avviene del resto nella materia ambientale, su cui A.A. CRAIG, *Fourth Gener the Generation Enviration Environmental Law: Integr onmental Law: Integrationist and ationist and Multimodal*, in *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev*., 35, 2011, specie p. 794.

[61]Sul problema A. MARKANDYA-X. LABANDEIRA-A. RAMOS, *Policy instruments to foster energy efficiency*, cit., p. 93 ss. e T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER, *Conceptualising the energy efficiency first principle: insights from theory and practice*, in *Energy Efficiency*, 15, 2022, p. 1 ss.

[62] M. CHLECHOWITZ-M. REUTER-W. EICHHAMMER, *How First Comes Energy Efficiency? Assessing the Energy Efficiency First Principle in the EU Using a Comprehensive Indicator-based Approach,* in *Energy Efficiency*, 15, 2002, p. 58 ss.; T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER, *Conceptualising the energy efficiency first principle*, cit., p. 1 ss.; N. KERR, A. GOULDSON, J. BARRETT, *The rationale for energy efficiency policy: Assessing the recognition of the multiple benefits of energy efficiency retrofit policy*, in *Energy Policy*, 106, 2017, p. 212 ss. Si considerino anche i diversi report dell'IEA, a partire dal *World Energy Investment* 2021 nonché il rapporto finale EEFIG, *Energy Efficiency – the first fuel for the EU Economy. How to drive new finance for energy efficiency investments* del 2015. Si tratta di un rapporto presentato dall'*Energy Effi-*

Un salto di qualità, non conseguibile attraverso una mera, per quanto necessaria, opera di perfezionamento dei diversi strumenti coniati nell'ambito dello spazio giuridico europeo, sarebbe, pertanto, realizzabile solo attraverso l'introduzione di un dispositivo a carattere *unificante e sistematico*; un dispositivo capace cioè di propiziare un approccio *integrato* al problema dell'efficienza energetica, rompendo così anche i *silos*, in parte non comunicanti, edificati attorno ai diversi settori di intervento [63]. In altri termini, l'accesso a una nuova dimensione dell'efficienza energetica, in grado di rispondere in maniera più adeguata ai problemi posti dalla questione climatica, reclamerebbe l'adozione di un principio generale, capace di condizionare, in modo sistematico e non frammentario, tutte le grandi scelte strategiche compiute ai differenti livelli, aventi una incidenza sulla domanda di energia, permettendo così di rendere prioritari gli interventi in efficienza, tutte le volte che siano meno costosi o più produttivi di valore per la società, rispetto a quelli indirizzati verso l'aumento delle risorse o il potenziamento, anche indiretto, delle infrastrutture [64].

All'edificazione di questa nuova dimensione dell'efficienza energetica sono stati, pertanto, indirizzati gli sforzi profusi dalle istituzioni europee nei più recenti programmi di riforma [65].

Come era naturale attendersi, l'erompere della questione climatica nell'ambito del discorso pubblico ha sollecitato negli ultimi anni un'opera di intensa revisione del complesso quadro normativo esistente, attraverso l'implementazione di due rilevanti programmi di riforme: si tratta del pacchetto *Clean Energy for All* [66] (anche noto come *Winter Package)*, lanciato nel 2016 e portato a compimento con le riforme del 2019 relative mercato dell'energia; e del più recente pacchetto "*Fit for 55*" [67], che ambisce ad aggiornare in maniera

---

ciency Financial Institutions Group ("EEFIG"), istituito dalla Commissione Europea e dall'*United Nations Environment Programme Finance Initiative* ("UNEP FI").

[63] Così, J.R. BOLL-S. SCHMATZBERGER-S. ZUHAIB, *Guidelines on policy design options for the implementation of E1st in buildings and the related energy systems*, ENEFIRST, 2021, specie p. 9 e ivi anche per una esemplificazione dell'opera di rottura dei silos, in materia di pianificazione territoriale, ove il principio dell'*Efficiency First* è in grado di svolgere un ruolo significativo, come si vedrà anche innanzi nel testo, sub § 4, a proposito della localizzazione dei siti produttivi, in riferimento alla loro vicinanza alle reti, necessaria per assicurare l'attivazione di forme di teleriscaldamento.

[64] E. BAYER, *Efficiency First: Key Points for the Energy Union Communication,* cit.

[65] A partire dal citato *report Energy Efficiency – the first fuel for the EU Economy*.

[66] In generale, sul contenuto del *Winter package* e ai suoi legami con il *Green Deal Europeo*, E. BRUTI LIBERATI, Green Deal, Green Industry Policy *e settore dell'energia*, in *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, a cura M. Cecchetti-L. Ronchetti-E. Bruti Liberati, Es, Napoli 2021, p. 119 ss.; E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Cedam, Padova, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018; T. FAVARO, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato e innovazione*, Cedam, Padova, 2020; A. NOUICER-A-M. KEHOE-J. NYSTEN-D. FOUQUET-L. HANCHER-L. MEEUS, *The EU clean energy package*, *European University Institute*, Firenze, 2020; J. ROSENOW-R. COWART, E. BAYER-M. FABBRI, *Assessing the European Union's energy efficiency policy: Will the winter package deliver on 'Efficiency First'?,* in *Energy Research & Social Science*, 26, 2017, p. 72 ss. Il pacchetto Energia consta di diversi ben otto provvedimenti normativi, relativi alla prestazione energetica nell'edilizia (direttiva 2018/844), alle energie rinnovabili (direttiva 2018/2001), all'efficienza energetica (direttiva 2018/2002), alla Governance dell'Unione dell'Energia (regolamento 2018/1999), alla regolazione del mercato elettrico (direttiva 2019/944 e regolamento 943/2019), all'istituzione di un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali (Regolamento (UE) 2019/942).

[67] *www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/04/25/fit-for-55-council-adopts-key– pieces-of-legislation-delivering-on-2030-climate-targets/*; per una ricognizione delle propo-

capillare le molteplici regolamentazioni (non solo quelle relative all'energia o all'efficienza energetica), incidenti sull'obiettivo della decarbonizzazione dell'economia, onde renderle coerenti col *Green Deal* europeo e la legge sul clima del 2021.

I citati programmi di riforme non hanno, tuttavia, soltanto aggiornato, rendendoli più sfidanti o adeguando i precedenti obiettivi e/o dispositivi giuridici, ma hanno anche individuato nell'efficienza energetica uno dei cinque pilastri dell'Unione dell'energia, affianco alla sicurezza energetica, alla decarbonizzazione, al mercato interno e alla ricerca, innovazione e competitività.

In omaggio all'approccio olistico richiesto dall'applicazione del principio di integrazione, il *Winter package* ha, inoltre, introdotto strumenti strategici più pertinenti, in grado di integrare le problematiche energetiche con quelle ambientali: s'intende alludere ai c.d. Piani Integrati Nazionali per l'Energia e il Clima, affiancati, secondo le previsioni del regolamento sulla Governance dell'Energia, da strategie più lungo termine, munite di un orizzonte temporale ancora più esteso [68].

In realtà, v'è anche qualcosa in più, perché coi due pacchetti di riforme l'"efficienza energetica prima di tutto" (c.d. *Energy Efficiency First*, d'ora innanzi anche EE1st) ambisce a diventare vero e proprio principio di politica energetica [69], imponendo al decisore (in primo luogo, quello pubblico) di dare preferenza alle soluzioni di efficienza tutte le volte che le stesse si rivelino più vantaggiose per conseguire gli obiettivi presi di volta in volta di mira.

3. L'erompere dell'*Energy Efficiency First Principle*

Il diritto unionale è divenuto, in un arco di tempo relativamente breve, ricco di riferimenti, anche impliciti, all'*Efficiency First Principle*.

Dopo aver ricevuto esplicito riconoscimento nell'ambito del regolamento

---

ste racchiuse nel pacchetto, D. BEVILACQUA *Pronti per il 55%"? l'obiettivo climatico dell'ue e gli strumenti per raggiungerlo,* in *rgaonline,* 28, 2022.

[68] Sulla Governance dell'Unione dell'Energia, L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione Europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in *La transizione energetica*, cit., p. 3 ss.; R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities*,* cit., p. 603 ss.; C. POLETTI, *La regolazione dei settori energetici all'interno di un sistema di governance multilivello*, in *Annuario di diritto dell'energia 2019*, cit., p. 339 ss.; T. FAVARO, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato, innovazione*, cit., p. 78 ss.; A. HERRANZ-SURRALLÉS-I. SOLORIO-J. FAIRBRASS *(Edited), Renegotiating Authority in EU Energy and Climate Policy*, Routledge, London, 2023; M. KNODT-J.J. SCHOENEFELD, *'Harder' soft governance in the European Energy Union*, in *Journal of Environmental Policy and Planning*, 6, 2020, p. 787 ss.; S. SCHLACKE-M. KNODT, *The Governance System of the European Energy Union and Climate Action,* in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 4, 2019, p. 323 ss.; C. DE LA PORTE-S. STILLER, *Lessons about the 'Harder' elements of OMC governance for the EU energy Union*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 6, 2020, p. 788 ss.; K. SZULECKI-S. FISCHER, A.T. GULLBERG-O. SARTOR, *Shaping the 'Energy Union': between national positions and governance innovation in EU energy and climate policy*, in *Climate Policy*, 5, 2016, p. 548 ss.

[69] In generale, per una panoramica delle novità introdotte dall'intero pacchetto sul tema dell'efficienza energetica, J. ROSENOW-R. COWART-E. BAYER-M. FABBRI, *Assessing the European Union's energy efficiency policy*, cit., p. 72 ss.; anche R. COWART-J. ROSENOW-M. FABBRI, *Will the Winter Package deliver on efficiency first?*, conference paper, 2017; V. OIKONOMOU-W. EICHHAMMER, *Energy efficiency first principle in the regional governance*, Paper, *https://www.eceee.org/library/conference_proceedings/eceee_Summer_Studies/2021/3-policy-finance-and-governance/energy-efficiency-first-principle-in-the-regional-governance/*.

sulla Governance dell'Unione dell'energia (Reg. (UE) 2018/1999), l'EE1st ha successivamente ricevuto considerazione nel secondo considerando della direttiva 2018/2002/UE, con cui è stata emendata la direttiva quadro sull'efficienza energetica 2012/27/UE [70]. In realtà, molteplici disposizioni di quest'ultima direttiva già recavano scolpite nella loro *ratio* tracce evidenti del principio: si pensi alle disposizioni relative agli appalti e a quelle ulteriori sulla revisione della regolazione degli acquisti pubblici e della contabilità [71]. Altri svolgimenti del principio sono stati poi accolti nella nuova regolamentazione sul mercato dell'energia elettrica (direttiva 2019/944 e regolamento 943/2019) [72], specie nelle previsioni relative ai prezzi dinamici dell'energia elettrica, ai piani di sviluppo della rete e ai meccanismi di capacità [73].

---

[70] In particolare, nel secondo considerando ove si legge quanto segue: "La direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio contribuisce alla realizzazione dell'Unione dell'energia, nell'ambito della quale l'efficienza energetica deve essere equiparata a una fonte di energia a sé stante. Al momento di definire le nuove norme per l'offerta e per altri settori strategici si dovrebbe tenere conto del principio che pone l'efficienza energetica al primo posto. La Commissione dovrebbe provvedere a che l'efficienza energetica e la gestione della domanda possano competere alla pari con la capacità di generazione. L'efficienza energetica deve essere considerata ogniqualvolta si adottano decisioni relative alla pianificazione del sistema energetico o di finanziamento. Occorre migliorare l'efficienza energetica ogniqualvolta ciò sia economicamente più vantaggioso rispetto a soluzioni equivalenti sul lato dell'offerta. Ciò dovrebbe contribuire a sfruttare i molteplici vantaggi che l'efficienza energetica offre all'Unione, in particolare ai cittadini e alle imprese".

[71] Una ricognizione si può trovare nelle linee guida della Commissione, *Annex to the Commission raccomandation on Energy Efficiency First: from principles to practice. Guidelines and examples for its implementation in decision-making in the energy sector and beyond* (Racc. (UE) 2021/1749 del 28 settembre 2021).

[72] Un'analisi complessiva circa l'implementazione del principio nell'ambito del *Winter package* si ritrova in J. ROSENOW-R. COWART-E. BAYER-M. FABBRI, *Assessing the European Union's energy efficiency policy: Will the winter package deliver on 'Efficiency First'?* in *Energy Research & Social Science*, 26, 2017, p. 72 ss. Con riferimento all'ordinamento interno, le norme europee sono state trasposte a mezzo del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 2010.

[73] Sotto altro aspetto, anche i gestori dei sistemi di distribuzione sono chiamati a pianificare lo sviluppo della rete, prevedendo "*l'impiego della gestione della domanda, l'efficienza energetica, gli impianti di stoccaggio dell'energia o le altre risorse cui il gestore del sistema di distribuzione ricorre in alternativa all'espansione del sistema*" (art. 32, par. 3, dir.). Secondo l'art. 51, par. 3, della direttiva, "*Nell'elaborare il piano decennale di sviluppo della rete, il gestore del sistema di trasmissione tiene pienamente conto delle potenzialità dell'impiego della gestione della domanda, degli impianti di stoccaggio di energia o di altre risorse in alternativa all'espansione del sistema, oltre che delle aspettative in termini di consumo, scambi con altri paesi e piani di investimento per le reti a livello dell'Unione e regionale*". In questo modo la gestione della domanda, insieme all'efficienza energetica diventa uno dei fattori chiave, da considerare prima di realizzare un investimento nella rete. Peraltro è prevista una verifica di coerenza del piano di sviluppo della rete nazionale con quello dell'Unione (art. 48 comma 2, Reg.), su questi profili Z. PATÒ-J. ROSENOW-R. COWART, *Efficiency first in Europe's new electricity market design – how are we doing?, Conference: eceee Summer Study*, 2019. È prevista inoltre (art. 21, comma 3, direttiva) l'individuazione di misure di sostegno per contrastare la povertà energetica, imperniate sull'efficienza energetica (Sul tema della povertà energetica, S. SUPINO-M. DE FOCATIIS, *Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato*, in, *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia*, E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A.TRAVI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2017, p. 101 ss.; A. MAESTRONI, *Povertà energetica e strumenti di tutela: solidarietà e fratellanza*, ivi, p. 71 ss.; M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy-sharing*, in *Nuove leggi civili commentate*, 3, 2020, p. 630 ss.; P. RANCI-M. LEONARDI-L. SUSANI, *Poveri d'energia*, Il Mulino, Bologna, 2016; B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, Il Mulino, Bologna, 2019. La nuova regolamentazione cerca anche di contenere il ricorso a meccanismi di capacità, adoperati dagli Stati membri per assicurare, in un mercato caratterizzato dalla presenza di rinnovabili intermittenti, la sicurezza degli approvvigionamenti. Ove previste, le misure di capacità devono essere sono aperte anche "alla partecipazione di tutte le risorse in grado di fornire le prestazioni tecniche previste, com-

L'implementazione del pacchetto "*Fit for 55*" e, più in particolare, l'adozione nel corso del 2023 della nuova Direttiva sull'efficienza (EE *recast* Directive (EU) 2023/1791), ha poi ulteriormente arricchito, e in più direzioni, questo già complesso panorama: rafforzando il quadro delle regole costituenti svolgimento del principio; individuando, in modo tecnicamente più pertinente, l'ambito di applicazione generale dell'*Efficiency First Principle* (cfr. art. 3 [74]); isolando anche alcune fattispecie di maggiore pregnanza – riferite essenzialmente agli appalti e all'adozione dei piani di sviluppo delle infrastrutture energetiche (cfr. artt. 7 par. 1 [75], e 27 [76]) –, in relazione alle quali le amministrazioni sono chiamate doverosamente a confrontarsi col principio dell'efficienza "prima di tutto", nell'esercizio della loro discrezionalità.

Su alcuni di questi svolgimenti si tornerà appresso, sembrando per il momento più opportuno concentrarsi sul processo di graduale emersione del principio dell'*Efficiency First.*

Il primo riconoscimento del principio risale, come anticipato, proprio al regolamento sulla Governance dell'Unione dell'energia (reg. (UE) 2018/1999), ove si ritrova anche una più puntuale definizione dell'EE1st.

La cosa non deve sorprendere, considerato, per un verso, il carattere trasversale del principio, discendente dalla sua attitudine a influenzare tutte le altre politiche energetiche [77]; per altro verso, il carattere integrato della stessa pianificazione strategica introdotta dal regolamento per la *Governance* dell'energia, nella quale i *Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima* (d'ora innanzi, PNIEC) sono destinati a offrire una sede unitaria di elaborazione delle diverse strategie energetiche [78].

Quanto alla natura trasversale del principio dell'EE1st, la stessa discende dalla sostanza del principio stesso, che ambisce a rendere prioritari gli interventi in efficienza energetica rispetto a quelli rivolti all'aumento delle risorse o al potenziamento delle infrastrutture; ebbene, la natura del principio sembra ineluttabilmente reclamare l'adozione di un approccio globale, in grado di ricondurre a sintesi unitaria le diverse strategie/opzioni, a partire da quelle rela-

---

presi lo stoccaggio dell'energia e la gestione sul versante della domanda" (art. 21, comma 1, lett) h, reg.). Si tratta però di misure di ultima istanza, che possono essere adottate dagli Stati membri, dopo che si sia rivelato insufficiente il Piano di attuazione previsto dall'art. 20 reg., il quale prevede pure peraltro la possibilità di consentire l'autoproduzione, lo stoccaggio dell'energia, le misure sul versante della domanda e l'efficienza energetica, adottando misure intese ad eliminare qualsiasi distorsione normativa identificata (art. 20, comma 2 lett. e).

[74] Ove si offre una definizione generale del principio, individuandone anche l'ambito di applicazione.

[75] Ove si prevede che per gli appalti ove non siano presenti requisiti specifici, le amministrazioni sono, comunque, vincolate ad osservare il principio dell'*Efficiency First* (art. 7, par. 1). Delle altre novità, racchiuse negli art. 3 e 27 della direttiva si parlerà più diffusamente nel testo.

[76] Ove il principio dell'*Efficiency First* è richiamato in sede di approvazione dei piani di sviluppo; sul punto si rinvia a quanto si dirà nel testo.

[77] In questi termini si esprime la comunicazione della Commissione "Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa: inverdire gli edifici, creare posti di lavoro e migliorare la vita", COM(2020) 662 final del 14 ottobre 2020. Analoghe considerazioni sono svolte nelle precedenti comunicazioni della Commissione: in particolare nella comunicazione "Il Green Deal europeo, COM (2019) 640 final e, in quella, di poco successiva, "Energia per un'economia climaticamente neutra: strategia dell'UE per l'integrazione del sistema energetico, COM(2020) 299 final.

[78] Su cui A. MOLITERNI, *La strategia energetica nazionale: il problema del monitoraggio e del controllo,* in *Annuario di diritto dell'energia 2019*, cit., p. 235 ss.; K. KULOVESI-S. OBERTHÜR, *Assessing the EU's 2030 Climate and Energy Policy Framework: Incremental change toward radical transformation?*, cit., p. 151 ss.

tive alle infrastrutture più rilevanti, il cui dimensionamento non può non tener conto della diversa quantificazione della domanda di energia, quale risultante a sua volta dell'implementazione delle misure di efficienza energetica [79]. Dal canto suo, e in ragione dell'approccio integrato che lo caratterizza, il PNIEC sembra offrire l'ambientazione più adatta per il radicamento del principio dell'*Efficiency First.*

Questo insieme di ragioni consente di comprendere perché il regolamento sulla Governance dell'Energia affidi proprio a questo principio una funzione di cerniera tra le diverse dimensioni dell'Unione dell'Energia (Decarbonizzazione, Efficienza energetica, Sicurezza, Mercato dell'Energia, Innovazione e Ricerca), tra le quali ricorrono evidenti interrelazioni (cfr. art. 3, par. 3, lett. b), Reg.) [80].

Come sottolineato nei documenti dell'UE, i Piani Nazionali Integrati rispondono alla duplice esigenza di accrescere coordinamento *orizzontale* fra le diverse politiche e quello *verticale* tra i diversi livelli di governo, offrendo nel contempo anche un quadro di prevedibilità e di certezza nei confronti degli investitori privati, in ragione dell'orizzonte temporale particolarmente esteso che li caratterizza (dieci anni) [81].

Attraverso questo dispositivo, sottoposto a un articolata procedura di monitoraggio *ex ante* [82] ed *ex post* [83], il diritto unionale ambisce anche a realizzare una significativa razionalizzazione dei diversi strumenti di pianificazione energetica previsti dal diritto unionale, la cui stratificazione aveva dato nel tempo luogo alla presenza di inutili sovrapposizioni e complicazioni [84]. La congerie di atti strategici contemplati dalle diverse normative europee sull'efficienza energetica – comprendente, per fare solo alcuni esempi, i piani d'azione nazionali per l'efficienza energetica [85]; quelli per le energie rinnovabili nonché le strate-

---

[79] M. FABBRI, *How to operationalise Energy Efficiency First (EE1st) in the EU? Key recommendations to Member States,* ENEFIRST, 2022, p. 12.

[80] Secondo cui "Con riguardo ai piani nazionali integrati per l'energia e il clima, gli Stati membri (…) b) tengono conto delle interrelazioni tra le cinque dimensioni dell'Unione dell'energia, in particolare del principio «l'efficienza energetica al primo posto»". L. PINTO FERREIRA, *Energy efficiency first: overcoming the hurdles?,* in *Revista de concorrência e regulação*, 46-47, 2021, p. 144 ss.

[81] Su cui G. NAPOLITANO, *Strategia energetica nazionale e scelte collettive*, in *Annuario di diritto dell'energia 2019*, cit., p. 327 ss. Peraltro proprio lo strumento della programmazione di lungo termine può contribuire a disinnescare o a prevenire la conflittualità emergente tra interessi delle imprese, operanti nel settore della ricerca e dell'estrazione di idrocarburi, e le politiche statuali, oramai orientate alla decarbonizzazione, la cui ricomposizione avviene spesso in strumenti arbitrali internazionali, su cui D. BEVILACQUA, *Il Green Deal e i suoi oppositori. Il conflitto con la Carta dell'energia e con gli investimenti esteri*, in *rgaonline.it*, 4, 2023.

[82] I PNIEC sono preparati e aggiornati attraverso un processo iterativo in cui la Commissione svolge un ruolo importante. Gli Stati membri erano tenuti a presentare le loro prime bozze di PNEC alla fine del 2018. La Commissione ha valutato le bozze e ha formulato raccomandazioni entro sei mesi. I PNIEC definitivi erano previsti per la fine del 2019. Successivamente, la Commissione è tenuta a valutare se i PNIEC definitivi siano sufficienti per raggiungere gli obiettivi dell'Unione dell'energia e i traguardi dell'UE per il 2030 e se gli Stati membri abbiano tenuto in debita considerazione il Raccomandazioni della Commissione.

[83] Il monitoraggio ex post si avvale delle relazioni intermedie nazionali predisposte dagli Stati membri, con cadenza biennale. Sul tema sempre A. MOLITERNI, *La strategia energetica nazionale*, cit., p. 235 ss.; K. KULOVESI-S. OBERTHÜR, *Assessing the EU's 2030 Climate and Energy Policy Framework*, cit., p. 151 ss.

[84] Esplicita molto chiaramente siffatta ratio il considerando n. 25 del Regolamento sulla governance.

[85] Su cui F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico*, cit., p. 155 ss.

gie nazionali di ristrutturazione a lungo termine del parco immobiliare (ora convertite in veri e propri piani nazionali di ristrutturazione degli edifici) [86] –, è, dunque, destinata a essere ricomposta in una cornice unitaria, in cui i diversi piani di settore si avviano a diventare parti integranti della pianificazione generale [87].

Le prime esperienze applicative hanno, tuttavia, segnalato la particolare debolezza del principio dell'*Efficiency First*, scarsamente considerato dagli Stati membri così nella progettazione dei loro Piani Nazionali, come, e più in generale, nell'esercizio dei poteri di regolazione e di pianificazione. Dietro queste criticità si celerebbero non solo le comprensibili difficoltà derivanti dal carattere di novità del principio, ma anche, e almeno in parte, problematiche legate alla non appropriatezza della base giuridica adoperata dal legislatore europeo.

La perdurante presenza di prerogative nazionali in tema di approvvigionamenti e di mix energetico (*ex* art. 194, par. 2 TFUE), mentre ha storicamente operato quale fattore di resistenza verso l'individuazione di obiettivi *nazionali* vincolanti sui temi dell'efficienza energetica e delle energie rinnovabili, ha, per altro verso, costretto a perseguire gli obiettivi europei (essi sì vincolanti, anche in tema di efficienza energetica, come previsto per la prima volta dalla più recente EED *recast)* attraverso l'impiego di una *soft governance*, basata per sua natura su meccanismi di iterazione, definizione di standard e processi di apprendimento, ma non su veri e propri strumenti di coercizione e sanzione [88]. Non è questa la sede per approfondire la natura di siffatta *governance*, la cui matrice di fondo sembra, comunque, risiedere in una sorta di scambio tra la debolezza dei vincoli di natura *sostanziale*, specie in merito all'individuazione dei target *nazionali* (in materia di rinnovabili e di efficienza energetica), e la forza degli obblighi di matrice *procedurale*, cui peraltro, a giudizio di alcuni, non farebbero difetto anche elementi di *hard governance* [89].

Tuttavia sembra di potersi affermare che l'operativizzazione del principio dell'EE1st a un livello di *pianificazione* così elevato, tramite la previsione di un

---

[86] Così il nuovo testo dell'art. 3 della EPB *recast*, proposta dalla Commissione.

[87] Un rafforzamento della centralità del PNIEC è realizzato dal "*Fit for 55*" Package. Con riferimento ai Piani di ristrutturazione degli edifici, art. 3 della EPBD *recast*, proposta dalla Commissione.

[88] Le sanzioni sarebbero, infatti, solo indirette, siccome fondate sull'attività di "*blaming and shaming*" degli Stati membri, cui viene sostanzialmente affidata la capacità di deterrenza e di orientamento del sistema di governance, C. DE LA PORTE-S. STILLER, *Lessons about the 'Harder' elements of OMC governance for the EU energy Union*, cit., p. 788 ss.; M. KNODT-J.J. SCHOENEFELD, *'Harder' soft governance in the European Energy Union*, cit., p. 787 ss.; M. RINGEL-M. KNODT, *The governance of the European Energy Union*, cit., p. 209 ss. In realtà, specie nei settori delle rinnovabii e dell'efficienza, caratterizzati dall'assenza di target vincolanti nazionali, la Governance compensa la debolezza degli obblighi sostanziali attraverso la precisione di quelli procedurali.

[89] Si sottolineano i poteri della Commissione non solo di raccomandazione (peraltro non vincolante (M. KNODT-J.J. SCHOENEFELD, *'Harder' soft governance in the European Energy Union*, cit., p. 787), ma anche di iniziativa al livello di Unione, onde consentire il raggiungimento degli obiettivi europei. Nell'ambito delle "quasi" sanzioni vengono anche menzionati i contributi volontari degli Stati membri indirizzati a un meccanismo di finanziamento dell'energia rinnovabile nell'Unione gestito dalla Commissione da utilizzare per contribuire ai progetti sull'energia rinnovabile più efficienti in termini di costi in tutta l'Unione (art. 32, par. 3 Reg.). Alcuni pongono, altresì, l'accento sulla giustiziabilità dell'obbligo degli Stati membri di intraprendere efficaci misure correttive, anche attraverso l'attivazione di procedure di infrazione, S. OBERTHÜR, *Hard or Soft Governance? The EU's Climate and Energy Policy Framework for 2030*, in *Politics and Governance*, 1, 2019, p. 17 ss.

mero dovere procedurale di presa in considerazione nella formazione del PNIEC [90], nonché la sua definizione nell'ambito di un modello di *governance* sfornito di sanzioni di natura giuridica, abbiano congiuntamente cospirato verso una lettura riduzionistica dell'*Efficiency First Principle*, di fatto relegandolo a strumento di orientamento di scelte essenzialmente *politiche,* quali sono quelle racchiuse nel PNIEC, rispetto alle quali appare assai problematica o, comunque, assai disputabile la configurazione di veri e propri vincoli giuridici, assistiti dal ricorso a strumenti di *enforcement* rilevanti anche sul piano giuridico-formale [91].

In altri termini, mentre si affidava al coordinamento orizzontale (tra le diverse politiche) e verticale (tra i diversi livelli di governo) assicurato dalla *Governance* dell'Unione dell'energia il compito di far *propagare* il principio dell'EE1st nei processi di formazione, ai diversi livelli, dalle decisioni pubbliche, proprio la fragilità dei vincoli giuridici *sostanziali* embricati nel sistema di *soft Governance* cospirava verso l'indebolimento della capacità diffusiva del principio, ad onta delle ambizioni enunciate nella definizione racchiusa nell'art. 2, n. 18, del regolamento 2018/1999, ove l'EE1st viene chiamato *enfaticamente* a operare come direttiva di orientamento delle (*di tutte le*) decisioni di pianificazione energetica, di politica e di investimento.

Della fragilità della base giuridica adoperata per introdurre il principio dell'*Efficiency First* è parsa, del resto, consapevole per prima la stessa Commissione europea, impegnatasi, per un verso, a facilitare il radicamento del principio nella prassi, attraverso l'elaborazione di specifiche *soft-law* [92] (anch'es-

---

[90] Secondo l'art. 3, par. 3, lett. b), Reg. (UE) 2018/1999, "*Con riguardo ai piani nazionali integrati per l'energia e il clima, gli Stati membri: (…) b) tengono conto delle interrelazioni tra le cinque dimensioni dell'Unione dell'energia, in particolare del principio «l'efficienza energetica al primo posto*".

[91] Con riferimento alla giustiziabilità dei doveri di risultato collettivi, A. MONTI-B. MARTINEZ ROMERA, *Fifty shades of binding: Appraising the enforcement toolkit for the EU's 2030 renewable energy targets*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 29, 2020, p. 221 ss. Trascorrendo dalla dimensione europea a quella interna, il PNIEC sembra assumere natura di atto di indirizzo *politico*, recante al più impegni *politici* (anche) per la futura legislazione. Su analoghe problematiche concernenti il PNRR, M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in Astrid-rassegna, 12, 2021, p. 11; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale,* in *Federalismi.it*-paper, 2022 e ivi per i pertinenti richiami bibliografici, tra cui A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 18, p. 235 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *costituzionalismo.it*, 2022, n. 1, p. 1 ss.; E. CATELANI, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale: un'introduzione, in www.rivistaaic.it,* 3, 2022, p. 210 ss.*;* C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla "prova" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, ivi, 3, p. 325 ss.; F. SALMONI, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, *ivi*, p. 1 ss.; S. NICCOLAI, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, *ivi*, p. 222 ss.; E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Es, Napoli, 2022.; F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021. Con riferimento alla pianificazione energetica, sia pure in riferimento alla Sen, G. NAPOLITANO, *Strategia energetica nazionale e scelte collettive*, in *Annuario di diritto dell'energia 2019*, cit., p. 327 ss.; M. CALCAGNILE, *La strategia energetica nazionale e il rapporto con i piani di settore*, *ivi*, p. 135 ss.; G. VERCILLO, *Procedimento di formazione e natura giuridica della Sen*, *ivi*, p. 97 ss.; G. BELLANTUONO, *I modelli e gli strumenti della programmazione energetica: un'analisi comparata*, *ivi*, p. 41 ss.

[92] Si tratta della raccomandazione "*on Energy Efficiency First: from principles to practice. Guidelines and examples for its implementation in decision-making in the energy sector and beyond*" (Racc. (UE) 2021/1749 del 28 settembre 2021).

se, peraltro, sprovviste di vincolatività sotto il profilo giuridico), e, per altro verso, a consolidarne la forza giuridica, promuovendo, nell'ambito delle proposte racchiuse nel nuovo pacchetto "Fit for 55", l'adozione di una nuova direttiva quadro sull'efficienza energetica (la c.d. EED *recast*).

Con questa direttiva non solo sono stati individuati, per la prima volta, *target* vincolanti, *quanto meno al livello europeo*, in tema di efficienza energetica, in luogo di quelli solo indicativi fissati precedentemente, ma è stato reso *legally binding* lo stesso principio dell'*Energy Efficiency First*[93], la cui operatività viene ora slegata, anche se non completamente, dalla *Governance* dell'Unione dell'Energia, ambendo ad assumere, sia pure a mezzo della trasposizione della direttiva, un'efficacia vincolante nei riguardi di tutte le amministrazioni pubbliche (ma non solo).

4. Definizione, contenuto, ambito di applicazione del principio

È, dunque, alla direttiva EE *recast* (EU) 2023/1791 che occorre oggi far riferimento nell'individuazione del contenuto dell'*Efficiency principle*.

In base alla definizione accolta nel diritto europeo, oramai da ricercare nell'art. 3 della sopra citata direttiva, il principio ruota attorno al dovere di presa in considerazione delle "*soluzioni di efficienza energetica*" nell'ambito "*delle decisioni strategiche e di pianificazione"* nonché in quelle *"relative ai grandi investimenti",* per tali intendendosi quelli eccedenti le soglie di valore individuati nella direttiva stessa.

Concentrando, per il momento, l'attenzione sul novero delle soluzioni di efficienza, alcune sono destinate a incidere sull'offerta di energia, siccome dirette a minimizzare le perdite o le dispersioni nelle reti di trasporto, così da assicurare una maggiore efficienza nella conversione, trasmissione e distribuzione di energia[94]. Il dovere di presa in considerazione abbraccia, però, anche, se non soprattutto, le misure di efficienza incidenti sul lato della domanda («le risorse sul versante della domanda e la flessibilità del sistema»). Con questa

[93] Così F. VON MALMBORG, *First and last and always*, cit.; si vedano anche le comunicazioni della Commissione, (10 marzo 2023, *European Green Deal: EU agrees stronger rules to boost energy efficiency*) ove si afferma espressamente che "*For the first time, the energy efficiency first principle is given legal strength with a clear requirement for EU countries to take energy efficiency into consideration in policy, planning and major investment decisions in the energy sector and beyond".* Ai sensi dell'art. 3 della direttiva EED *recast*, "*Conformemente al principio "l'efficienza energetica al primo posto", gli Stati membri provvedono affinché siano valutate soluzioni di efficienza energetica, comprese le risorse sul versante della domanda e la flessibilità del sistema, nelle decisioni strategiche e di pianificazione e in quelle relative ai grandi investimenti di valore superiore a 100 000 000 EUR ciascuna o a 175 000 000 EUR per i progetti di infrastrutture di trasporto, nei seguenti settori: a) sistemi energetici; e b) settori non energetici, ove essi incidano sul consumo di energia e sull'efficienza energetica, come edifici, trasporti, acqua, tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), agricoltura e finanza*".

[94] A ben vedere, le misure di efficientamento dal lato dell'offerta non si limitano soltanto alla riduzione delle perdite e delle dispersioni, ma possono comprendere anche altre misure, come l'utilizzo del calore di scarto dei processi industriali nelle reti di teleriscaldamento, su cui M. PAPAPETROU-A. CIPOLLINA-U. LA COMMARE-G. MICALE, *Industrial waste heat: Estimation of the technically available resource in the EU per industrial sector, temperature level and country*, in *Applied Thermal Engineering*, 138, 2018, p. 207 ss.; per altri esempi T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER, *Conceptualising the energy efficiency*, cit., p. 1 ss.

locuzione, il diritto unionale intende far riferimento, in primo luogo, alle misure in grado di produrre risparmi finali nell'uso dell'energia, ma non solo. Vi rientrano, infatti, anche le misure relative alla «*gestione della domanda*», per loro natura finalizzate non tanto a conseguire risparmi di energia [95], bensì ad adeguare la reazione alla produzione di energia, tramite uno spostamento del carico della domanda (la c.d. efficienza del sistema) [96]. Si tratta di soluzioni, quest'ultime, destinate ad acquisire nel prossimo futuro una importanza decisiva, in considerazione delle trasformazioni che ineluttabilmente stanno attraversando, modificandolo sensibilmente, il mercato dell'energia, oramai sempre più dominato, per un verso, dalla presenza di fonti di energia rinnovabile, per loro natura intermittenti e incostanti, e, per altro verso, dalla crescita significativa della domanda di energia elettrica, indotta a sua volta dal forzato abbandono delle fonti di energia tradizionali (gas, petrolio e combustibili fossili in genere). Nello scenario che va prospettandosi, la diversa modulazione nel tempo della domanda sarà allora in grado di offrire un contributo decisivo per assicurare l'efficienza del sistema nel suo complesso, pur senza comportare di per sé alcun efficientamento o risparmio energetico in senso stretto [97].

Sembra, dunque, di potersi sostenere che il principio dell'*Efficiency First* esiga dal decisore un'operazione di preliminare comparazione, che raffronti cioè le opzioni esistenti dal lato dell'offerta di energia, consistenti nelle misure

---

[95] In letteratura emerge una certa sovrapposizione/confusione concettuale tra i concetti di risparmio energetico, domanda di energia e risparmio energetico. È vero tuttavia che efficienza e risparmio vengono frequentemente distinte in ciò, che l'efficienza energetica assicurerebbe una riduzione dell'input energetico senza contrarre i servizi energetici. "Un 'miglioramento' dell'efficienza energetica implicherebbe quindi che si stia utilizzando meno energia per lo stesso livello di servizio o rendimento, con conseguente "risparmio energetico". Questo metodo, tuttavia, non implica necessariamente una riduzione complessiva del consumo di energia, solo che si utilizza l'energia a un tasso più efficiente, a causa, in particolare, del cambiamento tecnico e dell'innovazione, o del cambiamento del comportamento dei consumatori". Si afferma, perciò, che l'efficienza sia un rapporto e non una quantità; il risparmio energetico assicurerebbe una riduzione dell'input energetico riducendo proprio i servizi energetici, così T. DUNLOP-T. VÖLKER, *The politics of measurement and the case of energy efficiency policy in the European Union*, in *Energy Research & Social Science*, 96, 2023, 102918; anche N. LABANCA-P. BERTOLDI, *Beyond energy efficiency and individual behaviours: policy insights from social practice theories,* in *Energy Policy*, 115, 2018, p. 494 ss.

[96] Sia il Regolamento sulla Governance che la direttiva EE *recast* offrono una definizione sostanzialmente sovrapponibile di «efficienza energetica», di «risparmio energetico» e di «miglioramento dell'efficienza energetica». Per «efficienza energetica», s'intende il rapporto tra un risultato in termini di rendimento, servizi, merci o energia e l'immissione di energia (si veda anche l'art. 2, punto 30) della direttiva 2019/944); per «risparmio energetico», la quantità di energia risparmiata, determinata mediante una misurazione e/o una stima del consumo prima e dopo l'attuazione di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, assicurando nel contempo la normalizzazione delle condizioni esterne che influiscono sul consumo energetico; per «miglioramento dell'efficienza energetica», l'incremento dell'efficienza energetica risultante da cambiamenti tecnologici, comportamentali e/o economici. Per "gestione della domanda" s'intende invece "la variazione del carico dell'energia elettrica per i clienti finali rispetto ai modelli di consumo normali o attuali in risposta a segnali del mercato, anche in risposta a prezzi dell'energia elettrica variabili nel tempo o incentivi finanziari, oppure in risposta all'accettazione dell'offerta del cliente finale, di vendere la riduzione o l'aumento della domanda a un determinato prezzo sui mercati organizzati quali definiti all'articolo 2, punto 4, del regolamento di esecuzione (UE) n. 1348/2014 della Commissione, individualmente o per aggregazione (art. 2, punto 20, direttiva 2019/944). Anche in dottrina, è stato chiarito che le misure di "gestione della domanda" si rivolgono "principalmente allo spostamento del carico, non necessariamente alla riduzione della domanda di energia: si parla al riguardo di "efficienza del sistema", così T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER *Conceptualising the energy efficiency first principle*, cit., p. 1 ss.

[97] K. WOHLFARTH-E. WORRELL-W. EICHHAMMER, *Energy efficiency and demand response – two sides of the same coin?,* in *Energy Policy,* 137, 2020, 111070.

di potenziamento e ampliamento della produzione e/o delle reti di energia, con quelle disponibili dal lato della domanda. Una conferma di questa lettura si ritrova nel secondo considerando della citata direttiva 2018/2002/UE, nonché nel quindicesimo e sedicesimo considerando dell'EE *recast*, ove l'*Energy Efficiency First* [98] viene inteso come principio di riequilibro, siccome diretto a consentire alle misure di efficienza energetica e di gestione della domanda di competere alla pari, nell'ambito del procedimento decisionale, con quelle finalizzate a potenziare la capacità di generazione e di distribuzione di energia, attraverso l'apertura di nuovi impianti di produzione di energia o l'ampliamento della rete di distribuzione.

Sebbene neppure la direttiva EE *recast* sia del tutto chiara sul punto, specie là dove sembra reiterare un dovere procedurale di mera «presa in considerazione» delle alternative di efficienza, pare, tuttavia, di potersi affermare che il diritto europeo non si limiti semplicemente ad assicurare la completezza dell'attività conoscitiva, onde impedire che siano trascurate le opzioni esistenti sul terreno dell'efficienza energetica (anche di sistema), ma introduca un vero e proprio principio di *preferenza* verso quest'ultime misure [99].

Convince di questo la previsione di specifici parametri, utili a guidare il decisore nell'adozione della scelta, facenti leva su una valutazione di efficienza economica imperniata sull'analisi dei costi/benefici (*Cost-benefit analysis*), soluzione questa accolta dapprima la Commissione europea nelle linee guida pubblicate nel 2021 [100] e successivamente recepita al livello normativo dalla direttiva EE *recast* del 2023. Non è, peraltro, la previsione in sé di parametri di valutazione, ma piuttosto la natura dei criteri previsti a far emergere il carattere *promozionale* del principio dell'*Efficiency First*. Il dato saliente da rilevare è che siffatta valutazione economica non pare limitata al punto di vista, necessariamente parziale, degli utenti e degli investitori, ma sembrerebbe comprendere *anche* il punto di vista della società nel suo complesso [101]. Dietro questa interpretazione del criterio dell'efficienza eco-

---

[98] Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, i "considerando" degli atti normativi, non avendo valore giuridico vincolante, non possono derogare le disposizioni contenute nell'atto medesimo o essere adoperati per avvalorare interpretazioni *contra legem* (Corte di giustizia UE 19 giugno 2014, in causa C-345/13, Karen Millen Fashions Ltd, in Racc. gen., punto 31); il che però non esclude, invece, che gli stessi possano svolgere una funzione di ausilio interpretativo, tutte le volte che il testo normativo risulti non chiaro o impreciso (Corte di giustizia CE 9 febbraio 1995, in causa C-412/93, Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA, in Racc., 1995, punto 45 ss.).

[99] Il problema è posto anche da T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER *Conceptualising the energy efficiency first principle*, cit., p. 1 ss., specie p. 5.

[100] Racc. (UE) 2021/1749 del 28 settembre 2021, già citata. Le stesse linee guida rilevano come "Il rischio di non applicare il principio EE1st consiste nell'impegnarsi a favore di soluzioni più costose, con esternalità più negative. In particolare quando la domanda di energia è sovrastimata, gli investimenti possono portare a capacità sottoutilizzate e attivi non recuperabili". Peraltro, una specifica indicazione in questo senso appare contenuta nel diciassettesimo considerando della EED *recast* che richiama peraltro le stesse linee guida formulate dalla Commissione.

[101] In questa direzione anche il diciassettesimo considerando della direttiva EE *recast*: "*Sebbene il principio sia basato sull'efficacia in termini di costi, la sua applicazione ha implicazioni più ampie dal punto di vista sociale. Tali implicazioni possono variare in funzione delle circostanze e dovrebbero essere attentamente valutate attraverso solide metodologie di analisi costi-benefici che tengano conto dei molteplici vantaggi dell'efficienza energetica*". Su questa problematica anche, T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER, *Conceptualising the energy efficiency first principle*, *cit.*, p. 1 ss.; J. RIEKE BOLL-S. SCHMATZBERGER-S. ZUHAIB, *Guidelines on policy design options for the implementation of E1st in buildings and the related energy systems*, ENIFIRST, 2022, p. 33.

nomica si cela, a ben vedere, la teoria dei c.d. benefici multipli; dottrina questa fiorita inizialmente in seno alla letteratura sul cambiamento climatico [102], ma che ha nel tempo contaminato anche quella sull'efficienza energetica [103]. Alla stregua di questa teoria – non priva di complicazioni stante la difficoltà di attribuire un valore, specie se monetario, a beni d'indole immateriale (come la salute umana, l'ambiente etc.) –, l'efficienza economica costituirebbe parametro valutabile in una prospettiva ampia, siccome estesa alla considerazione dei benefici/costi nelle diverse dimensioni ambientali, economiche e sociali [104].

Ciò chiarito in ordine alla natura delle valutazioni richieste dal decisore, rimane ancora da comprendere quale sia la cerchia dei destinatari del principio dell'*Energy First*. Il problema si pone, considerato che non solo nella letteratura specialistica ma anche nel dibattito svoltosi nella procedura di approvazione della nuova direttiva EE *recast* [105], sembrerebbero emerse posizioni inclini a riconoscere al principio in parola carattere di "ubiquità", in quanto suscettibile di condizionare anche le scelte compiute dai soggetti privati [106]. L'importanza del coinvolgimento del settore privato sarebbe poi testimoniata non solo dal "considerando" n. 64 del regolamento sulla *Governance*, là dove sollecita gli Stati membri a promuovere la diffusione del principio anche presso le amministrazioni regionali e locali *nonché nell'ambito del settore privato*, ma anche

---

[102] Si veda per esempio K. AUNAN-J. FANG-H. VENNEMO-K. OYE-H.M. SEIP, *Co-benefits of climate policy—lessons learned from a study in Shanxi, China*, in *Energy Policy*, 32, 4, 2004, p. 567 ss., ove si prendono in considerazione i benefici multipli (sulla salute, sulla mitigazione della corrosione dei materiali e quindi sulla riduzione delle spese di manutenzione degli edifici) associati alle politiche di riduzione delle emissioni clima alteranti, tentandone anche una quantificazione in termini monetari. Sui benefici multipli, legati alla riduzione dell'inquinamento atmosferico, alla sicurezza energetica, al risparmio finanziario, alla presenza di stili di vita più sani, derivanti dalle politiche di lotta ai cambiamenti climatici anche A. SMITH, *The Climate Bonus: Co-benefits of Climate Policy*, Routledge, London. 2013; M. SCHWEITZER-B. TONN, *Nonenergy Benefits from the Weatherization Assistance Program: a Summary of Findings from the Recent Literature, report,* Oak Ridge National Laboratory, 2002, *www.weatherization.ornl.gov/wp-content/uploads/pdf/2001_2005/ORNL_CON-484.pdf*, ove si tenta una schematizzazione dei principali benefici, sovente occulti, distinguendo tra benefici ambientali (riduzione degli inquinanti, minore dispendio di acqua), sociali (spesa per indennità di disoccupazione, equità sociale, orgoglio della comunità etc.), economici (derivanti da minori spese per bollette, da poter reimpiegare per altre finalità nella comunità etc.).

[103] N. KERR-A. GOULDSON-J. BARRETT, *The rationale for energy efficiency policy: Assessing the recognition of the multiple benefits of energy efficiency retrofit policy*, in *Energy Policy*, 106, 2017, p. 212 ss. e ivi per la letteratura (grigia) di riferimento, tra cui J. LAZAR-K. COLBURN, *Recognizing the Full Value of Energy Efficiency*, 2013, *www.raponline.org/wp-content/uploads/2016/05/rap-lazarcolburn-layercakepaper-2013-sept-09.pdf*; Z. PATÓ-J.S. BROC-T. MANDEL-B. BOZA-KISS-V. OIKONOMOU-L. KRANZL, *Guidelines on policy design options for implementation of E1st in buildings and the related energy systems*, ENEFIRST project, 2021, p. 33 ss.

[104] Siffatta teoria emerge in modo evidente dal testo dell'art. 3, par. 5, EED recast, là dove richiama "il punto di vista della società, della salute, dell'economia e della neutralità climatica, della sostenibilità e dei principi dell'economia circolare nella transizione verso la neutralità climatica. Sul punto anche il considerando n. 17 della EED recast, là dove rammenta che "Sebbene il principio sia basato sull'efficacia in termini di costi, la sua applicazione ha implicazioni più ampie dal punto di vista sociale. Tali implicazioni possono variare in funzione delle circostanze e dovrebbero essere attentamente valutate attraverso solide metodologie di analisi costi-benefici che tengano conto dei molteplici vantaggi dell'efficienza energetica".

[105] Sulla ricognizione delle diverse contrastanti posizioni e in merito al compromesso politico raggiunto sul punto tra le diverse istituzioni, F. VON MALMBORG, *First and last and always*, cit., p. 1 ss.

[106] M. CHLECHOWITZ-M. REUTER-W. EICHHAMMER, *How first comes energy efficiency?,* cit., specie p. 59.

dalle linee guida della Commissione [107] nonché, da ultimo, dalla stessa direttiva EE *recast*. Questa direttiva, per un verso, ribadisce il carattere trasversale del principio, auspicandone l'applicazione «*in tutti i settori, al di là del sistema energetico»,* incluso quello finanziario [108], dominato, come noto, dalla presenza di soggetti privati, e, per altro verso, include le decisioni di investimento e, dunque, anche le scelte imprenditoriali assunte dagli attori di mercato, tra i processi decisionali influenzati dal principio dell'*Efficiency First* [109].

Sul carattere di ubiquità del principio si può senz'altro convenire, dovendosi ravvisare proprio in ciò, come evidenziato, il *proprium* di questo nuovo dispositivo giuridico, ma con alcune precisazioni inerenti alla natura dell'autonomia privata (e imprenditoriale). Occorre, infatti, tener conto del fatto che in un ordinamento di ispirazione liberale, qual è quello europeo, in cui la stessa libertà di impresa è espressamente riconosciuta come diritto fondamentale [110], appare difficilmente predicabile un fenomeno di funzionalizzazione dell'autonomia privata, quanto meno attraverso la previsione di limiti *interni* al potere privato. Escluso, pertanto, che i fini perseguiti dell'autonomia privata possano essere direttamente imposti dall'ordinamento giuridico, rimane chiaramente ferma la possibilità che l'autonomia privata venga, invece, variamente condizionata, attraverso l'esercizio dei poteri di regolazione (anche delle autorità indipendenti), pianificazione/programmazione/autorizzazione, *volti a conformare dall'esterno* le decisioni assunte dagli attori del mercato [111], tramite l'introduzione

---

[107] Le linee guida della Commissione rilevano come "La maggior parte dei settori e delle applicazioni strategici del principio EE1st analizzati nello studio presentano soggetti del mercato che operano in veste di soggetti che preparano piani o decisioni di investimento" (punto 3.2. Tappe da realizzare).

[108] Così il considerando n. 15, ove si afferma che "La presente direttiva rappresenta un passo avanti verso la neutralità climatica entro il 2050, nell'ambito della quale l'efficienza energetica deve essere equiparata a una fonte di energia a sé stante. Il principio che pone l'efficienza energetica al primo posto è un principio trasversale di cui si dovrebbe tenere conto a ogni livello in tutti i settori, al di là del sistema energetico, incluso nel settore finanziario".

[109] Così l'art. 3, par. 4, EED *recast*, là dove prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché l'applicazione del principio "l'efficienza energetica al primo posto" sia verificata dalle autorità competenti, se le decisioni strategiche, di pianificazione e di investimento sono soggette a obblighi di approvazione e monitoraggio". Dal canto suo, nell'ambito delle sue linee guida adottate nel 2021, la Commissione raccomanda di individuare e definire le competenze di tali soggetti e a stabilire modalità per il monitoraggio degli impatti delle decisioni in materia di politiche e investimenti sul consumo di energia. Se necessario e senza sovrapporsi a valutazioni esistenti, le linee guida raccomandano di stabilire procedure nuove di verifica aggiuntive per i progetti suscettibili di incidere in maniera significativa sulla domanda o sull'offerta di energia in ragione in particolare della loro natura, delle loro dimensioni o della loro ubicazione. Con riferimento agli investimenti nelle reti, già sottoposte a controlli specifici, realizzati peraltro da soggetti bensì formalmente privati, ma gravati da pregnanti obblighi di servizio, la Commissione chiama a vigilare le autorità di regolazione, escludendo così una moltiplicazione dei controlli esistenti (punto 3.8.1. delle linee guida adottate dalla Commissione nel 2021). Come esposto nel testo, quest'ultima soluzione, riferita alle reti, è stata confermata anche dalla direttiva EE *recast*, all'art. 27.

[110] Tuttavia, anche con riferimento all'interpretazione dell'art. 41 Cost., la tesi della funzionalizzazione, da intendersi come individuazione di limiti interni e non solo esterni all'autonomia privata e d'impresa, è tutt'altro che pacifica. Per un confronto tra la costituzione economica europea e l'art. 41 Cost., S. DEL GATTO, *Potere pubblico e libertà di iniziativa economica e imprese*, Roma Tre Press, Roma, 2019, p. 19 ss. e ivi per i relativi riferimenti in letteratura anche sull'interpretazione del citato art. 41 Cost., tra cui G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 621 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 33; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Cedam, Padova, 1977, p. 513.

[111] Proprio l'intermediazione della legislazione consente di escludere una funzionalizzazione

di limiti, prescrizioni, obblighi/divieti [112], *nudge* [113], incentivi/disincentivi fiscali e/o normativi [114].

Sembra, insomma, che per il settore privato l'applicazione del principio dell'*Efficiency First* possa essere predicata solo in forma *indiretta*, in quanto necessariamente intermediata dalla legislazione e dall'attività di regolazione e, per loro tramite, dall'attività di pianificazione/programmazione/autorizzazione dei pubblici poteri [115].

Appare, dunque, chiaro che i principali e diretti destinatari dell'*Efficiency First Principle* siano proprio i pubblici poteri, nei riguardi dei quali il principio è destinato a operare come strumento di indirizzo dell'attività di regolazione nonché delle decisioni di pianificazione e di programmazione strategica.

Se, dunque, appare certamente innegabile un complessivo rafforzamento dell'intervento pubblico nelle dinamiche del mercato [116], sembra, tuttavia, che questo maggiore interventismo dei poteri pubblici sia finalizzato non già a obliterare le regole di funzionamento del "mercato", bensì a correggerne le disfunzionalità più evidenti [117] (i c.d. fallimenti di mercato [118]), là dove conducono a un uso non ottimale, dal punto di vista sociale, delle risorse economiche o dove impediscono al sistema dei prezzi di riflettere, interiorizzandole, le esternalità (negative) sociali e ambientali delle scelte (egoistiche) compiute dagli

---

dei comportamenti umani, A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp*., 2, 2022, p. 429; anche F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Dir. econ*., 2021, p. 64.

[112] Tali sono, per esempio, le previsioni racchiuse nella direttiva EPBD sulle prestazioni energetiche degli edifici, là dove impongono standard di efficienza.

[113] Secondo alcuni sarebbero *nudge* le stesse scelte politiche compiute nella stessa programmazione, su cui G. NAPOLITANO, *Strategia energetica nazionale e scelte collettive*, in *Annuario di diritto dell'energia 2019*, cit., p. 327 ss.; A. MOLITERNI, *La strategia energetica nazionale: il problema del monitoraggio e del controllo*, *ivi*, p. 248 ss. Sui *nudge* e sulla loro distinzione rispetto agli incentivi di natura economica R.H. THALER-C. SUSTEIN, Nudge. *La spinta gentile, La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su danaro, salute e felicità* (trad. A. Oliveri), Feltrinelli, Milano, 2022.

[114] Nel novero degli incentivi, un ruolo importante è svolto da quelli fiscali. Si pensi al riguardo al c.d. ecobonus introdotto nella legislazione italiana.

[115] Secondo una tecnica peraltro già ampiamente sperimentata in ambito ambientale, su cui F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, cit., p. 107 ss.

[116] Un mercato, peraltro, assai particolare in cui l'energia appare difficilmente qualificabile a stregua di qualunque altra merce, stante i diversi interessi pubblici (sicurezza energetica, l'ambiente etc.) coinvolti, i quali esigono pregnanti interventi dei pubblici poteri, sia pure nel rispetto dei meccanismi di mercato, su cui F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, cit., p. 131 ss., specie p. 138; anche M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia: fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Franco Angeli, Milano, 2014; Id., *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, cit., specie p. 8; R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri*, cit., p. 113 ss.; sulla moltiplicazione dei fattori di condizionamento delle libertà economiche, anche D. BEVILACQUA, *Lo sviluppo sostenibile e il* green new deal, cit.

[117] Appaiono, dunque, condivisibili le osservazioni svolte in una prospettiva più ampia e generale da E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza Ucraina*, cit., p. 7; ID., *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., p. 415 ss. nonché da A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, cit., p. 429 ss.

[118] J.E. STIGLITZ, *Markets, market failures, and development*, in *American Economic Review*, 2, 1989, p. 197 ss.

attori economici e sociali [119] o, ancora, di segnalare nella formazione dei prezzi dell'energia un uso inefficiente delle reti [120].

Pur con queste precisazioni, il novero dei soggetti tenuti all'applicazione del principio appare, comunque, assai ampio: vi rientrano non solo i Parlamenti nazionali, chiamati a operare una revisione complessiva della legislazione, onde eliminare gli ostacoli normativi alla corretta implementazione del principio [121]; ma anche le Autorità indipendenti, destinatarie, in ragione della centralità dei poteri di regolazione [122], di disposizioni più specifiche e puntuali; e, oltre ancora, le amministrazioni statali e locali, gli operatori di rete, nonché, sia pure con le precisazioni sopra viste, gli stessi attori di mercato, tra cui i fornitori di energia.

Proprio la particolare pervasività del principio, che attraversa in orizzontale le diverse politiche pubbliche e in modo verticale i differenti livelli di governo, giustifica anche il progressivo rafforzamento dei profili organizzativi del principio. L'individuazione di un punto di contatto nazionale, inizialmente solo auspicato dalla Commissione, nell'ambito delle linee guida, diviene oggi, con l'art. 3 della direttiva EE *recast*, oggetto di un vero e proprio obbligo posto in capo agli Stati membri. L'obiettivo è di sollecitare l'individuazione di un unico soggetto responsabile dell'implementazione del principio dell'EE1st, attraverso principalmente lo scambio di informazioni tra le diverse amministrazioni coinvolte.

Ad onta della enorme capacità diffusiva del principio, gl'è che il nodo delle reti e delle infrastrutture continua, comunque, a costituire uno degli ambiti

---

[119] Su cui, MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER *Conceptualising the energy efficiency first principle*, cit., p. 20 ss.

[120] Sul tema sempre, MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC-W. EICHHAMMER, *ivi*, cit., p. 20 ss.; anche il più risalente lavoro di K. GILLINGHAM-R.G. NEWELL-K. PALMER, *Energy Efficiency Economics and Policy*, Working Paper, *www.nber.org/papers/w15031*. L'attività regolatoria può consentire, per esempio, di far riflettere nel sistema di formazione dei prezzi un uso inefficiente delle reti, rendendo così più vantaggiose le misure dal lato della domanda. In questa direzione, sembra peraltro essersi incamminato lo stesso diritto unionale, con la direttiva 2019/944, là dove riconosce in capo ai consumatori il diritto a stipulare contratti con prezzi dinamici dell'energia elettrica (art. 11), sistema di tariffazione, questo, oramai consentito tecnologicamente dall'ampio impiego, quanto meno in Italia, di contatori c.d. intelligenti.

[121] Si tratta di un profilo non ignorato dall'art. 3, par. 5, lett. d) della EE *recast*, ove si prevede che gli Stati membri riferiscano alla Commissione, nell'ambito delle relazioni intermedie nazionali integrate in base al Regolamento sulla governance, includendo "un elenco di azioni intraprese per rimuovere eventuali ostacoli normativi o non normativi superflui all'attuazione del principio "l'efficienza energetica al primo posto" e delle soluzioni dal lato della domanda, anche attraverso l'individuazione della legislazione e delle misure nazionali contrarie al principio "l'efficienza energetica al primo posto".

[122] Sul ruolo delle autorità di regolazione, sulle funzioni di regolazione conferite a queste autorità nel settore dell'energia e sul rapporto tra autorità di regolazione e indirizzo politico individuato negli atti strategici, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*., 1, 2014, p. 230 ss.; Id., *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019; ID., *L'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia: braccio operativo della Commissione o autorità indipendente?*, in *La transizione energetica e il Winter Package*, cit., p. 11 ss.; sulla centralità dei poteri regolatori anche R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle* Energy communities, cit., p. 610; G. PITRUZZELLA, *Regole e mercato dell'efficienza energetica: il punto di vista dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Annuario di diritto dell'energia 2016*, cit., p. 369 ss.; Id., *La strategia energetica nazionale: il punto di vista dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Annuario di diritto dell'energia 2019,* cit., p. 347 ss.; G. BORTONI, *Il ruolo della regolazione nel mercato dell'efficienza energetica*, *ivi*, p. 363 ss.; ID., *Una strategia energetica nazionale da adeguare ai tempi correnti, ivi*, p. 335 ss.

d'applicazione più rilevanti dell'EE1st [123]. Questo spiega anche la particolare attenzione serbata a questo tema dal diritto unionale [124], là dove sancisce il dovere dei gestori dei sistemi di trasmissione e di distribuzione e delle autorità di regolazione di prendere in considerazione il principio dell'*Efficiency First* così nei piani di sviluppo della rete del gas e dell'elettricità [125] come nelle decisioni in materia di funzionamento delle infrastrutture, comprese quelle relative alle tariffe di rete; decisioni queste in grado, per loro natura, di influenzare in maniera rilevante il funzionamento del mercato dell'energia [126].

Nell'implementazione del principio non va, peraltro, neppure sottovalutato il ruolo delle autorità regionali e locali, che, nella loro duplice veste di soggetti titolari di funzioni pubbliche di pianificazione del territorio [127] e di attori di mer-

---

[123] Come rammenta la Commissione nelle sue linee guida (Racc. (UE) 2021/1749 del 28 settembre 2021) "(…) l'efficienza energetica potrebbe svolgere un ruolo particolarmente rilevante nelle decisioni concernenti infrastrutture energetiche nel contesto delle quali le soluzioni sul lato della domanda potrebbero integrare o sostituire gli investimenti sul lato dell'offerta, quando una soluzione viene considerata prioritaria in ragione della sua efficienza complessiva rispetto alle alternative esistenti o qualora sia possibile introdurre componenti nuovi (ad esempio compressori in grado di recuperare il calore/l'energia elettrica di scarto)" (sub punto 3.1).

[124] L'art. 27, par. 2, EED *recast* rafforzando le analoghe previsioni racchiuse negli artt. 32, par. 3 e 51, par. 3, direttiva (UE) 2019/944, prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione del gas e dell'energia elettrica si attengano al principio "l'efficienza energetica al primo posto", conformemente all'articolo 3, nella pianificazione e nello sviluppo delle reti e nelle decisioni relative agli investimenti". L'importanza delle decisioni di investimento relative alle infrastrutture energetiche dell'Unione è colta anche dal considerando n. 16 della EED *recast.*

[125] Sempre l'art. 27, par. 2, EED *recast* ritaglia un ruolo importante per le stesse autorità nazionali di regolazione (e delle altre autorità nazionali designate) nel monitoraggio e nel controllo dei piani di sviluppo decennale, spettando alle predette autorità la verifica "(…) che le metodologie utilizzate dai gestori dei sistemi di trasmissione e dai gestori dei sistemi di distribuzione valutino alternative nell'ambito dell'analisi costi-benefici e tengano conto dei benefici più generalizzati delle soluzioni di efficienza energetica, della flessibilità della domanda e degli investimenti in attivi che contribuiscono alla mitigazione dei cambiamenti climatici. Le autorità nazionali di regolazione e altre autorità designate, quando approvano, verificano o monitorano i progetti e i piani di sviluppo delle reti a norma dell'articolo 22 della direttiva 2009/73/CE e dell'articolo 32, paragrafo 3, e dell'articolo 51 della direttiva (UE) 2019/944, appurano altresì che i gestori dei sistemi di trasmissione o i gestori dei sistemi di distribuzione si siano attenuti al principio "l'efficienza energetica al primo posto". Si rammenta che secondo la legislazione nazionale le esigenze di sviluppo infrastrutturale sono raccolte all'interno del Piano di Sviluppo della rete di trasmissione nazionale che, in accordo a quanto previsto dall'art. 36, comma 12, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, come modificato dalla legge 120/2020, viene predisposto da Terna ogni due anni, sottoponendolo all'approvazione del Ministero per l'Ambiente e la Sicurezza Energetica (MASE), una volta acquisiti i pareri delle regioni interessate e tenuto conto delle valutazioni formulate dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA). L'Autorità controlla e valuta l'attuazione del Piano e fornisce inoltre un'analisi del piano sotto il profilo della coerenza del piano col piano decennale di sviluppo della rete dell'Unione europea di cui all'articolo 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) 2019/943. Specifiche disposizioni sono previste anche per il piano decennale di sviluppo della rete di trasporto del gas nell'ambito dell'art. 16 del d.lgs. n. 93.

[126] Si veda al riguardo l'art. 27, par. 1 della Direttiva EE *recast*, ove si prevede che "Le autorità nazionali di regolazione del settore energetico applicano il principio "l'efficienza energetica al primo posto", conformemente all'articolo 3 della presente direttiva, nell'esercitare le funzioni di regolatori stabilite dalla direttiva 2009/73/CE e dalla direttiva (UE) 2019/944 per quanto riguarda le loro decisioni in materia di funzionamento delle infrastrutture del gas e dell'energia elettrica, comprese le decisioni sulle tariffe di rete". Il successivo par. 7 chiarisce, inoltre, che "Le autorità nazionali di regolazione assicurano la soppressione, nelle tariffe per la trasmissione e la distribuzione, degli incentivi che pregiudicano l'efficienza energetica della produzione, trasmissione, distribuzione e fornitura di energia elettrica e gas".

[127] Si consideri al riguardo che la direttiva EE *recast* (art. 25, par. 6) prevede una specifica funzione di pianificazione delle autorità regionali e locali, chiamati all'elaborazione di piani locali

cato (come consumatori/fornitori [128]) –, sono in grado di condizionare in modo sensibile le diverse decisioni adottate dai diversi attori operanti nel mercato dell'energia. Per comprendere l'importanza del principio *dell'energia prima di tutto* nell'esercizio della funzione di pianificazione territoriale, oltreché di regolazione edilizia, si ponga mente al problema, tra i tanti ipotizzabili, della localizzazione degli insediamenti industriali, in relazione per esempio alla loro distanza o possibilità di collegamento con le reti di teleriscaldamento, o al posizionamento degli edifici, in relazione alle possibilità di raffrescamento naturale, temi questi che presentano interferenze evidenti con quelli dell'efficienza energetica, come le linee guida della Commissione UE ben evidenziano [129]. Proprio questi ultimi esempi offrono, peraltro, una vivida rappresentazione del carattere di pervasività del principio, che non recede neppure a fronte di strumenti di pianificazione all'apparenza lontani dal tema dell'efficienza energetica.

Un ultimo cenno va dedicato a ciò che si inteso definire come svolgimenti del principio dell'*Efficiency First*: si tratta di disposizioni e regole puntuali e, dunque, non di principi, che recano, tuttavia, scolpita nella loro *ratio* un'impronta dell'EE1st. Tra le diverse novità introdotte dalla nuova Direttiva sull'efficienza del 2023 (EED *recast*) [130], vengono principalmente in rilievo quelle relative al settore degli appalti pubblici, il cui uso strategico, in considerazione del ruolo di traino svolto dalle amministrazioni, appare sempre più rilevante per conseguire obbiettivi di valore pubblico [131]. Se si pone mente alle trasforma-

---

di riscaldamento e raffrescamento, almeno nei comuni con popolazione complessiva superiore a 45 000 abitanti.

[128] Sul ruolo dei governi locali in materia di tutela dell'ambiente, in generale, F. DE LEONARDIS, *Politiche e poteri dei governi locali nella tutela dell'ambiente,* in *Dir. amm.,* 4, 2012, p. 779 ss. Con riferimento al tema, più specifico, dell'efficienza energetica, V. DOBRAVEC-N. MATAK-C. SAKULIN-G. KRAJAČIĆ, *Multilevel governance energy planning and policy: A view on local energy initiatives*, in *Energy, Sustainability and Society*, 11, 2, 2021. M. CHLECHOWITZ-M. REUTER-W. EICHHAMMER, *How First Comes Energy Efficiency?,* cit.

[129] Le linee guida elaborate dalla Commissione (Racc. (UE) 2021/1749 del 28 settembre 2021) individuano alcuni esempi di processi decisionali in cui dare preferenza all'efficienza, là dove suggeriscono, per esempio, di: collegare il processo di autorizzazione relativo alla localizzazione di strutture industriali che generano calore di scarto alla possibilità di connettersi a reti di calore locali; di prendere in considerazione il riutilizzo del calore di scarto quando si concedono permessi a installazioni che generano grandi quantità di calore di scarto; di collegare il rilascio di autorizzazioni per la localizzazione di edifici al potenziale in termini di energie rinnovabili; di considerare le infrastrutture verdi e blu nella pianificazione territoriale che fornisce sinergie tra miglioramenti dell'efficienza energetica nei singoli edifici attraverso l'applicazione di ventilazione naturale, tetti e pareti verdi e la riduzione a livello di distretto dell'effetto dell'isola di calore (sub. punti nn. 4.3. e 4.4).

[130] Sulle quali non è possibile soffermarsi in modo esaustivo in questa sede. Sembra, tuttavia, doveroso richiamare l'istituto degli sportelli unici, strumenti di promozione con funzione di consulenza e assistenza, introdotti per la prima volta con la revisione della direttiva EPBD, ma su cui il diritto europeo sta molto puntando, a beneficio di cittadini e piccole e medie imprese (art. 21). Lo stesso art. 7, par. 7 e 8, rafforza poi anche gli obblighi di revisione della regolamentazione esistente, in materia di acquisiti e contabilità, introducendo anche un obbligo di introduzione di norme giuridiche, e non solo di demolizione di quelle costituenti ostacolo, volte a non dissuadere le amministrazioni dal realizzare investimenti in efficienza.

[131] Sull'uso strategico degli appalti, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Es, Napoli, 2018; G. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI-S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Es, Napoli, 2017, 171 ss.; W. JANSSEN-R. CARANTA, *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Bloomsbury, London, 2023; A. MASSERA, *Introduzione. Quali contratti per quali interessi pubblici?, in I contratti pubblici: la difficile stabi-*

zioni intervenute nel diritto dell'Unione, qui sommariamente ripercorse nel prisma delle politiche di efficienza energetica, si comprende agevolmente perché gli interessi ambientali e sociali, dapprima solo tollerati o considerati in via secondaria e succedanea, siano divenuti nel settore degli appalti pubblici, via via, sempre più rilevanti, tanto da divenire essi stessi obiettivi/valori da conseguire, congiuntamente a quelli relativi alla promozione della concorrenza [132]. Ciò non toglie che nell'ambito della disciplina *generale* degli appalti, l'approccio adottato dal legislatore europeo sia, comunque, di tipo ***abilitante***, e, non, invece, di tipo *impositivo*, posto che viene rimesso ai legislatori nazionali e, sulla scorta delle regolamentazioni nazionali che ne dovessero reiterare l'approccio meramente abilitante, alle singole stazioni appaltanti l'inserimento di considerazioni orizzontali nell'ambito dei contratti pubblici [133]. Tuttavia, la stessa disciplina europea sugli appalti non esclude che regimi impositivi possano, invece, essere previsti, in funzione del conseguimento di particolari politiche [134]. Ciò è proprio quanto avvenuto nelle politiche sull'efficienza energetica, connotate dall'adozione di un approccio al tema degli appalti pubblici assai più prescrittivo, se non addirittura impositivo, connotato sempre più dalla focalizzazione sul paradigma del *what to buy*; approccio che la direttiva EE *recast* ha intesto ulteriormente rafforzare, attraverso previsioni la cui *ratio* ispiratrice appare chiaramente contaminata dal principio dell'EE1st [135].

---

lizzazione delle regole e la dinamica degli interessi, a cura di A. Maltoni, Es, Napoli, 2020, p. 134 ss.

[132] Su questi profili, F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici ii soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Giuffrè, Milano, 2019, p. 167 ss.; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Es, Napoli, 2021, specie p. 194, 198; ID., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2022, p. 284 ss.; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 2, 2020, p. 4 ss S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche: nuove conquiste per la competitività non di prezzo anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ*., 2015, p. 355; Id., *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. Giur. Ed*., 3, 2017, p. 101; R. CARANTA-S. MARRONCELLI, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del GPP alla lotta contro i cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb*., 1, 2021, p. 83 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ*., 1, 2018, p. 157 ss.; G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, *in Riv. quadr. dir. amb*., 3, 2016, p. 4.

[133] V'è da dire che al livello nazionale il legislatore si è mosso proprio adottando un *mandatory approach*, grazie alle previsioni racchiuse dapprima nell'art. 18 della L. 221/2015 e, successivamente, nell'art. 34 del codice dei contratti pubblici del 2016, su cui E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri,* cit*.,* p. 289; S. ROSSA, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *Ceridap*, 4, 2022, p. 61 ss. Questa tendenza trova poi consolidamento nel Codice dei contratti del 2023, su cui, diffusamente, A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?,* in *Ceridap*, 3, 2023 che, pur individuando nelle scelte del Codice del 2023 una linea di continuità nell'adozione di un *mandatory approach* di tipo rigido, coglie tuttavia proprio nel principio della fiducia un possibile correttivo di tipo "funzionale", per assicurare l'effettiva finalizzazione degli acquisti pubblici al conseguimento di benefici per la collettività che minimizzino i danni all'ambiente.

[134] Si veda in proposito, il considerando n. 95 della direttiva 2014/24/Ue; sul tema, in generale, E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., specie p. 194.

[135] Su questo mutamento di approccio, che sta sospingendo gli appalti pubblici verso un modello focalizzato non già sul *how to buy*, ma piuttosto sul *what to buy*, R. CARANTA, *Towards mandatory SPP for buildings/works,* in *European journal of public procurement markets*, 4, 2022 p. 9 ss.

In linea con la pregressa regolamentazione, la direttiva all'esame ribadisce l'esistenza di un vero e proprio *obbligo* per le p.a. di procedere negli affidamenti sopra soglia all'acquisto di prodotti, beni servizi, edifici e lavori ad alta efficienza energetica, in relazione ai quali siano previsti specifici requisiti, richiamati dalla stessa direttiva [136]. Ciò che muta è la latitudine di siffatto obbligo, che: a) riguarda oramai tutte le amministrazioni pubbliche e non solo quelle statali, come era, invece, previsto nella precedente direttiva quadro [137]; b) è condizionato alla sola fattibilità dell'operazione sotto il profilo *tecnico*; c) può essere derogato al cospetto della sola necessità di acquisto di beni legati alla protezione della sicurezza pubblica e alle emergenze di sanità pubblica [138]. Anche in relazione ai punti sub b) e c), le novità, rispetto al quadro normativo pregresso, appaiono, comunque, notevoli, dal momento che, per sottrarsi all'obbligo di acquisto di beni ad alta efficienza energetica, le amministrazioni non possono più ricorrere a considerazioni relative al rapporto costi-efficacia, alla fattibilità economica o alla concorrenza, come consentito, invece, dalla precedente direttiva quadro [139]. Dal che consegue un'apprezzabile riduzione del margine di discrezionalità dell'amministrazione e, un contestuale, rafforzamento del carattere impositivo della regolamentazione europea.

In relazione ai prodotti per i quali, invece, manchino requisiti specifici, la discrezionalità dell'amministrazione tornerà naturalmente a riespandersi; ma ciò non toglie che il principio dell'*Efficiency First* debba, secondo la direttiva EEE *recast,* essere doverosamente considerato dall'amministrazione nell'uso strategico degli appalti. Ed è questa una di quelle fattispecie particolari e puntuali di applicazione dell'*Efficiency First Principle*, cui s'è fatto cenno nel corso di questo lavoro.

---

[136] Si tratta dei requisiti contemplati nell'allegato IV, ove si fa riferimento ai prodotti previsti da: un atto delegato ai sensi del regolamento UE 2017/1369 e della direttiva 2010/30/UE; da una misura di attuazione ai sensi della direttiva 2009/125/UE. In questi casi l'amministrazione ha l'obbligo di procedere all'acquisto di prodotti che soddisfano il criterio di cui all'articolo 7, paragrafo 2, del predetto regolamento 2017/1369 (ai sensi del quale "Quando gli Stati membri prevedono incentivi per un prodotto specificato in un atto delegato, tali incentivi puntano *alle due classi di efficienza energetica più elevate* tra quelle in cui si situa una percentuale significativa dei prodotti, o *a classi più elevate indicate in tale atto delegato*", corsivo nostro) o siano conformi ai parametri di efficienza energetica specificati nelle misure di attuazione. Qualora un prodotto o servizio sia contemplato dai criteri dell'Unione relativi agli appalti pubblici verdi o da criteri equivalenti disponibili a livello nazionale, *con riferimento alla sua efficienza energetica*, si adoperano al meglio per acquistare soltanto prodotti e servizi che rispettino almeno le specifiche tecniche di livello base stabilite nei pertinenti criteri dell'Unione relativi agli appalti pubblici verdi o nei criteri equivalenti disponibili a livello nazionale, segnatamente quelli per i centri dati, le sale server e i servizi di cloud, per l'illuminazione stradale e i segnali stradali luminosi e per i computer, i monitor, i tablet e gli smartphone.

[137] L'art. 6, par. 3, Direttiva 2012/27/UE invitava, infatti, gli Stati membri a "*incoraggiare*" "gli enti pubblici, anche a livello regionale e locale, a conformarsi al ruolo esemplare dei rispettivi governi centrali acquistando esclusivamente prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica". Diverso è il tenore dell'art. 7 della EED *recast*, ove è, invece, previsto, che "Gli Stati membri provvedono affinché *le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori*… acquistino esclusivamente prodotti, servizi, edifici e lavori ad alta efficienza energetica (…)" (corsivo aggiunto). Su questo profilo, R. CARANTA, *Towards mandatory SPP for buildings/works,* cit*.,* p. 9 ss.

[138] Considerando 50 ss. nonché l'art. 7, par.1, della EED *recast*.

[139] Si veda l'art. 6, par. 1, Direttiva 2012/27/UE. Anche R. CARANTA, *Towards mandatory SPP for buildings/works, cit.,* p. 9 ss.

5. Alcuni rilievi finali

Il processo di radicamento nello spazio giuridico europeo delle politiche di efficienza energetica, avviato con la grave crisi petrolifera degli anni Settanta del secolo scorso, conduce nel tempo alla creazione di un'articolata rete di dispositivi giuridici. Si tratta di un fenomeno che non rimane, tuttavia, insensibile alle trasformazioni frattanto intervenute nell'ordinamento europeo, in relazione alle sue finalità e sfere di attribuzione. L'arricchimento, a far data dalla fine degli anni '80, degli orizzonti entro cui l'ordinamento sovranazionale si muove, contamina ineluttabilmente anche le politiche di efficienza energetica, determinando una torsione della loro finalizzazione ultima. Gli obiettivi della sicurezza energetica, della stabilità dei prezzi e della competitività del sistema economico, rispetto a cui le politiche di efficienza apparivano inizialmente inestricabilmente legate, non diventano di certo recessivi; e neppure l'idea dello sviluppo economico da affidare a un corretto funzionamento del mercato viene chiaramente superata. Ma queste impronte genetiche originarie subiscono una parziale, seppure sensibile, mutazione, in dipendenza della necessità di salvaguardare anche altre istanze, a partire da quelle legate alla protezione delle matrici ambientali, in omaggio al principio, internazionale ed europeo, dello sviluppo sostenibile.

Prende, così, forma negli ultimi decenni del secolo passato, un nuovo modello di efficienza energetica, strettamente legato al valore della solidarietà intra/inter generazionale, tradotto operativamente nella multimodalità dei dispositivi giuridici dell'efficienza, in quanto affidato alla creazione di una ricca gamma di strumenti operativi, facenti appello ora al mercato, ora agli interventi, variamente congegnati, dei pubblici poteri.

Negli anni più recenti, questo modello subisce, se possibile, un'ulteriore evoluzione, in concomitanza con l'emersione delle sue insufficienze o incompletezze. Il paradigma dell'efficienza energetica *in trasformazione*, per un verso, riflette il radicamento di una idea forte di sviluppo sostenibile, in cui la necessità di realizzare l'obiettivo del *New Deal* della decarbonizzazione dell'economia conduce alla riscoperta di un ruolo più pronunciato dei pubblici poteri; per altro verso, reclama a sua volta l'elaborazione di nuovi strumenti operativi, in grado di assumere connotazione sistemica, superando così la parcellizzazione o frammentazione degli strumenti fin lì messi a disposizione dal modello tradizionale.

Si assiste così alla graduale emersione dell'*Energy Efficiency First Principle.* Un principio che, a ben vedere, già improntava di sé la ratio di molteplici, e più tradizionali, dispositivi giuridici dell'efficienza energetica; ma che all'indomani del *Green Deal* europeo ha trovato un più sicuro ed esplicito riconoscimento.

In questo nuovo orizzonte, caratterizzato oramai anche da un sensibile rafforzamento del ruolo regolatorio e programmatorio dei pubblici poteri, cui l'EE1st primariamente si rivolge, il principio dell'efficienza prima di tutto ambisce a presentarsi quale nuovo corollario dello sviluppo sostenibile, nella versione *forte* descritta [140]; anzi, come il primo e più immediato svolgimento dello sviluppo sostenibile, se si accede all'idea che l'energia più pulita e sostenibile

[140] A. ZAKARI-I. KHAN-D. TAN-R. ALVARADO-V. DAGAR, *Energy efficiency and sustainable development goals (SDGs) Energy*, 239, 2022, 122365.

sia proprio quella non prodotta, posto che neppure l'energia da fonti rinnovabili paiono del tutto esenti da complicazioni paesaggistiche-ambientali, oltre che da problematiche, anche gravi, di sfruttamento delle risorse del pianeta.

Queste considerazioni, peraltro, trasponibili anche nell'ordinamento interno, stante la rilevanza costituzionale del valore della solidarietà intergenerazionale (art. 9 Cost.), lasciano, tuttavia, ancora aperto il problema se l'*Efficiency First* costituisca soltanto direttiva di orientamento delle politiche pubbliche o si candidi, invece, ad assumere una più intensa forza giuridica come auspicato dalla stessa Commissione europea[141].

[141] Si fa principalmente riferimento alla già citata comunicazione 10 marzo 2023, *European Green Deal: EU agrees stronger rules to boost energy efficiency.* Una evoluzione del tipo immaginata nel testo sarebbe, peraltro, non inusuale, ove si ponga mente alle vicende relative al principio di solidarietà energetica, operante peraltro anche nella materia dell'efficienza, sul cui valore giuridico la giurisprudenza europea ha di recente preso posizione in maniera assai decisa (Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 15 luglio 2021 Sentenza C-848/19).

Contingentamento delle autorizzazioni per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente: dalla Corte di Giustizia un segnale verso la liberalizzazione del settore?

Restriction of the authorizations for the exercise of private hire vehicle service: a signal from the Court of Justice towards liberalisation?

di *Martina Sforna* [*]

ABSTRACT

La regolamentazione dell'accesso al mercato dei servizi taxi e noleggio con conducente è da anni oggetto di un acceso dibattito relativo all'opportunità di mantenere la previsione di una barriera all'ingresso ovvero di liberalizzare il settore. In questo contesto assume particolare rilevanza la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale si è espressa sulla compatibilità della normativa dell'Area Metropolitana di Barcellona, che prevede una autorizzazione aggiuntiva per l'esercizio dell'attività di NCC, nonché un importante contingentamento della stessa, con gli artt. 49 e 107 TFUE in tema di libertà di stabilimento e aiuti di Stato. Ciò premesso, il presente contributo si propone di analizzare i contenuti della pronuncia della Corte di Lussemburgo al fine di comprendere se possano esserci riflessi anche nell'ordinamento interno, non solo con riferimento al servizio NCC, ma anche a quello taxi.

The regulation of market access of taxi and private-hire vehicle services has been object of debate for years as regards the opportunity to maintain an entrance barrier or to liberalize the sector. In this context the recent sentence of the Eu Court of Justice concerning the validity of a regulation of the Barcelona Metropolitan Area which calls for an ulterior authorization for the activity of PHV services and a relevant limitation of such activity with respect to articles 49 and 107 TFEU concerning freedom of establishment and State aid, is particularly relevant. Fixed that, this paper proposes to analyse the statement of the Luxembourg Court in order to comprehend if there can be consequences for the internal legal system, not only with reference to PHV services but also to taxi services.

NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA, 8 GIUGNO 2023, CAUSA C-50/21

Estratto

«*60 L'articolo 49, primo comma, TFUE dispone che, nel quadro delle disposizioni contenute nel capo 2 del titolo IV della terza parte del Trattato FUE, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate.*

[*]Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova.

61 Secondo una giurisprudenza costante, devono considerarsi restrizioni alla libertà di stabilimento tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno interessante l'esercizio della libertà garantita dall'articolo 49 TFUE (sentenza del 7 settembre 2022, Cilevics e a., C-391/20, EU:C:2022:638, punto 61 nonché giurisprudenza ivi citata).
62 Come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi da 51 a 55 delle sue conclusioni, da un lato, il requisito di un'autorizzazione specifica per l'esercizio dell'attività di servizi di NCC nell'agglomerato urbano di Barcellona, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di NCC urbani e interurbani, costituisce di per sé una restrizione all'esercizio della libertà garantita dall'articolo 49 TFUE, in quanto un simile requisito limita effettivamente l'accesso al mercato per qualsiasi nuovo arrivato (v., in tal senso, sentenza del 10 marzo 2009, Hartlauer, C-169/07, EU:C:2009:141, punto 34; v. altresì, per analogia, sentenza del 22 gennaio 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, EU:C:2002:34, punto 29).
63 Dall'altro lato, ciò vale anche per la limitazione del numero di licenze di siffatti servizi di NCC a un trentesimo del numero di licenze di servizi di taxi concesse per detto agglomerato urbano, la quale deve essere qualificata come restrizione alla libertà di stabilimento, dal momento che una limitazione del genere restringe il numero di prestatori di servizi di NCC stabiliti nell'agglomerato di cui trattasi.
64 Secondo una giurisprudenza costante, siffatte restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere ammesse solo a condizione, in primo luogo, di essere giustificate da un motivo imperativo di interesse generale e, in secondo luogo, di rispettare il principio di proporzionalità, il che implica che esse siano idonee a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto necessario per conseguirlo (sentenza del 7 settembre 2022, Cilevics e a., C-391/20, EU:C:2022:638, punto 65 nonché giurisprudenza ivi citata).
[…] *L'obiettivo di una corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico di un agglomerato urbano, da un lato, nonché quello della protezione dell'ambiente in un agglomerato siffatto, dall'altro, possono costituire motivi imperativi di interesse generale (v., in tal senso, sentenze del 24 marzo 2011, Commissione/Spagna, C-400/08, EU:C:2011:172, punto 74, nonché del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti 134 e 135). 70 In secondo luogo, per costante giurisprudenza, invece, obiettivi di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato.*
71 Nel caso di specie […] *l'obiettivo di garantire la praticabilità economica dei servizi di taxi deve essere considerato, anch'esso, un motivo di natura puramente economica che non può costituire un motivo imperativo di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza ricordata al punto precedente della presente sentenza.* […] *Solo gli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico, da un lato, nonché di protezione dell'ambiente, dall'altro, possono essere invocati, nel caso di specie, quali motivi imperativi di interesse generale per giustificare le misure di cui trattasi nel procedimento principale.*».

Massime

1) L'articolo 107, paragrafo 1, TFUE non osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede, da un lato, che per esercitare l'attività di servizi di noleggio veicoli con conducente in tale agglomerato sia imposta un'autorizzazione specifica, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di noleggio di veicoli con conducente urbani e interurbani, e, dall'altro, che il numero di licenze di siffatti servizi sia limitato a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi concesse per detto agglomerato, purché tali misure non siano atte a implicare un impegno di risorse statali ai sensi di detta disposizione.
2) L'articolo 49 TFUE non osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede che per esercitare l'attività di servizi di noleggio veicoli con conducente in tale agglomerato sia imposta un'autorizzazione specifica, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di noleggio di veicoli con conducente urbani e interurbani, qualora tale autorizzazione specifica sia fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che escludano qualsiasi arbitrarietà e che non costituiscano una duplicazione di controlli già effettuati nell'ambito della procedura di autorizzazione nazionale, ma che rispondano a esigenze specifiche di detto agglomerato.
3) L'articolo 49 TFUE osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede una limitazione del numero di licenze di servizi di noleggio veicoli con conducente a un trentesimo delle licenze di servizi taxi concesse per detto agglomerato, ove non sia dimostrato né che tale misura sia idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione degli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico di tale agglomerato nonché di protezione del suo ambiente né che essa non ecceda quanto necessario per conseguire tali obiettivi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza: fatti di causa e normativa rilevante. – 3. Sulla compatibilità del contingentamento delle licenze con il regime degli aiuti di Stato. – 4. Sulla violazione dell'art. 49 TFUE. – 5. La disciplina interna del servizio NCC e i possibili riflessi della sentenza della CGUE. – 6. Libertà di stabilimento e sostenibilità ambientale. – 7. Notazioni conclusive.

1. Introduzione

Una delle questioni più discusse in relazione alla disciplina del trasporto pubblico locale non di linea, il quale si concretizza nel servizio taxi e nel servizio di noleggio con conducente (nel prosieguo: «NCC»)[1], è quella del contingentamento delle licenze e/o autorizzazioni necessarie per il loro esercizio. Invero, ai sensi dell'art. 8 della legge 7 febbraio 1992, n. 21 «*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*», sia l'esercizio del servizio taxi, sia quello di NCC, sono sottoposti al previo rilascio di un provvedimento amministrativo di competenza comunale: licenza per il primo, autorizzazione per il secondo[2].

Si tratta, dunque, di un sistema con barriere all'ingresso[3] che, con particolare riferimento al servizio taxi, è sempre stato giustificato dall'obiettivo di evi-

[1] Ai sensi del secondo comma dell'art. 1 della L. 7 febbraio 1992, n. 21 «*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*», infatti, «*costituiscono autoservizi pubblici non di linea: a) il servizio taxi con autovettura, motocarrozzetta, natante e veicoli a trazione animale; b) il servizio di noleggio con conducente e autovettura, motocarrozzetta, velocipede, natante e veicoli a trazione animale*».

[2] Sulla distinzione tra gli atti amministrativi della autorizzazione e della licenza si veda A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 623 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 322. Nello specifico, secondo tale dottrina le licenze consentirebbero lo svolgimento di determinate attività previa valutazione discrezionale circa la rispondenza all'interesse pubblico che, nell'ambito di un quadro programmatorio che comporti il contingentamento delle attività di quel tipo, una nuova attività del genere venga svolta o meno. Dunque, nel caso delle licenze, la discrezionalità dell'Amministrazione non investe semplicemente la valutazione dei requisiti, come invece avviene per le autorizzazioni, ma addirittura l'opportunità dell'esercizio dell'attività. Sullo stesso tema A. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 1513 ss. In tale scritto l'A utore afferma che le licenze «*si differenziano dai provvedimenti meramente autorizzativi proprio perché espandono la sfera giuridica del soggetto in uno spazio che non rientra nel suo ambito giuridico istituzionale, e la cui conquista rappresenta perciò un vero e proprio accrescimento di tale ambito*». Anche B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTINIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Vol. III*, Cedam, Padova, 1993, pp. 95 ss. evidenzia come i provvedimenti autorizzativi denominati licenze esprimano un più ampio esercizio discrezionale del potere da parte della amministrazione agente, potendo la ponderazione degli interessi investire anche il merito «*quando importa il c.d. esame del bisogno, cioè la verifica dell'opportunità di rilasciare il "permesso", in cui consiste la legittimazione all'esercizio dell'attività vietata*». Ciò che accomuna le varie specie di autorizzazioni è, quindi, il peculiare rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, nel senso che «*con i provvedimenti autorizzatori viene perseguito l'interesse privato in quanto non contrastante con l'interesse pubblico*» assumendo l'interesse privato il ruolo di interesse principale. In questo senso anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 614 il quale afferma che «*il sacrificio dell'interesse privato è da contenere nel minimo indispensabile che comporta un'adeguata tutela degli interessi pubblici*». Sulla discrezionalità come potere di ponderazione comparativa di più interessi R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 95 ss.

[3] Al proposito è stato evidenziato come «*solo la licenza (non l'autorizzazione) è considerata atto amministrativo idoneo a consentire lo svolgimento di un servizio di interesse pubblico, che viene rilasciato in base alle necessità locali e alla domanda di mercato, secondo un sistema co-*

tare l'insorgere di una concorrenza dannosa nel settore e, soprattutto, da quello di garantire un certo standard di qualità del servizio stesso. Si è, invero, osservato come «*l'abolizione delle licenze determinerebbe un eccesso di concorrenza e in particolare un'ipotesi di concorrenza distruttiva* […] *in cui le grandi imprese con ampia disponibilità di capitali possono permettersi di praticare prezzi sottocosto per lungo tempo al solo scopo di estromettere i concorrenti dal mercato*» [4].

D'altro canto, i sostenitori della liberalizzazione del settore hanno, però, criticamente osservato come il servizio di autotrasporto non di linea appaia connotato da un livello di qualità inferiore rispetto a quello che si registra nell'ambito di mercati liberalizzati [5]. Inoltre, si può facilmente rilevare come questo sistema a "numero chiuso" abbia condotto alla nascita di un mercato secondario, quello delle licenze, il quale, pur essendo espressamente consentito dall'art. 9 della già citata legge 7 febbraio 1992, n. 21 [6], non risulta per nulla regolamentato. Ne consegue, secondo alcuni, lo sviluppo di rendite da posizione [7], le quali sarebbero dimostrate dai prezzi elevati che vengono praticati per la compravendita delle licenze [8]. Distorsioni della concorrenza nel mercato del servizio taxi sono state segnalate, a più riprese, anche dall'Antitrust, la quale già un ventennio fa aveva individuato, tra le cause che determinano una insufficiente apertura del mercato alla concorrenza, la inadeguata densità di taxi rispetto alla popolazione, dovuta anche a una forte resistenza degli operatori del settore all'aumento delle licenze [9].

---

siddetto "a numero chiuso"» (R. LOBIANCO, *Trasporto di persone e assetto giuridico della nuova mobilità urbana*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 41).

[4] P. TULLIO, *Da uber ai robotaxi: spunti comparatistici per una riforma degli autoservizi pubblici non di linea*, in *Dir. trasporti*, 2019, p. 411.

[5] In tal senso, C. BENTIVOGLI-M. CALDERINI, *Il servizio di taxi in Italia: ragioni e contenuti di una riforma*, in *Ec. e pol. ind.*, 2007, pp. 181 ss.

[6] Invero, il citato art. 9 afferma che «*la licenza per l'esercizio del servizio di taxi e l'autorizzazione per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente sono trasferite, su richiesta del titolare, a persona dallo stesso designata, purché iscritta nel ruolo di cui all'art. 6 ed in possesso dei requisiti prescritti, quando il titolare stesso si trovi in una delle seguenti condizioni: a) sia titolare di una licenza o di autorizzazione da cinque anni; b) abbia raggiunto il sessantesimo anno di età; c) sia divenuto permanentemente inabile o inidoneo al servizio per malattia, infortunio o per ritiro definitivo della patente di guida*».

[7] Così si esprimono C. BENTIVOGLI-M. CALDERINI, *op. cit.*, p. 183.

[8] Nelle grandi città italiane, infatti, il prezzo di acquisto di una licenza si può aggirare anche intorno ai 200.000 euro come rilevato da C. BENTIVOGLI, *Il servizio taxi e noleggio con conducente dopo la riforma Bersani*, in *Banca d'Italia Questioni di economia e finanza*, 2008, pp. 21 ss.

[9] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, segnalazione del 26 gennaio 2004, AS277, *Distorsioni della concorrenza nel mercato del servizio taxi*, in *www.agcm.it*. In particolare, la stessa rilevava che «*sebbene la normativa vigente attribuisca ai Comuni la competenza in ordine alla determinazione del numero dei veicoli da adibire al servizio di taxi, e quindi ad incrementare eventualmente le licenze a fronte di un'insufficienza dell'offerta, tale facoltà incontra una forte resistenza da parte degli operatori del settore, favorevoli al mantenimento delle restrizioni quantitative. Va osservato che tali comportamenti trovano fondamento nell'elevato costo che gli operatori già attivi sul mercato hanno sostenuto per l'acquisto di una licenza da altri soggetti. Infatti, benché le licenze siano state originariamente rilasciate gratuitamente da parte delle autorità pubbliche, le stesse sono state sovente alienate sulla base di valori economici, di volta in volta crescenti in termini reali, circostanza questa che, di per sé, riflette la scarsità del numero delle licenze, ovvero del numero di taxi attualmente in circolazione. In questo contesto, il valore della licenza rappresenta un asset il cui valore economico assume particolare rilievo al momento della rivendita della licenza stessa da parte del fornitore del servizio, mentre ogni emissione di nuove licenze comporta necessariamente una riduzione del valore di quelle originariamente rilasciate. In tal senso, il timore che un incremento del numero delle licenze possa determinare una riduzione del valore di mercato delle stesse, nonché una riduzione dei ricavi attesi, spiega*

In questo contesto di acceso dibattito, centrale rilevanza è stata assunta anche dal c.d. "caso *Uber*[10]", servizio di mobilità a contenuto tecnologico, emerso grazie al rapido sviluppo informatico e tecnologico degli ultimi anni[11]. Molteplici sono state, infatti, le pronunce dei giudici nazionali occasionate da ricorsi promossi da società che gestiscono i servizi di radio taxi e da associazioni di categoria del settore al fine di contestare la violazione della normativa in tema di concorrenza sleale da parte di *Uber*. In particolare, i Tribunali nazionali sono stati chiamati a inquadrare correttamente i servizi forniti da *Uber* nell'ambito dei servizi dell'intermediazione ovvero in quelli di trasporto e, di conseguenza, a individuare il regime normativo applicabile[12]. Sul punto è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea la quale, analogamente ai Tribunali nazionali, ha qualificato il servizio offerto da *Uber Pop* quale vero e proprio servizio di trasporto, escludendo una configurazione in termini di servizio della società dell'informazione o di servizio elettronico di intermediazione tra domanda e offerta[13].

---

le resistenze dei fornitori del servizio di taxi a fronte di interventi, da parte delle Amministrazioni locali, volti a favorire una maggiore apertura del mercato».

[10] Si tratta, nello specifico, di una società fondata negli Stati Uniti nel 2009 che ha introdotto, nell'ambito del mercato dei servizi di trasporto, una applicazione *software*, tramite la quale gli utenti, entrando in contatto con i vettori, possono prenotare e, quindi, usufruire di una prestazione di trasporto che risponda alle loro necessità (potendo, infatti, scegliere i punti di partenza e destinazione, le caratteristiche del veicolo etc.). Per approfondimenti sulla natura e sulle tipologie dei servizi offerti da *Uber* si veda R. LOBIANCO, *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore di trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno* Uber, in *Resp. civ. prev.*, 2018, pp. 1046 ss.

[11] In questi termini si esprime R. LOBIANCO, *Trasporto di* persone, cit., p. 194.

[12] Trib. Milano 25 maggio 2015, dopo aver inquadrato i servizi prestati da *Uber Pop* come servizi di trasporto terzi dietro corrispettivo, ha accertato la concorrenza sleale posta in essere *ex* art. 2598 comma 3 c.c. da parte della piattaforma *Uber Pop* e degli autisti ad essa affiliati a causa dell'utilizzo dei mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale e della violazione di norme pubblicistiche. Per approfondimenti si veda O. SALVETTI, *Applicazione* UBER POP*, servizio pubblico di trasporto non di linea e concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche*, in *Resp. civ.*, 14 marzo 2016. Dello stesso tenore anche Trib. Milano 9 luglio 2015, in *Foro.it*, con nota di B. CALABRESE, *Applicazione informatica di trasporto condiviso e concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 202. Rileva l'Autore, in particolare, come *Uber Pop* «*proprio per l'affermata natura di servizio integrato di trasporto comparabile al tradizionale servizio taxi, risulta prestato in assenza delle relative licenze imposte dalla legge; conseguentemente, l'offerta sul mercato di tale servizio integrato costituisce una diretta violazione delle relative norme pubblicistiche; da ultimo, tale attività imprenditoriale abusiva non può che generare, da un lato, indebito vantaggio a chi la esercita e, dall'altro lato, pregiudizio agli operatori regolari, dovendo pertanto essere inibita, nel pieno riscontro di* fumus boni iuris *e* periculum in mora*, quale atto di concorrenza sleale*». Ad analoghe conclusioni è giunto anche Trib. Roma 7 aprile 2017 che ha disposto l'inibizione alle parti resistenti di porre in essere il servizio di trasporto pubblico non di linea con l'uso della app *Uber Black* e delle analoghe app *Uber-Lux*, *Uber-Suv*, *Uber-X*, *Uber-XL*, *UberSelect*, *Uber-Van*, qualificando come sleale l'attività da loro posta in essere in ragione del contrasto con le norme pubblicistiche da cui deriva loro una posizione di indebito vantaggio (non dovendo essi, rispetto al servizio taxi, soggiacere a tariffe predeterminate dalle autorità amministrative e, rispetto al servizio NCC, sottostare all'obbligo di rimessa nel Comune che ha concesso l'autorizzazione). Infine, anche Trib. Torino 24 marzo 2017 si è pronunciato sul tema, affermando che l'attività prestata da *Uber* costituisce un sistema misto, caratterizzato in parte dalla prestazione di trasporto pubblico non di linea e in parte dalla prestazione di servizi propri della società dell'informazione.

[13] Corte Giust., Grande sezione, 20 dicembre 2017, causa C-434/15. In particolare, la CGUE, era stata chiamata a pronunciarsi in merito all'esatta qualificazione del servizio offerto da *Uber Pop*, piattaforma elettronica che consentiva a chiunque fosse in possesso di una autovettura e della patente di guida di offrire un servizio di trasporto a pagamento, al fine di far accertare che le attività prestate dalla *Uber Systems Spain* costituissero concorrenza sleale. Per approfondimenti D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, *federalismi.it*, 31

Il tema del contingentamento delle licenze e/o autorizzazioni necessarie per l'esercizio del servizio deve, inoltre, essere valutato alla luce del diritto eurounitario, il quale, pur fondandosi sui principi della concorrenza, del libero accesso al mercato e della libera prestazione dei servizi, nonché sul divieto di aiuti di Stato che, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE, si applica anche alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, con riferimento al settore dei trasporti conduce a «*una rilettura della politica delle liberalizzazioni*» [14]. Invero, deve sottolinearsi come ai sensi del considerando 21 della c.d. direttiva servizi [15] «*i servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani, i taxi e le ambulanze nonché i servizi portuali, sono esclusi dal campo di applicazione della presente direttiva*». Tale sottrazione all'obbligo di dar vita a un mercato in concorrenza si giustifica, però, a condizione che «*le regole di protezione dall'affermarsi del libero mercato mantengano la funzione di garantire quelle stesse finalità sociali che ne giustificano l'esclusione e non si trasformino in regole discriminatorie e sproporzionate*» [16].

La questioni sottese al dibattito circa l'opportunità o meno di procedere alla liberalizzazione del settore dell'autotrasporto pubblico non di linea non possono, poi, prescindere da un confronto con le tematiche legate alla sostenibilità ambientale. Evidenti sono, infatti, gli impatti del settore dei trasporti sull'ambiente, a partire dal contributo dello stesso alla produzione di emissioni di CO2. Peraltro, come si evidenzierà più nel dettaglio nel prosieguo, non può sottacersi come lo sviluppo sostenibile [17] in generale, e la sostenibilità ambientale più nello specifico, rappresentino oggi il vero motore delle politiche europee e globali.

È nel contesto appena descritto che si inserisce e deve, quindi, essere analizzata la sentenza che in questa sede si commenta. Con essa, infatti, la Corte di Giustizia si è pronunciata, in sede di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, in merito alla compatibilità di una normativa dell'Area Metropolitana di Barcellona (nel prosieguo: «AMB») che impone l'ottenimento di una licenza aggiuntiva per l'esercizio di servizi NCC nell'agglomerato urbano della città di Barcellona e limita il numero di licenze per il servizio medesimo a un trentesimo di quelle concesse per il servizio taxi nello stesso agglomerato, con gli artt. 49 e 107, paragrafo 1, TFUE. Nel dettaglio, la Corte di Lussemburgo ha da un lato

---

gennaio 2018; E. RAFFIOTTA, *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, p. 75; P. MANZINI, *Uber tra concorrenza e regolazione del mercato*, in *Dir. trasp*., 2017, p. 79; A. SOMMA, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, in E. MOSTACCI-A.SOMMA (a cura di) *Il caso Uber – La* sharing economy *nel confronto tra* common law *e* civil law, Egea, Milano, 2016, p. 228.

[14] V. GIOMI, *Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC dopo il vaglio della Consulta: un'occasione per riflettere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 633.

[15] Direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein).

[16] V. GIOMI, *Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC,* cit., p. 633.

[17] La prima comparsa dello "sviluppo sostenibile" nell'ambito del diritto internazionale si ebbe con il rapporto Brundtland che lo definì come «*uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri*» (Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, *Our common Future*, 1987). Con la dichiarazione di Rio de Janeiro della Conferenza delle Nazioni Unite del 1992 lo sviluppo sostenibile è divenuto, poi, a tutti gli effetti il cardine del sistema internazionale di tutela dell'ambiente. Per approfondimenti sul principio dello sviluppo sostenibile si vedano C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA-C.E. GALLO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 221-269; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 425.

escluso la violazione del regime degli aiuti di Stato e dall'altro ravvisato delle frizioni con la libertà di stabilimento. Ha ritenuto, infatti, incompatibile con l'art. 49 TFUE la limitazione delle licenze NCC a un numero pari a un trentesimo di quelle concesse per il servizio taxi, qualora non venga dimostrato che tale misura sia idonea a garantire obiettivi in tema di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico.

I principi di diritto enunciati nella pronuncia e relativi alla compatibilità delle misure di contingentamento delle licenze con la normativa sugli aiuti di Stato e sulla libertà di stabilimento possono considerarsi di estremo interesse anche per i riflessi che potrebbero avere sull'ordinamento nazionale, avendo la Corte descritto dei requisiti ben precisi affinché le stesse possano ritenersi legittime.

2. La sentenza: fatti di causa e normativa rilevante

La sentenza in esame origina dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte *ex* art. 267 TFUE da parte della Corte superiore di giustizia della Catalogna nell'ambito di una controversia insorta tra una società che offre servizi di noleggio veicoli con conducente (*Prestige and Limousine SL*, in prosieguo: «*P&L*») e l'AMB. Nel dettaglio, la prima contestava la validità di una normativa dell'AMB, la quale impone l'ottenimento di una licenza per l'esercizio di servizi NCC nell'agglomerato urbano di Barcellona, ulteriore rispetto all'autorizzazione per la fornitura di servizi di NCC urbani e interurbani già prevista a livello nazionale, e limita il numero delle licenze medesime a un trentesimo delle licenze di servizi taxi concesse per lo stesso agglomerato urbano.

Quanto alla normativa nazionale sono apparsi rilevanti per la decisione gli artt. 48 e 91 della legge spagnola n. 16/1987 relativa alla regolamentazione dei trasporti terrestri (nel prosieguo: «LOTT»)[18], l'art. 182 del Regio Decreto 1211/1990 di attuazione della legge sulla regolamentazione dei trasporti terrestri (nel prosieguo: «ROTT»)[19], il Decreto NCC[20] e il regolamento di organizzazione dell'attività di trasporto urbano occasionale di passeggeri con conducente su veicoli fino a nove posti su percorsi rientranti nell'AMB (nel prosieguo: «RVCT»)[21].

In particolare, deve, anzitutto, osservarsi come il Decreto NCC preveda al suo art. 1 che ai fini dell'esercizio dell'attività di NCC è necessario ottenere una autorizzazione per ogni veicolo che abiliti la fornitura del servizio. Tale autorizzazione, ai sensi dell'art. 4, abilita alla fornitura del servizio, tanto urbano quanto interurbano, in tutto il territorio nazionale.

---

[18] Ley 16/1987 de Ordenaciòn de los Transportes Terrestres del 30 luglio 1987.

[19] *Real Decreto 1211/1990 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenaciòn de los Transportes Terrestres* del 28 settembre 1990.

[20] *Orden FOM/36/2008 por la que se desarrolla la secciòn segunda del capìtulo IV del tìtulo V, en materia di arreindamiento de vehìculos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenaciòn de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre,* del 9 gennaio 2008.

[21] *Reglamento de ordenaciòn de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehìculos de hasta nueve plazas que circula ìntegramente en el àmbito del Area Metropolitana de Barcelona del Consejo Metropolitano del Area Metropolitana de Barcelona* del 26 giugno 2018.

Ai sensi della LOTT, poi, sebbene la concessione dell'autorizzazione al trasporto pubblico possa in generale essere negata solo in virtù del mancato possesso dei requisiti specifici imposti dalla stessa normativa, è possibile prevedere limitazioni regolamentari alla concessione di nuove autorizzazioni nel caso in cui l'offerta di trasporto pubblico di passeggeri con veicoli da turismo sia soggetta a limitazioni quantitative all'interno della comunità autonoma o in ambito locale. Lo stesso art. 48, al paragrafo terzo, dispone, inoltre, che qualora la proporzione fra il numero di licenze NCC della comunità di riferimento e quello delle autorizzazioni al trasporto di passeggeri su veicoli da turismo superi il rapporto di una delle prime ogni trenta delle seconde, è negata la concessione di nuove autorizzazioni NCC.

A livello locale, sulla base della normativa appena richiamata, il RVCT prevede, inoltre, ai fini dell'esercizio dell'attività di NCC, la concessione di una ulteriore autorizzazione da parte dell'AMB che si aggiunge alle altre già menzionate. Quanto alla determinazione del numero di autorizzazioni a fornire servizi di trasporto urbano occasionale di passeggeri con veicoli a NCC rilasciabili dall'Amministrazione di riferimento, l'art. 10 di detto regolamento dispone che spetta all'AMB fissare, in ogni momento, il numero massimo di autorizzazioni da rilasciare. Tale determinazione, si specifica, deve essere operata sulla base di diversi fattori quali il livello dell'offerta e della domanda attuali, le esigenze imposte dalle attività commerciali, industriali e turistiche. A dimostrazione della centralità delle questioni legate alla sostenibilità ambientale, tra questi fattori è espressamente ricompresa anche la valutazione circa la compatibilità dell'introduzione di nuove autorizzazioni con gli obiettivi di sostenibilità ambientale per quanto riguarda il traffico e la circolazione urbana. Due disposizioni aggiuntive contenute nel RVCT hanno, da ultimo, previsto che «*in nessun caso il numero di autorizzazioni in vigore in un dato momento può superare il rapporto di una licenza di NCC ogni trenta licenze di taxi*».

Il ROTT contiene, infine, la disciplina dell'attività di NCC al fine di differenziarla dal servizio taxi. È infatti previsto che i veicoli coperti dalle autorizzazioni NCC possano circolare solo qualora procedano a eseguire un servizio precedentemente prenotato, non potendo, invece, circolare sulle vie pubbliche alla ricerca dei clienti. Infine, la normativa afferma come gli esercenti attività di NCC non siano tenuti all'osservanza di tariffe predeterminate in via amministrativa, potendo applicare prezzi liberamente a condizione che vengano messe a disposizione del pubblico le relative informazioni.

Ciò premesso con riferimento alla normativa nazionale e locale in rilievo, può procedersi con l'analisi delle questioni sottoposte in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte catalana alla Corte di Giustizia. Nel dettaglio, il giudice del rinvio, dopo aver rilevato che i taxi e i veicoli NCC appaiono essere in concorrenza tra loro nella fornitura di servizi di trasporto urbano di passeggeri e dopo aver descritto le principali analogie e differenze tra le due attività [22], mostra dei

[22] Nello specifico, il giudice del rinvio sottolinea come entrambe le attività siano soggette al rilascio di autorizzazioni concesse in numero limitato. A differenza del servizio taxi, però, l'attività di NCC non è soggetta a tariffe predeterminate in via amministrativa, ma a un sistema di prezzi concordati. Inoltre, la Corte rileva che «*a differenza dei taxi, i veicoli NCC non potrebbero utilizzare le corsie riservate agli autobus, non disporrebbero di fermate sulla via pubblica e non potrebbero prendere clienti direttamente sulla via pubblica ove la fornitura del servizio non sia stata previamente convenuta*». Quanto all'impossibilità di utilizzo delle corsie riservate agli autobus da parte dei conducenti NCC a differenza degli esercenti servizio taxi, si segnala la sentenza della Corte Giust. del 14 gennaio 2015, causa C-518/13, che ha statuito come non sia qualificabile come aiuto di stato la previsione che autorizza i taxi londinesi a circolare sulle cor-

dubbi con riferimento alla compatibilità delle previsioni del RVCT con le disposizioni del diritto dell'Unione. In particolare, dubita della compatibilità con gli artt. 49 e 107, paragrafo 1, TFUE del regime di "doppia autorizzazione" cui sono sottoposti i veicoli NCC operanti nell'area urbana di Barcellona, nonché della limitazione delle stesse autorizzazioni a un trentesimo di quelle rilasciate per l'esercizio del servizio taxi prevista dalla normativa locale in attuazione della facoltà offerta dall'art. 48 par. 3 della LOTT.

Invero, nonostante l'AMB abbia dedotto a sostegno di tale regime «*il fatto che i servizi di NCC comprometterebbero la praticabilità economica dei servizi di taxi, eserciterebbero nei loro confronti una concorrenza sleale e condurrebbero a un uso intensivo delle vie di comunicazione*», la Corte catalana ha rilevato come non sia possibile addurre delle considerazioni di natura meramente economica a giustificazione delle citate misure di contingentamento delle autorizzazioni NCC. In altri termini, al giudice del rinvio sembra di poter individuare lo scopo essenziale della normativa dell'AMB unicamente nella salvaguardia e protezione degli interessi economici del settore taxi, in contrasto con la normativa unionale. Infatti, sebbene l'AMB abbia addotto, a giustificazione di tale limitazione, anche motivazioni legate all'uso intensivo delle vie di comunicazione e alla protezione dell'ambiente, secondo il giudice del rinvio la stessa avrebbe omesso di ponderare l'effetto che i servizi di NCC possono produrre sulla riduzione dell'uso delle automobili private. Inoltre, le considerazioni ambientali addotte dall'Amministrazione trascurerebbero le tecniche esistenti idonee a garantire la fornitura dei veicoli a basso o nullo impatto ambientale. Infine, lo stesso giudice non comprende come sia possibile qualificare come non inquinante la flotta taxi, senza però fornire le ragioni in base alle quali tale qualificazione non sarebbe estensibile anche alla flotta dei veicoli NCC.

Per tali ragioni vengono sottoposte all'attenzione della Corte di Lussemburgo due questioni: la prima, volta ad accertare la compatibilità con la normativa in tema di libertà di stabilimento e aiuti di Stato delle disposizioni nazionali, legislative e regolamentari, che limitano le autorizzazioni NCC a una ogni trenta licenze taxi; la seconda, volta a indagare la conformità con i medesimi parametri unionali della previsione di una seconda autorizzazione nonché di requisiti aggiuntivi per i veicoli NCC che prestino servizi urbani, sebbene in assenza di alcuna ragione plausibile.

3. Sulla compatibilità del contingentamento delle licenze con il regime degli aiuti di Stato

La Corte di Giustizia, dopo aver ritenuto la domanda di pronuncia pregiudiziale ricevibile [23], nel merito si è, dapprima, pronunciata sulla questione relativa alla compatibilità della normativa locale con il regime degli aiuti di Stato [24].

---

sie riservate agli autobus, a differenza dei veicoli NCC, dal momento che ciò non implica un dispendio di risorse statali.

[23] In particolare, con riferimento alle eccezioni di irricevibilità sollevate dall'AMB, la Corte rileva sia come la decisione di rinvio contenga elementi sufficienti a comprendere il contesto di diritto e di fatto della controversia principale, sia come la circostanza che un organo giurisdizionale supremo nazionale si sia già pronunciato su una controversia analoga non rientra tra le ipotesi di irricevibilità delle questioni pregiudiziali. Infine, quanto all'asserita rilevanza solo nazio-

Al fine di rispondere al quesito, la Corte ha ripercorso, anzitutto, le condizioni necessarie affinché una misura possa essere qualificata come "aiuto di Stato" ai sensi del par. 1 dell'art. 107 TFUE. Si tratta di quattro differenti condizioni, le quali devono essere tutte soddisfatte in maniera cumulativa.

In primo luogo deve trattarsi di un intervento che sia effettuato dallo Stato o, comunque, mediante risorse statali [25]. Al proposito, «*non è necessario che l'aiuto assuma la forma di un materiale trasferimento di risorse finanziarie a favore dell'impresa beneficiaria, potendo esso consistere anche in una rinuncia a un introito da parte dello Stato membro*» [26]. Quanto alla seconda condizione richiesta, è necessario che l'intervento sia idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo deve trattarsi di una misura che conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario [27]. Da ultimo, è necessario che l'aiuto concesso falsi o minacci di falsare la concorrenza. Anche tale aspetto risulta, infatti, pacifico nella giurisprudenza della Corte [28].

Rammentati tali presupposti, la Corte, senza incertezza alcuna, conclude nel senso che la normativa oggetto di rinvio non viola il regime degli aiuti di Stato. Invero, né il requisito dell'autorizzazione ulteriore a quella già prevista a livello nazionale da richiedere all'AMB, né la limitazione del numero di siffatte licenze a un trentesimo di quelle concesse per l'esercizio del servizio taxi, implicano prestazioni positive a beneficio delle imprese che forniscono servizio taxi. Del pari, le stesse non conducono nemmeno ad alleviare gli oneri che generalmente gravano sui bilanci delle medesime imprese. Non risulta, poi, che

---

nale della questione, la Corte rileva come il ricorso della P&L si inserisce in un insieme di quindici ricorsi diretti all'annullamento del RVTC, uno dei quali proposto tramite piattaforme internazionali a dimostrazione che si tratta di disposizioni di diritto nazionale che si trovano applicazione anche con riguardo a cittadini di altri Stati membri dell'Unione.

[24] Sul tema degli aiuti di Stato si vedano, tra gli altri, C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Padova, 2000, p. 744; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in A. TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1050; G. LUCHENA-S. PRISCO (a cura di), *Aiuti di Stato tra diritto e mercato*, Aracne, Roma, 2007, p. 168; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Cedam, Padova, 2010, p. 240; E.B. LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI, *Gli aiuti di Stato*, Cedam, Padova, 2021, p. 308.

[25] Rientrano nel concetto di aiuti di Stato sia le prestazioni positive, come le sovvenzioni, sia le differenti misure che in qualche modo conducano a un alleggerimento degli oneri che generalmente gravano sul bilancio di una impresa. Si veda, al proposito, Corte Giust., 14 gennaio 2015, *Eventech*, causa C-518/13, punto 33. Nello stesso senso, Corte Giust., 24 gennaio 2013, *Frucona Kosice*, causa C-73/11, punto 69; Corte Giust., 1 dicembre 1998, *Ecotrade*, causa C-200/97, punto 34.

[26] L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 253. In questo senso sono stati considerati come aiuti di Stato sia le misure integranti la concessione di una agevolazione fiscale soltanto a specifiche imprese (Corte Giust., 15 marzo 1994, *Banco Exterior de Espana*, causa C-387/92), sia l'intervento di fissazione di prezzi di favore per determinati beni pubblici (Corte Giust., 2 febbraio 1998, *Van der Kooy*, cause riunite 67,68,70/85).

[27] Non risultano, invece, vietati, gli interventi che siano diretti a favorire lo sviluppo generale delle imprese. Con riferimento alla selettività, E.B. LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI, op. cit. affermano come «*secondo la Commissione per valutare l'esistenza di una «selettività materiale» (o «di fatto») occorre svolgere un giudizio articolato in tre fasi: a) individuare il sistema di riferimento; b) verificare se la misura costituisce una deroga a tale sistema; c) controllare, infine, se la deroga sia giustificata alla luce dei consueti parametri valutativi (sussistenza di un interesse generale; se la deroga sia proporzionata rispetto all'obiettivo; non vadano al di là di quanto necessario per conseguire lo scopo)*». Per un'analisi più completa sulla selettività si veda L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di Stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, pp. 481 ss.

[28] Tra le altre, Corte Giust., 11 novembre 2021, *Autostrada Wielkopolska*, causa C-933/19; Corte Giust., 19 dicembre 2019, *Arriva Italia*, causa C-385/18.

tali due previsioni normative comportino una diminuzione del bilancio statale ovvero l'insorgenza di un rischio economico concreto di oneri gravanti sul medesimo bilancio.

Per queste ragioni, la Corte risponde alla prima delle due questioni sollevate asserendo che «*l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, non osta a una normativa, applicabile a un agglomerato urbano, che prevede, da un lato, che per esercitare l'attività di servizi di NCC in tale agglomerato sia imposta una autorizzazione specifica, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di NCC urbani e interurbani, e, dall'altro, che il numero di licenze di siffatti servizi sia limitato a un trentesimo delle licenze di servizi taxi concesse per detto agglomerato, purché tali misure non siano atte a implicare un impegno di risorse statali ai sensi di detta disposizione*».

4. Sulla violazione dell'art. 49 TFUE

Dopo aver escluso qualsivoglia violazione del regime degli aiuti di Stato, il Consesso europeo procede con l'esame delle questioni relative all'art. 49 TFUE. Questo, collocato nel Titolo IV del TFUE dedicato alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, riconosce il diritto di stabilimento a tutti gli operatori economici dell'Unione mediante la previsione del divieto di operare delle restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di altro Stato membro. Specifica, inoltre, che tale libertà di stabilimento «*importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini* […] [29]».

Al proposito, deve rammentarsi come, secondo costante giurisprudenza della stessa Corte giudicante, sono considerate restrizioni alla libertà di stabilimento e, quindi, vietate, «*tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno interessante l'esercizio della libertà garantita dall'articolo 49 TFUE*» [30].

Ciò premesso, la Corte procede con l'obiettivo di comprendere se il requisito dell'autorizzazione specifica, da un lato, e quello della limitazione del numero delle licenze NCC, dall'altro, costituiscano o meno delle restrizioni all'esercizio del diritto di stabilimento incompatibili con il citato art. 49 TFUE. Al proposito, essa concorda con le conclusioni dell'avvocato generale, per cui si tratta, effettivamente, di restrizioni [31]. Invero, con la prima previsione si limita l'accesso al mercato per qualsiasi nuovo arrivato e con la seconda si restringe il numero dei prestatori di servizi di NCC nell'agglomerato di Barcellona. Si chiede, quindi, se le stesse possano o meno considerarsi ammesse e, quindi, rispettose della normativa eurounitaria.

Al riguardo, essa ricorda come affinché limitazioni del genere possano considerarsi legittime, è necessario che siano giustificate da un motivo imperativo

[29] Art. 49 par. 2 TFUE.

[30] Così Corte Giust., 7 settembre 2022, *Cilevics*, causa C-391/20. Dello stesso tenore anche Corte Giust., 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, causa C-463/13.

[31] In tal senso A.R. PERTICARO, *Aiuti di Stato e libertà di stabilimento, in relazione al rilascio di licenze di NCC*, in *www.foroitaliano.it*.

di interesse generale e, ulteriormente, che siano rispettose del principio di proporzionalità.

Quanto all'esistenza di motivi imperativi di interesse generale, la Corte ravvisa come nel caso di specie le finalità perseguite dal RVCT sono quella di garantire la qualità, la sicurezza e l'accessibilità dei servizi taxi nell'agglomerato urbano di Barcellona per tramite del mantenimento di un "equilibrio adeguato" tra il numero di prestatori di tale servizio e i prestatori dei servizi di NCC; nonché quello di garantire una corretta gestione del trasporto e dello spazio pubblico e, infine, quello di proteggere l'ambiente.

Con riferimento al primo obiettivo, si ribadisce, infatti, come il servizio taxi debba essere preservato in quanto considerato un servizio di interesse generale [32]. Al proposito, l'AMB aveva, altresì, rilevato come la crescente concorrenza da parte degli esercenti attività NCC avrebbe minacciato la praticabilità economica del servizio taxi, così da rendersi necessaria la previsione di forme di equilibrio tra le due attività.

La Corte osserva allora come, per costante giurisprudenza, se, da un lato, le finalità di corretta gestione del trasporto, del traffico, dello spazio pubblico e dell'ambiente, possono costituire motivi imperativi di interesse generale, dall'altro, «*obiettivi di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato*» [33]. Una motivazione del genere non può, pertanto, essere invocata al fine di giustificare il mantenimento di un equilibrio tra le due modalità di trasporto urbano non di linea menzionate.

Questa considerazione, peraltro, non risulta scalfita dal fatto che il servizio taxi nell'ordinamento spagnolo venga qualificato come «servizio di interesse generale». In merito a ciò, la Corte afferma, infatti, che, da un lato, le qualifi-

---

[32] Sulla possibilità di qualificare il servizio taxi come servizio pubblico, C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazione*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 156 ss. Afferma, in particolare, come la caratteristica di servizio pubblico sia quella che consente di distinguere il servizio taxi da quello di autonoleggio con conducente. Invero «*la veste pubblicistica* [del servizio taxi] *colora di sé gli aspetti fondamentali di questa attività di impresa e ne consente la regolazione penetrante delle modalità di svolgimento e del corrispettivo del servizio*». Più di recente, anche R. LOBIANCO, *Trasporto di persone*, cit., p. 67 ss. pur rilevando l'assenza di unanimità di pensiero sul tema, ha ritenuto che solo con riguardo al servizio taxi, e non anche a quello di NCC, si possono individuare i requisiti proprio del servizio pubblico, i quali si rinvengono «*nell'obbligatorietà del servizio (attesa la sua finalità sociale); nell'obbligo di offerta indifferenziata a chiunque ne faccia richiesta, anche al di fuori delle piazzole di sosta (universalità e imparzialità del servizio); nello stazionamento su piazza dei mezzi (ovvero in aree pubbliche, quali la pubblica via o spazi di sosta dedicati e segnalati) che devono essere ben visibili e riconoscibili (accessibilità del servizio) e, in taluni casi, nella circolazione in spazi riservati; nell'assoggettamento a un preciso regime tariffario determinato in via amministrativa, oltre che a uno specifico regime di autorizzazione per l'esercizio (licenze) e alla programmazione e controllo da parte dell'autorità pubblica*». Deve, comunque, segnalarsi anche la sussistenza di una impostazione dottrinale assolutamente minoritaria che qualifica il servizio taxi non come servizio pubblico, ma come servizio privato contingentato (L. MARTINI, *L'autotrasporto pubblico non di linea: il servizio taxi*, in A. BRANCASI, *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 251 ss.). Anche Tar Toscana, Firenze, 31 maggio 2011, n. 964, aderendo alla concezione soggettiva di servizio pubblico per cui lo stesso deve essere originariamente riservato alla pubblica autorità, ha ritenuto che il servizio taxi non possa essere qualificato come servizio pubblico, ma al più quale attività di pubblico interesse. E, invero, in tale caso «*ci si trova dinanzi ad un'attività di trasporto individuale di persone, imperniata sul rapporto negoziale che si instaura con il cliente, di stampo prettamente privatistico, ancorché assoggettata ad un regime fortemente regolamentato*».

[33] Al proposito richiama, Corte Giust., 11 marzo 2010, *Attanasio Group*, causa C-384/08; Corte Giust., 24 marzo 2011, Commissione/Spagna, causa C-400/08.

cazioni nazionali non incidono sulla valutazione della ricorrenza di un motivo imperativo di interesse generale ai sensi del diritto europeo e, dall'altro, che dagli elementi contenuti nel fascicolo a disposizione della Corte non si evincerebbe che i prestatori di servizi di taxi siano incaricati della gestione di un servizio di interesse economico generale (in prosieguo: «SIEG») *ex* art. 106, par. 2, TFUE.

A tal proposito, l'organo giudicante, richiamando sua precedente giurisprudenza [34], ricostruisce i tratti che consentono di ritenere che un servizio rivesta un interesse economico generale. In primo luogo è necessario che «*detto interesse presenti caratteri specifici rispetto a quello di altre attività della vita economica*. *Inoltre, può essere qualificato come SIEG un servizio la cui fornitura costituisca adempimento di specifici compiti d'interesse pubblico affidati al prestatore dello Stato membro interessato*» [35]. Ciò premesso, secondo la Corte, il fatto che la prestazione del servizio taxi risulti fortemente regolamentata non consente di dimostrare né che esso presenta caratteri specifici rispetto a quelli di altre attività economiche, né che una missione specifica di servizio pubblico sia stata affidata agli esercenti il servizio taxi da parte di atti di esercizio del potere che risultino precisi sul punto.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte asserisce come soltanto gli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico, dello spazio pubblico e di protezione dell'ambiente potrebbero essere invocati come motivi imperativi di interesse generale a giustificazione delle limitazioni introdotte alla prestazione del servizio NCC. Diversamente, l'obiettivo puramente economico di garantire la praticabilità economica del servizio non può essere addotto a giustificazione delle limitazioni suddette.

Muovendo, poi, al giudizio di proporzionalità la Corte svolge valutazioni differenti in relazione alle due tipologie di limitazione introdotte dalla normativa locale oggetto di rinvio. Con riferimento alla previsione di una autorizzazione specifica ulteriore rispetto a quella nazionale da richiedere all'AMB, essa rileva come regimi di previa autorizzazione amministrativa possono essere giustificati qualora siano noti in anticipo e non risultino discriminatori. Inoltre, evidenzia come non possa considerarsi necessaria ai fini del conseguimento dello scopo perseguito un provvedimento che integri, in sostanza, la duplicazione di altri controlli già effettuati nel contesto di altre procedure. Infine, richiamando un precedente arresto [36], ricorda come procedure di previa autorizzazione potranno ritenersi necessarie solo nei casi in cui i controlli a posteriori si rivelino inefficaci perché tardivi.

Calando tali principi nel caso di specie, la Corte ritiene, dunque, che il requisito della previa autorizzazione, oltre a essere idoneo a conseguire gli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico, dello spazio pubblico e di protezione dell'ambiente, sia anche giustificato dal fatto che un controllo a posteriori non apparirebbe efficace. Spetterà, poi, ovviamente, al giudice del rinvio verificare se l'autorità competente abbia esercitato correttamente il potere discrezionale conferitole. Lo stesso giudice dovrà, inoltre, verificare che la

[34] Corte Giust., 7 novembre 2018, *Commissione/Ungheria*, causa C-171/17; Corte Giust., 10 dicembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, causa C-179/90; Corte Giust., 18 giugno 1998, *Corsica Ferries France*, causa C-266/96; Corte Giust., 23 maggio 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, causa C-209/98; Corte Giust., 3 marzo 2011, *G2R Prévoyance*, causa C-437/09.

[35] Punti 77-78 della sentenza in commento.

[36] Corte Giust., 22 gennaio 2022, *Canal Satélite Digital*, causa C-390/99.

concessione di tale autorizzazione specifica non integri la duplicazione di altra procedura già effettuata nel contesto dello Stato membro.

Quanto, invece, al profilo della limitazione delle licenze di servizi di NCC a un trentesimo delle licenze di servizi taxi, la Corte di Giustizia evidenzia come non emergano elementi idonei a dimostrare come tale misura possa concorrere a garantire gli obiettivi prima citati di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico, nonché di protezione dell'ambiente. A sostegno dell'affermazione, richiama anche le argomentazioni addotte dalla P&L considerato che le stesse non sono state oggetto di confutazione né da parte dell'AMB, né del governo spagnolo. In particolare, si trattava delle considerazioni per cui i servizi di NCC concorrerebbero nella riduzione dell'utilizzo dell'automobile privata, nonché nel conseguimento dell'obiettivo di una mobilità efficiente e inclusiva in considerazione del loro alto livello di digitalizzazione e flessibilità. Non risulterebbe, poi, coerente invocare i problemi di stazionamento sulle vie pubbliche, posto che gli esercenti servizi di NCC devono, ai sensi del RVCT disporre di una propria rimessa.

Ecco, quindi, che la Corte concorda con il rilievo per cui «*la limitazione delle licenze di servizi di NCC a un trentesimo delle licenze di servizi taxi non risulta idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico*» [37]. I medesimi obiettivi possono, del resto, essere conseguiti per tramite di misure meno restrittive. Anche in questo caso sarà, poi, il giudice del rinvio a dover verificare se sia o meno dimostrato che misure meno restrittive non consentano di conseguire gli obiettivi perseguiti.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte, la Corte dichiara che l'art. 49 TFUE non osta alla normativa che prevede l'imposizione di una autorizzazione specifica che si aggiunge a quella nazionale per la fornitura di servizi di NCC, purché la stessa sia fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo e che non costituisca la duplicazione di altri procedimenti. Lo stesso articolo osta, invece, alla normativa che limita il numero delle licenze di servizi di NCC a un trentesimo delle licenze di servizi taxi concesse per il medesimo agglomerato urbano, se non è dimostrato che tale misura sia idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, gli obiettivi prima menzionati di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico, nonché di protezione dell'ambiente e che la stessa non ecceda quanto necessario per conseguire tali obiettivi.

5. La disciplina interna del servizio NCC e i possibili riflessi della sentenza della CGUE

La sentenza in commento, nei contenuti sin qui descritti, si presenta di particolare interesse anche con riguardo ai possibili risvolti sull'ordinamento interno. Ci si deve chiedere in particolare, se, nel contesto di dibattito che tutt'ora caratterizza il settore dell'autotrasporto non di linea italiano [38], la stessa possa essere letta come un segnale verso la liberalizzazione dello stesso.

[37] Punto 97 della sentenza in commento.

[38] È del 1° agosto 2023 il comunicato stampa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il quale è stato reso noto l'avvio di attività di verifica nel settore taxi mediante la ri-

Invero, come osservato, con essa la Corte ha dichiarato l'illegittimità di quelle normative che fissano un numero massimo di licenze NCC rilasciabili se giustificate dalla motivazione di dover preservare la praticabilità economica del servizio taxi, ovverosia il reddito dei tassisti o il valore delle licenze, apparendo ciò in contrasto con il diritto di libertà di stabilimento sancito dall'art. 49 TFUE. Limitazioni del genere possono, invece, secondo la Corte di Lussemburgo, ritenersi ammissibili solo se imposte al fine di conseguire obiettivi generali quali quelli della buona gestione dei trasporti, del traffico o dello spazio pubblico e della protezione dell'ambiente e soltanto ove appaiano proporzionate. Quanto alla protezione dell'ambiente, si ricorda, però, come nel caso di specie, sulla scia di quanto sostenuto dal giudice del rinvio, la Corte abbia ritenuto che l'Amministrazione locale non avesse in concreto dimostrato come la mancata limitazione delle licenze NCC a un trentesimo di quelle taxi avrebbe potuto avere ricadute negative sull'ambiente.

La pronuncia si inserisce, dunque, pienamente nell'ambito dell'annoso dibattito sulle liberalizzazioni dei servizi di autotrasporto pubblico non di linea, caratterizzato dalla compresenza di istanze opposte: quella degli utenti che desidererebbero un mercato del trasporto locale non di linea più aperto e flessibile, in modo da condurre a un abbattimento dei prezzi e a un incremento della qualità del servizio e quella degli operatori del settore che appaiono, invece, propensi a tutelare la posizione da loro già ricoperta nel mercato [39]. La sentenza rileva, inoltre, con riferimento ai rapporti intercorrenti tra prestatori di servizi NCC e prestatori di servizi taxi.

Quanto al profilo relativo all'imposizione di barriere all'ingresso per l'esercizio dei servizi di autotrasporto pubblico non di linea, si deve rilevare come la Corte non abbia giudicato illegittimo il sistema autorizzatorio in sé, ma solo alcune delle motivazioni poste alla base della limitazione del numero di licenze. Di conseguenza, la stessa non ha in realtà preso una posizione netta a favore della liberalizzazione del settore.

Ad ogni modo, dirompente appare il principio di diritto per cui la praticabilità economica del servizio taxi non può essere addotta a fondamento delle limitazioni del numero delle licenze di NCC rilasciabili.

Quanto ai possibili riflessi di tale pronuncia sull'ordinamento interno si deve muovere dalla considerazione per cui, come già anticipato, anche l'esercizio

---

chiesta di informazioni alle società di radiotaxi e ai Comuni di Roma, Milano e Napoli. Nello specifico, la stessa ha affermato di voler «*far luce sulle criticità che creano pesanti disservizi per l'utenza e sul sistema delle licenze "a numero chiuso"».* In altri termini, *«dal punto di vista della concorrenza, l'obiettivo è quello di far luce sul sistema delle licenze "a numero chiuso" che, in questo settore, ostacola il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali e il prodursi dei conseguenti benefici in termini di soddisfazione della domanda e di qualità del servizio*» (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Comunicato stampa. Richieste di informazioni alle società radiotaxi e ai Comuni di Roma, Milano e Napoli. L'autorità intende far luce sulle criticità che creano pesanti disservizi per l'utenza e sul sistema delle licenze "a numero chiuso",* 1° agosto 2023, *https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2023/8/Al-via-attivita-di-verifica-nel-settore-dei-taxi*). Si segnala, inoltre, come riportato nel sito web dell'Associazione Nazionale Imprese Trasporto e Viaggiatori (A.N.I.Tra.V.) di cui è parte l'Associazione NCC, che nei mesi di luglio e agosto 2023 frequenti sono stati gli incontri tra gli esponenti dell'Associazione medesima e i rappresentanti del MIT e del Governo al fine di rappresentare le criticità della Legge quadro del 1992, tra le quali rientrano «*l'irragionevolezza della pretesa di una sede operativa in ciascun Comune che abbia rilasciato l'autorizzazione NCC ad un singolo soggetto;* […] *Lo sblocco del rilascio di nuovi titoli autorizzativi e l'esigenza di adeguare i contingenti nelle grandi città; L'assurdità della limitazione territoriale per l'esercizio del noleggio con conducente* […]». (*https://anitrav.com/news/incontro-al-mit-del-20-luglio-2023---cosa-e--accaduto-oggi.htm*).

[39] Al proposito si veda quanto già rilevato nell'ambito della nota n. 8.

del servizio di NCC è caratterizzato dalla previsione di un regime di contingentamento amministrativo. Ai fini dell'espletamento dell'attività di NCC è, infatti, necessario ottenere una autorizzazione amministrativa [40] che, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 21/1992, viene rilasciata a seguito di concorso pubblico dall'amministrazione comunale di riferimento [41].

Tale regime differisce, però, da quello relativo al servizio taxi. Invero, mentre gli esercenti del servizio taxi necessitano della titolarità di una licenza personale, riferita a un singolo mezzo e non cumulabile con altre licenze, coloro che svolgono il servizio di NCC devono munirsi di una autorizzazione amministrativa che deve essere rilasciata dal Comune in cui il richiedente ha la sede operativa e che, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 21/1992, può essere cumulata con altre autorizzazioni per servizi di NCC, nonché, qualora rilasciata per l'esercizio dell'attività per mezzo di natanti, anche con la licenza per il servizio taxi. Inoltre, il servizio di NCC non deve essere necessariamente svolto personalmente dal titolare dell'autorizzazione, potendo questi esercitarlo anche per tramite di altri soggetti, quali ad esempio i dipendenti dell'impresa.

Deve poi evidenziarsi come rispetto all'autoservizio di noleggio con conducente non rilevano i requisiti propri del servizio pubblico, quali la doverosità della prestazione, il rispetto di tariffe predeterminate in via amministrativa nonché i requisiti di continuità, regolarità, qualità e parità di condizioni nell'erogazione. Al contrario, è stato messo in luce come con riferimento al servizio di NCC «*risultano presenti elementi più propriamente tipici dei servizi privati, quali la maggiore presenza in aree sfornite di tali servizi, il maggior confort dei mezzi, la maggiore privacy sui mezzi, l'autonomia nella pianificazione degli spostamenti*» [42].

Ciò posto, deve rilevarsi come non appaia seriamente in discussione la previsione di tale regime di contingentamento amministrativo con riferimento alle autorizzazioni necessarie per l'esercizio del servizio di NCC. Di recente, infatti, anche il Consiglio di Stato si è espresso nel senso che l'attività in questione non risulta liberalizzata, ma soggetta ad autorizzazione [43]. Peraltro, co-

---

[40] Si veda nota n. 2 per la distinzione tra licenze e autorizzazioni.

[41] Per l'ottenimento di tale autorizzazione, ai sensi della legge n. 21/1992, è richiesto il possesso di alcuni requisiti: disponibilità di almeno una rimessa nel territorio comunale della sede operativa del vettore (art. 3, comma 3); possesso di idoneo certificato di abilitazione professionale rilasciato dal Comune di riferimento; iscrizione nel ruolo dei conducenti di veicoli o natanti adibiti ad autoservizi pubblici non di linea presso le Camere di Commercio delle Regioni (art. 6).

[42] R. LOBIANCO, *Trasporto di persone*, cit., p. 69. L'autore sottolinea, inoltre, come la fornitura del servizio di NCC non sia affatto obbligatoria, essendo lo stesso un servizio rivolto ai soli utenti che avanzano la richiesta della prestazione.

[43] Cons. Stato, V, 31 agosto 2021, n. 6124. In particolare, in tale occasione il Collegio ha precisato che «*per attività economica privata liberalizzata si intende quell'attività che, in virtù di sopravvenuto intervento legislativo (l'uso del participio passato passivo "liberalizzata" sta proprio a voler intendere il passaggio da uno stato ad un altro), passi da un regime autorizzatorio, tale per cui possa essere esercitata solo previo conseguimento di titolo abilitativo rilasciato dalla pubblica amministrazione competente, ad essere attività libera* […] e che «*come costantemente affermato in giurisprudenza (da ultimo, cfr. Cons. Stato, II, 26 marzo 2021, n. 2569; V, 1 marzo 2021, n. 1703; V, 27 gennaio 2021, n. 816; V, 21 settembre 2020, n. 5481), l'attività di noleggio con conducente non è un'attività liberalizzata, ma soggetta ad autorizzazione (come, in generale, l'attività di servizio di trasporto pubblico non di linea, cfr. Cons. Stato, VI, 31 maggio 2017, n. 2626) per la necessità, propria di ogni caso di definizione legislativa dei soggetti abilitati a offrire talune tipologie di servizi, di configurazione di un determinato settore di attività economica, e, con specifico riguardo all'attività di N.C.C. per il fine di "assicurare l'effettiva destinazione ad un'utenza specifica e non indifferenziata e a evitare interferenze con il servizio taxi, con l'obiettivo di rafforzare (...) un assetto di mercato definito con norme in cui si esprime il bilanciamento*

me già osservato, anche la c.d. direttiva Bolkestein esclude espressamente le attività di trasporto dal suo ambito di applicazione. Il mantenimento di tale regime di accesso all'esercizio del servizio rappresenta poi uno dei principi fondamentali del Protocollo di intesa siglato tra il Ministero dei Trasporti e alcune associazioni rappresentative degli esercenti dei servizi taxi e NCC [44].

Sul modello di concorrenza relativo al settore dell'autotrasporto con NCC si è di recente espressa anche la Corte costituzionale [45], chiamata a pronunciarsi in sede di giudizio in via principale sulla riforma intervenuta in tema di autotrasporto non di linea nel 2018 [46]. Nello specifico, con tale sentenza, che ha condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 10-*bis*, comma 1, lett. e) del d.l. n. 135/2018, il quale aveva modificato l'art. 11, comma 4, della legge n. 21/1992, stabilendo l'obbligo a carico dei vettori di NCC di rientrare presso la propria sede o rimessa al termine di ogni servizio [47], la Consulta ha espresso delle considerazioni sia sul regime concorrenziale sia sulla differenziazione tra il servizio taxi e quello di NCC.

In particolare, ha respinto la censura sollevata con riguardo al comma 6 dell'art. 10-*bis* citato, il quale vieta il rilascio di nuove autorizzazioni per l'esercizio del servizio di NCC fino alla piena operatività del registro informatico pubblico nazionale delle imprese del settore, introdotto al comma 3 dell'articolo medesimo. La Consulta ha, quindi, escluso la sussistenza di una irragionevole restrizione della concorrenza a vantaggio dei titolari delle licenze taxi – per i quali tale divieto temporaneo di rilascio delle licenze non opera – in quanto «*la diversità – per modalità di svolgimento, regime tariffario, ambito di operatività, rapporti con l'utenza, eccetera – dei due tipi di autoservizi pubblici non di linea e la loro necessaria reciproca distinzione, a cui presidio sono poste proprio le misure in esame – compresa quella dell'iscrizione nel registro informatico in via di predisposizione – escludono che la politica delle licenze adottata per uno di essi possa determinare vantaggi o pregiudizi per l'altro*» [48].

Ecco, dunque, che coerentemente con quanto ora affermato dalla Corte di

---

tra libera iniziativa economica e gli altri interessi in gioco" (Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 56)».

[44] L'art. 1 di tale Protocollo di intesa tra Ministero dei trasporti e alcune associazioni del settore taxi e noleggio con conducente del 2 febbraio 2018 statuisce che «*Il servizio taxi e il servizio di noleggio con conducente (d'ora in avanti: NCC) di cui alla legge 21/1992 costituiscono servizi pubblici non di linea. Le licenze per l'esercizio del servizio taxi e le autorizzazioni per il servizio NCC sono contingentate*».

[45] Corte Cost., 26 febbraio 2020, n. 56.

[46] Nello specifico, la ricorrente – Regione Calabria – ha invocato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 10-*bis*, comma 1, lettere a), b), e), f), e commi 6, 7, 8 e 9 del d.l.14 dicembre 2018, n. 135, introdotte, in sede di conversione, dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12. Si tratta della riforma della l. quadro n. 21/1992.

[47] A differenza delle altre censure sollevate, infatti, in questo caso la Corte giunge a un esito negativo del test di adeguatezza e proporzionalità della disposizione. Nel dettaglio, essa ritiene che la previsione dell'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di NCC presso le rimesse «*si risolve infatti in un aggravio organizzativo e gestionale irragionevole, in quanto obbliga il vettore, nonostante egli possa prelevare e portare a destinazione uno specifico utente in ogni luogo, a compiere necessariamente un viaggio di ritorno alla rimessa "a vuoto" prima di iniziare un nuovo servizio. La prescrizione non è solo in sé irragionevole* […] *ma risulta anche sproporzionata rispetto all'obiettivo prefissato di assicurare che il servizio di trasporto sia rivolto a un'utenza specifica e non indifferenziata, in quanto travalica il limite della stretta necessità, considerato che tale obiettivo è comunque presidiato dall'obbligo di prenotazione presso la sede o la rimessa e da quello, previsto all'art. 3, comma 2, della legge n. 21 del 1992, di stazionamento dei mezzi all'interno delle rimesse (o dei pontili d'attracco)*».

[48] Punto 5.6.2 della sentenza.

Giustizia, la Consulta aveva già ben evidenziato la necessità di distinguere nettamente le due tipologie di autotrasporto non di linea. Ne deriva un ulteriore argomento a sostegno della non limitabilità del numero delle autorizzazioni per l'esercizio del servizio NCC al fine di garantire la praticabilità economica del servizio taxi. Ciò avrà immediato rilievo per le amministrazioni comunali, le quali fanno a volte segnalare la pratica di limitare il numero delle licenze taxi o autorizzazioni NCC rilasciabili a beneficio della posizione economica degli operatori già in attività [49]. I Comuni appaiono, del resto, più facilmente esposti alle pressioni esercitate dalla categoria dei tassisti, interessati a preservare il valore delle loro licenze. Per questo, peraltro, è stato osservato come sarebbe auspicabile affidare il compito di predeterminare il numero di licenze rilasciabili all'Autorità dei Trasporti, anziché agli enti locali, in quanto decisamente meno esposta a tali pressioni [50].

Ciò posto, si precisa come sebbene la pronuncia che qui si commenta riguardi specificamente la limitazione delle autorizzazioni per l'esercizio dei servizi di NCC, ci si sta riferendo anche alle licenze taxi. Infatti, i principi di diritto nella stessa espressi interessano le limitazioni di qualsivoglia tipologia di provvedimenti autorizzatori che possono costituire restrizioni all'esercizio della libertà garantita dall'art. 49 TFUE, comprese le licenze necessarie per l'esercizio del servizio di taxi.

Per tale motivo, peraltro, taluno ha ritenuto come la sentenza possa arrivare a mettere in discussione l'intero il sistema oggi vigente per il rilascio delle licenze e/o autorizzazioni per l'autotrasporto pubblico non di linea [51]. Invero, un tipo di sistema a numero chiuso quale quello italiano, alla luce di quanto affermato nella sentenza che qui si commenta, sarebbe da considerarsi anticompetitivo qualora giustificato soltanto da motivi di natura economica. Solo motivi di interesse generale e il rispetto del principio di proporzionalità possono, invero, giustificare limitazioni del genere. Tra i primi rientrano, come descritto, quello di garantire una corretta gestione del trasporto, del traffico, dello spazio pubblico nonché la protezione dell'ambiente. Diversamente, l'obiettivo di garantire la praticabilità economica del servizio taxi, nonostante lo stesso costituisca un servizio di interesse generale, va considerato come un motivo di natura prettamente economica che, quindi, non può essere invocato al fine di giustificare il mantenimento di un equilibrio tra le due modalità di trasporto urbano.

Si ritiene, inoltre, che anche ulteriori previsioni contenute nella legge n. 21/1992, differenti dalla limitazione del numero delle licenze rilasciabili ma, comunque, costituenti misure restrittive della concorrenza, potrebbero essere poste in discussione a margine del principio di diritto enunciato dalla Corte europea. Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui al secondo comma dell'art. 8 per cui la licenza e l'autorizzazione debbano essere necessariamente riferite a un singolo veicolo. Anche queste non potranno essere giustificate dall'esigenza di garantire la praticabilità economica del servizio o il valore delle licenze stesse.

---

[49] Al proposito si ricorda, infatti, come ai sensi dell'art. 5 lett. d) della l. n. 21/1992 compete ai Comuni il compito di stabilire «*i requisiti e le condizioni per il rilascio della licenza per l'esercizio del servizio di taxi e della autorizzazione per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente*».

[50] In tal senso, A. Boitani-S. Colombo, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in *Mer. conc. reg.*, 2017, pp. 74 ss.

[51] A. Di Leo-R. Berloco, *NCC e Taxi: dalla Corte di Giustizia uno stop chiaro al contingentamento delle licenze*, in *legal-team.it*, 19 giugno 2023.

6. Libertà di stabilimento e sostenibilità ambientale

Come osservato, tra i motivi imperativi di interesse generale che possono essere addotti a giustificazione delle limitazioni alla libertà di stabilimento protetta dall'art. 49 TFUE la Corte di Lussemburgo contempla anche la protezione dell'ambiente. Si ricorda, del resto, come la stessa normativa locale dell'AMB preveda che la fissazione del numero massimo di autorizzazioni rilasciabili debba determinarsi tenendo conto, tra gli altri fattori, della compatibilità dell'introduzione di nuove autorizzazioni con gli obiettivi di sostenibilità ambientale per quanto riguarda il traffico e la circolazione urbana [52].

Ciò induce a svolgere delle brevi considerazioni relative al tema della sostenibilità ambientale e al suo rapporto con la libertà di stabilimento e la tutela della concorrenza [53]. Invero, di fronte all'emergenza climatica e ambientale dichiarata dal Parlamento europeo nella sua risoluzione sul *Green Deal* del 15 gennaio 2020 [54], il perseguimento di obiettivi legati alla sostenibilità ambientale è divenuto elemento assolutamente centrale nell'ambito delle attuali politiche sia unionali che globali [55]. Del resto, ciò appare particolarmente evidente proprio con riferimento al settore dei trasporti, il quale risulta responsabile di circa un quarto del totale delle emissioni di gas a effetto serra in Europa [56]. Infine, deve rammentarsi come la stessa sentenza in commento ha evidenziato come la protezione dell'ambiente possa rientrare tra i motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare delle restrizioni alla libertà di stabilimento [57].

Ciò appare del resto coerente con le osservazioni di chi ha evidenziato come l'attuale politica della concorrenza non debba essere proiettata solo nel senso di raggiungere l'efficienza economica, dovendosi invece perseguire «*un approccio* multi-purpose *riguardo l'interpretazione e l'*enforcement *delle norme a tutela della concorrenza, in base al quale essa verrebbe concepita come*

---

[52] Si veda *retro*, par. 2.

[53] Sul tema si veda C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in questa Rivista, 2021, pp. 70-91.

[54] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni dell'11 dicembre 2019 – COM(2019) 640. L'obiettivo della neutralità climatica contenuto in tale Comunicazione è stato, poi, approvato dal Consiglio europeo il 12 dicembre 2019 – EUCO 29/19.

[55] Basti pensare, tra gli altri, all'Accordo di Parigi, trattato internazionale adottato, nell'ambito dell'ONU, da 196 Stati, a Parigi il 12 dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016, il quale ha come obiettivo quello di contenere l'aumento della temperatura terrestre al di sotto dei 2°C rispetto ai livelli preindustriali; all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile sottoscritta nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'Onu; alla Legge europea sul clima (Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento (CE) 2009/401 e il Regolamento (UE) 1999/2018); al Pacchetto "*Pronti per il 55%*" avente come obiettivo quello di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030.

[56] Tale dato è stato evidenziato dalla *Strategia europea per una mobilità a basse emissioni* COM 2016(501), che ha individuato proprio nel settore dei trasporti la prima causa di inquinamento atmosferico nell'ambito dei centri urbani. Più nel dettaglio, per quanto riguarda l'Italia, dall'analisi del *Report – Annuario dei dati ambientali* curato dall'ISPRA nel 2019 si evince come, al 2015, i trasporti contribuiscano nella quota del 25,2% nell'emissione di gas serra, con un aumento del 3,2% rispetto al 1990. Al proposito, viene anche messo in evidenza come la crescita di emissioni di CO2 nel settore dei trasporti è in controtendenza rispetto a tutti gli altri settori, nell'ambito dei quali, a partire dal 1990, si è potuta registrare una diminuzione delle stesse.

[57] In tal senso anche Corte Giust., 24 marzo 2011, *Commissione/Spagna*, causa C-400/08; Corte Giust., 11 marzo 2010, *Attanasio Group*, causa C-384/08.

strumento per il perseguimento di una pluralità di obiettivi (non solo economici), tra i quali l'equità sociale, lo sviluppo sostenibile e quindi anche la tutela dell'ambiente» [58]. Ecco, dunque, che ormai da più parti si sostiene la necessità di abbandonare un approccio puramente economico del diritto della concorrenza, a beneficio di una integrazione, tra le altre, delle tematiche ambientali [59].

Si ritiene quindi che, con specifico riferimento al tema delle licenze e/o autorizzazioni per l'autotrasporto pubblico non di linea, possano argomentarsi due conseguenze opposte. Nel dettaglio, da un lato potrebbe sostenersi come il sistema del contingentamento amministrativo relativo ai servizi taxi e NCC possa essere derogato al fine di favorire modalità di trasporto più sostenibili. Invero, l'utilizzo dei servizi taxi e NCC rientra nell'ambito del fenomeno della *sharing mobility* o mobilità condivisa [60], considerata sin dal c.d. Decreto Ronchi del 1998 [61] una misura da incentivare per la riduzione delle emissioni inquinanti. In tal modo si potrebbe ridurre, infatti, il numero dei veicoli in circolazione, considerato che i singoli cittadini eviterebbero di acquistare un veicolo proprio. Inoltre, i veicoli elettrici appaiono più diffusi proprio tra quelli adibiti a taxi e NCC rispetto ai restanti. Per questo si comprende come molti Paesi promuovano le esperienze di mobilità condivisa così da consentire l'adozione di modelli di spostamento meno impattanti per l'ambiente e per la salute dei cittadini.

Dall'altro lato, sono state però manifestate delle preoccupazioni legate alla promozione di sistemi di mobilità condivisa come il servizio di NCC o i fenomeni di *car-sharing*. In particolare, si è sottolineato come l'implementazione di tali modalità di trasporto potrebbe rendere molto più semplice per le persone viaggiare con l'automobile e, quindi, disincentivare l'utilizzo del trasporto pubblico di linea nonché delle forme di mobilità dolce, quali la bicicletta o anche il muoversi a piedi [62]. A livello empirico è stato al proposito osservato come l'introduzione di servizi di *ridesharing* come *Uber* all'interno delle città abbia causato un aumento del traffico urbano e degli incidenti automobilistici. Invero,

---

[58] Così, C. MURACA, *op.cit.*, p. 73.

[59] Per una ricostruzione del dibattito sul punto si veda V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza UE*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, p. 439 ss.

[60] Come precisato da R. LOBIANCO, *I servizi di mobilità condivisa, parte I. Caratteristiche socio-economiche*, in *Dir. trasp.*, 2021, p. 28 l'espressione mobilità condivisa «*comprende tutte quelle diverse modalità di trasporto attraverso le quali lo spostamento di persone da un luogo all'altro viene realizzato tramite l'impiego di mezzi non di proprietà del soggetto bensì per l'appunto in condivisione con altri individui*», caratterizzandosi, quindi, per la scissione del binomio possibilità di spostamento-proprietà del veicolo.

[61] Decreto del Ministero dell'Ambiente del 27 marzo 1998 «*Mobilità sostenibile nelle aree urbane*».

[62] C. MULLEN, *Governing a risky relationship between sustainability and smart mobility*, in M. FINK-M. LAMPING-V. MOSCON-H. RICHTER, *Smart urban mobility*, Springer, Berlino, 2020, p. 31 sottolinea come «*Yet as noted above there is some discussion about whether automation could increase or decrease transport energy and emissions, and this is tied up with the issue of car sharing or ride sharing. On one hand if people do give up private cars then there is the potential for reductions in emissions and energy use, however this still depends on the way in which ride sharing and car sharing is used. One concern is empty cars driving around waiting for passengers. A further concern is that ride sharing will simply make it easier to travel by car, so even though individual journeys become more efficient, the number of them increases. Added to this is the question of whether, or the extent to which, ride sharing attracts people away from private cars, or instead lures passengers from public transport or discourages walking and cycling. There is early empirical evidence emerging that ride sharing, even prior to any automation, is indeed leading to increased traffic*».

è stato rilevato come tali forme di trasporto attraggono coloro i quali erano soliti spostarsi tramite il trasporto pubblico di linea (tram, autobus, metropolitane etc.) con ciò incrementandosi il numero dei veicoli in circolazione e, quindi, anche i livelli di emissioni di CO_2 [63].

Di conseguenza, le questioni legate alla sostenibilità ambientale diverrebbero ragioni idonee a giustificare il contingentamento amministrativo e cioè le restrizioni alla libertà di stabilimento nel settore dell'autotrasporto non di linea al fine di salvaguardare l'ambiente e la salute dei cittadini.

Certo è che i dibattiti legati alla liberalizzazione dei servizi taxi e NCC non possono ormai prescindere da considerazioni legate alla sostenibilità ambientale, dovendosi abbandonare tutti gli approcci puramente economici e legati in maniera esclusiva al diritto della concorrenza. Del resto, l'art. 11 TFUE dispone come gli obiettivi generali dello sviluppo sostenibile e della tutela dell'ambiente debbano essere integrati in tutte le politiche europee, compresa quella della concorrenza, nella prospettiva di promuovere in particolare lo sviluppo sostenibile [64].

7. Notazioni conclusive

Nonostante le osservazioni di coloro che hanno accolto la pronuncia come un chiaro segnale a favore della liberalizzazione del settore dell'autotrasporto non di linea e, in particolare, del servizio di NCC, si ritiene di essere ancora lontani da una completa liberalizzazione del settore. Le recenti sentenze del Consiglio di Stato e della Consulta citate [65] dimostrano, infatti, una costante fermezza nel senso della permanenza di un contingentamento amministrativo.

Ciò non toglie, tuttavia, che alla luce di tale sentenza eventuali misure limitative predisposte dalle autorità locali o dallo stesso Legislatore, sebbene formalmente giustificate dall'esigenza di salvaguardare motivi di interesse generale, possano essere censurate qualora nascondano la reale volontà di proteggere gli interessi economici del settore taxi.

La stessa sentenza, inoltre, può ricoprire un ruolo di primo piano in una prospettiva *de iure condendo*, apparendo comunque chiaro il segnale da essa emerso a favore della concorrenza. Il recentissimo intervento del Legislatore per far fronte alle carenze del sistema di trasporto taxi su gomma [66] unito al

---

[63] Si veda J.M. BARRIOS-Y.V. HOCHBERG-H.L. YI, *The cost of convenience: ridesharing and traffic fatalities*, Becker Friedman Institute Working Paper, 2018, <*https://bfi. uchicago.edu/wp-content/uploads/BFI-WP-2018-80.pdf.*

[64] R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb*., 2021, p. 19; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Ed. scientifica, Napoli, 2010, p. 325; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, pp. 467-483*;* L. KRAMER*, Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè*,* Milano, 2002, p. 42.

[65] Si veda *retro*, par. 5.

[66] Con tale previsione, nello specifico, nelle more della piena operatività del registro previsto dall'art. 10-*bis*, comma 3, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 febbraio 2019, n. 12, le amministrazioni comunali possono rilasciare «*licenze aggiuntive per il servizio taxi per fronteggiare uno straordinario incremento della domanda legato a grandi eventi o a flussi di presenze turistiche superiori alla media stagionale*» nonché incrementare il numero delle licenze fino al 20 per cento di quelle già rilasciate, tramite un

continuo blocco del rilascio delle autorizzazioni NCC nelle more della piena operatività del Registro Informatico Pubblico Nazionale NCC e Taxi [67], dimostrano, del resto, come siano assolutamente vive le esigenze di intervento e riforma nel settore. In particolare, con riferimento al servizio di NCC, continua a lamentarsi il blocco del rilascio di nuove autorizzazioni in ragione della mancata effettiva attuazione del Registro citato, nonché l'operatività di alcune disposizioni che potrebbero apparire in contrasto con i principi concorrenziali. Ci si riferisce, nel dettaglio, alle disposizioni che limitano l'attività dei prestatori di servizi NCC su base territoriale, come già evidenziato anche dall'AGCM nel 2017, «*in modo da garantire una piena equiparazione dal lato dell'offerta tra gli operatori dotati di licenza taxi e quelli dotati di autorizzazione NCC e facilitare lo sviluppo di forme di servizio più innovative e benefiche per i consumatori*» [68].

Esigenze di riforma del settore si manifestano anche a causa dell'emersione di nuove modalità di prestazione dei servizi di trasporto in ragione dell'esponenziale sviluppo tecnologico e informatico degli ultimi anni. Ci si riferisce non solo al già menzionato fenomeno *Uber*, ma anche alle nuove modalità di organizzazione dello stesso servizio taxi (es. *MyTaxi* [69]), nonché alle varie applicazioni della *sharing mobility*. In particolare, con tale ultima espressione si fa riferimento, in modo generico, «*a tutte quelle diverse modalità di trasporto attraverso le quali lo spostamento di persone da un luogo all'altro è realizzato tramite l'impiego di mezzi non di appartenenza del soggetto stesso, bensì in condivisione con altri individui*» [70], grazie all'impiego di piattaforme di collaborazione.

Non può, dunque, ignorarsi come, in un quadro di regole sostanzialmente invariato, la tecnologia dell'informazione abbia avuto un impatto pervasivo nel settore della mobilità e dei trasporti. Ne deriva, in una prospettiva *de iure condendo*, la necessità di predisporre soluzioni giuridiche nuove, che siano in grado di regolare l'innovazione e, di conseguenza, prevenire e risolvere eventuali conflitti. Invero, «*le nuove tecnologie hanno reso fragile il quadro regola-*

---

concorso straordinario, utilizzando i proventi derivanti dal rilascio di tali licenze aggiuntive a compensazione dei soggetti già titolari di licenza. Nulla è, invece, stato previsto per il rilascio di autorizzazione NCC, bloccato fino alla piena operatività del registro richiamato.

[67] Si tratta del registro previsto dall'art. 10-*bis*, comma 3, del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 febbraio 2019, n. 12, reso operativo dal MIT il 2 marzo 2020 ma subito sospeso con comunicazione sul sito dello stesso Ministero in ragione dell'esigenza di definire le specifiche tecniche del foglio di servizio elettronico contenute in un provvedimento congiunto, ancora non adottato, tra Mit e Ministero dell'Interno. (accessibile al link*: https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/mit-sospesi-effetti-decreto-registro-taxi-e-ncc#:~:text=%2C%20previsto%20dall%E2%80%99articolo%2010%20bis%20comma%203%20del,ancora%20non%20adottato%2C%20tra%20Mit%20e%20Ministero%20dell%E2%80%99Interno).*

[68] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Segnalazione al Parlamento e al Governo (AS1354)*, 10 marzo 2017.

[69] Si tratta di una piattaforma che ha lo scopo di facilitare l'incontro della domanda e dell'offerta in modo da favorire l'accesso al servizio taxi.

[70] R. LOBIANCO, *Trasporto di persone*, cit., p. 180. Il fenomeno non è altro che una applicazione dei principi della *sharing economy* al settore dei trasporti. Ne costituiscono esempi il *carsharing*, il *bikesharing* e il *carpooling*. Si segnala, inoltre, come il primo richiamo a livello normativo di tale fenomeno si ebbe con il Decreto del Ministero dell'Ambiente del 27 marzo 1998 «*Mobilità sostenibile nelle aree urbane*» (c.d. Decreto Ronchi), nell'ambito del quale si incentivavano i Comuni, le associazioni e le imprese a organizzare servizi di uso collettivo ottimale delle autovetture nonché a promuovere e sostenere forme di multiproprietà delle autovetture destinate ad essere utilizzate da più persone, dietro pagamento di una quota proporzionale al tempo d'uso ed ai chilometri percorsi.

torio preesistente, esponendo la l. n. 21 del 1992 all'eccezione di anacronismo, nonché di portata restrittiva»[71]. Essa, infatti, non rappresenta uno strumento idoneo a gestire i contrapposti interessi in gioco, quali quello relativo al libero esercizio dell'attività economica e alla protezione di interessi pubblici in tema di trasporti. Sarebbe, cioè, auspicabile una definizione dei possibili modelli di gestione dei fenomeni di mobilità condivisa, nonché forme di sostegno pubblico alle stesse e, ove necessario, la previsione di obblighi di servizio pubblico in modo coordinato con la regolamentazione delle tradizionali forme di trasporto pubblico non di linea.

Peraltro, oltre allo sviluppo di tali nuove modalità di prestazione dei servizi di trasporto nell'alveo della *sharing mobility*, non può non farsi cenno ai rivoluzionari cambiamenti che si prospettano nel settore dell'industria automobilistica e che potrebbero condurre a una radicale riconfigurazione dei sistemi di mobilità. Si sta facendo, in particolare, riferimento ai c.d. veicoli a guida autonoma, ovverosia ai veicoli che, sfruttando tecnologie di connessione, «*sono in grado di captare e comunicare dati dall'ambiente esterno, dalle infrastrutture viarie e dagli altri veicoli* […] *e di rielaborarli al fine di sostituirsi al conducente nell'espletamento parziale o totale di determinate funzioni di guida*»[72]. Nonostante i vantaggi in termini sia di sicurezza stradale sia di sostenibilità ambientale che potrebbero derivare dalla diffusione di tali veicoli, evidenti sono gli ostacoli di natura normativa. Ad oggi è, infatti, assente un adeguato quadro normativo che consenta di sciogliere le questioni relative, ad esempio, alla tutela dei dati personali recepiti e utilizzati dai veicoli o, anche, alle decisioni di natura etica che il *software* potrebbe dover assumere in determinate situazioni.

[71] In tal senso, C. IAIONE, Sharing *economy e diritto dell'innovazione. Il caso della mobilità urbana*, in *Munus*, 2019, p. 200.

[72] R. LOBIANCO, *Trasporto di persone*, cit., p. 211. Sul punto si veda anche R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 724 ss. e R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1080 ss.

Sulla decisione della *Data Protection Commission* irlandese nel caso Meta: il ruolo delle autorità indipendenti nella protezione dei dati personali

On the Irish Data Protection Commission decision in the Meta case: the role of administrative agencies in the protection of personal data

di *Lorenzo Grossi* *

ABSTRACT

Nella recente decisione del 12 maggio 2023, la *Data Protection Commission* irlandese torna nuovamente sul tema, dopo la lunga vicenda *Schrems*, dell'illecito trasferimento transfrontaliero operato da Meta dei dati personali degli utenti dell'UE e dello SEE verso gli Stati Uniti, in violazione del diritto UE. Tale decisione si presta a molteplici chiavi di lettura, che riportano in auge, da un lato, il ruolo centrale delle autorità amministrative indipendenti, in particolare, nell'ambito della regolazione del mercato digitale, e offrono, dall'altro lato, l'occasione per misurare la sempre più pregnante integrazione tra i diritti nazionali e il diritto UE in materia amministrativa. D'altronde, è proprio sul terreno della regolazione del mercato digitale che si registra la più ampia distanza tra il diritto statunitense e il diritto UE, le cui norme, sulla scorta del *Brussels Effect*, ambiscono a diventare *global rules*.

After the Schrems affair, in its recent decision of May 12th, 2023, the Irish Data Protection Commission once again comes to terms with the unlawful cross-border transfer made by Meta of EU/EAA citizens' personal data to the United States, committed in violation of EU law. This decision lends itself to multiple keys of interpretation. On the one hand, it sheds a light on the central role of administrative agencies in the field of digital market regulation. On the other hand, it makes evident the increasingly meaningful integration between national laws and EU law in administrative matters. Indeed, it is precisely in the field of the digital market regulation that there is the widest gap between U.S. law and EU law, whose rules, in the wake of the Brussels Effect, aspire to become global rules.

DATA PROTECTION COMMISSION, DPC INQUIRY REFERENCE: IN-20-8-1, IN THE MATTER OF META PLATFORMS IRELAND LIMITED (PREVIOUSLY KNOWN AS FACEBOOK IRELAND LIMITED, 12/05/2023

Estratto

"9.110. It is not disputed that the views expressed by the DPC in the Draft Decision are not consistent with the outcome recorded in this Decision. It stands to reason that, in giving effect to the

* Dottore magistrale in Giurisprudenza, attualmente *LL.M. Candidate* presso il College of Europe.

binding determination of the EDPB, that the DPC must amend the positions previously reflected in the Draft Decision that are not consistent with the determinations made by the EDPB so that this Decision may be adopted "on the basis of" the Article 65 Decision, as required by Article 65(6) GDPR."
"9.111. Having taken account of Meta Ireland's Final Submissions, I remain of the view that an administrative fine of an amount falling with the range of €1.2 billion and €1.5 billion ought to be imposed in respect of the infringement of Article 46(1) GDPR […]."
"9.115. […] The ability, on the part of the parent company, to exercise decisive influence over the subsidiary's behaviour on the market, means that the conduct of the subsidiary may be imputed to the parent company, without having to establish the personal involvement of the parent company in the infringement."
"9.119 […] in a case where a company holds all or almost all of the capital of an intermediate company which, in turn, holds all or almost all of the capital of a subsidiary of its group, there is also a rebuttable presumption that that company exercises a decisive influence over the conduct of the intermediate company and indirectly, via that company, also over the conduct of that subsidiary."
"10.1 Having regard to the provisions of Section 111 of the 2018 Act, and for the reasons set out in this Decision, I find that: (i) US law does not provide a level of protection that is essentially equivalent to that provided by EU law; (ii) Neither the 2010 SCCs nor the 2021 SCCs can compensate for the inadequate protection provided by US law; (iii) Meta Ireland does not have in place supplemental measures which compensate for the inadequate protection provided by US law; and, (iv) It is not open to Meta Ireland to rely on the derogations provided for at Article 49(1) GDPR, or any of them, when making the Data Transfers."
"10.2 Accordingly, I find (and it is my decision that), in making the Data Transfers, Meta Ireland is infringing Article 46(1) GDPR."

Sommario: 1. Introduzione: un *casus belli* (ormai) decennale. – 2. La decisione della *Data Protection Commission* tra vecchie e nuove prospettive del diritto amministrativo. – 2.1. Sulla natura giuridica della *Data Protection Commission* e sull'esercizio dei suoi poteri correttivi. – 2.2. Sulla procedura di decisione *ex* articolo 65 RGDP. – 3. La distanza tra il diritto dell'Unione europea e il diritto statunitense in materia di protezione dei dati personali. – 4. Conclusione: verso la creazione di *global rules*.

1. Introduzione: un *casus belli* (ormai) decennale

Con la *Decision* del 12 maggio 2023, la *Data Protection Commission* irlandese, per mano della *Data Protection Commissioner* Helen Dixon, segna, anche se forse solo provvisoriamente, l'epilogo di una lunga e intricata controversia, che porta nuovamente in auge il tema, mai sopito, dell'illiceità del trasferimento transfrontaliero verso gli Stati Uniti e operato da Meta Platforms, Inc. (già Facebook, Inc.) dei dati dei cittadini dell'Unione europea e, più in generale, dello Spazio economico europeo (SEE).

Questa decisione è, nel momento in cui si scrive, l'ultimo, ma non necessariamente il definitivo, atto della vicenda, che trae le sue origini dalle rivelazioni di Edward Snowden sulle modalità di sorveglianza di massa operate dagli Stati Uniti attraverso il trattamento dei dati personali trasferiti dall'Unione europea, che ha a sua volta originato i noti procedimenti dinnanzi alla Corte di Giustizia *Schrems I* (2015) e *Schrems II* (2020) [1].

Sia consentito richiamare qui, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni

[1] Sulle conseguenze relative alle rivelazioni di Edward Snowden rispetto al diritto UE in materia di protezione dei dati personali, si veda H. Coyne, *The Untold Story of Edward Snwoden's Impact on the RGDP Authors*, in *The Cyber Def. Rev.*, vol. 44, n. 2, pp. 65-80.

passaggi fondamentali di questa saga, per meglio inquadrare il contesto in cui è stata resa la decisione dell'Autorità irlandese.

Il caso *Schrems I* prende le mosse dall'istanza di Maximillian Schrems, cittadino austriaco, presentata alla *Data Protection Commission* irlandese, e volta a impedire il trasferimento dei propri dati personali verso gli Stati Uniti. Dopo avere ottenuto il rigetto della propria domanda, il Sig. Schrems presentò ricorso dinnanzi all'*High Court of Justice*, nelle more del cui giudizio venne sollevato un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE sulla compatibilità con gli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei Diritti fondamentali della decisione della Commissione Europea 2000/520, altrimenti nota come *Safe Harbour Decision*, adottata in virtù dell'art. 25, par. 6, della direttiva 1995/46/CE. Tale norma consentiva alla Commissione di constatare che uno Stato terzo garantisce un livello adeguato di protezione dei dati personali in considerazione della sua legislazione nazionale ovvero degli impegni internazionali da questo assunti [2]. Tale livello di adeguatezza doveva misurarsi, tra l'altro, sulla base della natura dei dati, delle finalità del loro trattamento e delle norme giuridiche adottate dallo Stato terzo [3]. Ebbene, nel caso di specie, la Commissione, per il tramite della *Safe Harbour Decision*, aveva ritenuto che gli Stati Uniti garantissero un livello adeguato di protezione dei dati personali. Di contrario avviso fu però la Corte di Giustizia, la quale, invalidando la decisione *de quo*, ritenne che tale requisito non fosse affatto soddisfatto, e che il trasferimento, che si stava realizzando all'epoca nell'ambito della *Safe Harbor Decision*, fosse dunque illecito [4].

Dalla pronuncia cassatoria della Corte di Giustizia derivò un momentaneo vuoto normativo, che fu successivamente colmato attraverso un peculiare complesso regolatorio. Dapprima, venne stipulata una nuova convenzione internazionale tra l'Unione europea e gli Stati Uniti, altrimenti nota come *EU-US Privacy Shield Agreement*. In virtù di questo accordo internazionale, la Commissione europea adottò la decisione di esecuzione 2016/2150, con la quale diede atto delle novelle introdotte nell'ordinamento giuridico statunitense, sia di *hard law* che di *soft law*, tali da far ritenere che l'ordinamento d'oltreoceano assicurava a quel punto, secondo la Commissione, un livello di protezione adeguato dei dati personali così trasferiti. A ciò si aggiungeva una seconda decisione di esecuzione, la decisione 2016/2297, con la quale fu emendata una serie di clausole contrattuali tipo, originariamente allegate alla decisione 2010/87, e successivamente riformulate *ex novo* nel 2021, per regolare il trasferimento transfrontaliero dei dati anche a livello contrattuale. Interveniva poi *medio tempore* il superamento della direttiva 1995/46/CE, sostituita dal noto regolamento per la protezione dei dati personali (RGDP), con il quale veniva portata a sistema l'attuazione del diritto alla protezione dei dati personali *ex* art. 8 della Carta dei Diritti fondamentali. Segnatamente, il trasferimento transfrontaliero dei dati personali è ora ammesso, come in passato, al ricorrere di una decisione della Commissione che accerti l'esistenza di un livello di protezione adeguato presso lo Stato (o l'organizzazione internazionale) verso il quale il trasferimento è operato [5], ovvero a condizione che sia dimostrato, da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, che pres-

[2] Art. 25 par. 6 direttiva 1995/46/CE.

[3] Art. 25 par. 2 direttiva 1995/46/CE.

[4] Corte Giust., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, par. 78-87.

[5] Art. 45 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

so lo Stato terzo (o l'organizzazione internazionale), il titolare dei dati personali trasferiti goda di diritti azionabili e di mezzi di ricorso effettivi [6].

Nonostante il mutamento della cornice normativa, la *Data Protection Commissioner* invitò il Sig. Schrems a riformulare la propria istanza, in quanto anche i nuovi strumenti giuridici attuati non sembravano soddisfare *prima facie* quel livello di adeguatezza richiesto nel 2015 dalla Corte di Giustizia. A seguito di questa nuova presentazione, la *Data Protection Commissioner* avviò un procedimento giudiziario [7] dinanzi, nuovamente, alla *High Court of Justice*, e che giunse sino alla *Supreme Court*, nel cui grado fu poi formulato un secondo rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, composto da ben undici quesiti. Non è questa la sede opportuna per analizzare nel dettaglio il rinvio e la conseguente pronuncia [8], ma, ai fini della presente trattazione, è utile evidenziare come sia stata calata nuovamente la scure della Corte di Giustizia nel ritenere non soddisfatto un livello equivalente di protezione dei dati personali nel diritto statunitense. Tre sono in particolare gli atti di diritto statunitense che la Corte di Giustizia considerò per misurare la tenuta della nuova cornice normativa: la *Section 702 del Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA), l'*Executive Order* (E.O.) 12333 e la *Presidential Policy Directive 28* (PPD-28).

La *Section 702* FISA, previa autorizzazione dell'*ad hoc Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC), consente alla *National Secuirty Agency* (NSA) di operare forme di sorveglianza, come nel caso dei programmi PRISM e UPSTREAM, attraverso la raccolta presso le società di diritto statunitense di dati di cittadini stranieri che si trovino al di fuori del territorio statunitense. Così facendo, si elude l'applicazione delle garanzie previste dal IV Emendamento, che richiede viceversa la previa emanazione di un *warrant* da parte dell'autorità giudiziaria a tutela del diritto alla riservatezza. L'E.O. 12333 ammette invece il potere dell'NSA di raccogliere i dati in transito negli Stati Uniti senza alcuna garanzia giurisdizionale, per esigenze di «*foreign intelligence information*». Infine, la PPD-28, pur nel tentativo di limitare i penetranti poteri derivanti dai due atti in precedenza menzionati, riconosce comunque la possibilità di raccogliere informazioni aggregate tramite algoritmi a partire, in particolare, dai *communications providers* e *Internet hubs* [9].

Consequenziale a questo tipo di legislazione fu dunque la pronuncia di invalidità rispetto alla decisione della Commissione adottata *ex* art. 45 RGDP della Corte di Giustizia, che si servì del giudizio di proporzionalità per rilevare

---

[6] Art. 46 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[7] È interessante osservare che la facoltà di presentare un ricorso alle autorità giudiziarie da parte, in questo caso, della *Data Protection Commission* era stato precisato dalla stessa Corte Giust. (Corte Giust., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, par. 65): l'art. 28, par. 3, terzo trattino, direttiva 1995/46/CE, consente infatti all'autorità di controllo competente «[…] di promuovere azioni giudiziarie in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva ovvero di adire per dette violazioni le autorità giudiziarie». La *Commissioner* censurò quindi l'insufficienza dei rimedi giuridici apprestati dalle condizioni contrattuali tipo, che, sebbene conferissero diritti e obblighi a livello contrattuale, non erano giuridicamente vincolanti per le autorità statunitensi, facendo venire meno la componente di *enforcement* per il trasferimento transfrontaliero (*Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 2.28).

[8] Sul tema, nonché sui rilievi riassuntivi esposti sin qua rispetto alla «saga *Schrems*», si rinvia, *ex multis*, a C. GENTILE, *La saga* Schrems *e la tutela dei diritti*, in *Feder.*, n. 1, 2021, pp. 35-56.

[9] Sulla natura e sulle implicazioni giuridiche dei tre atti menzionati, si vedano C. GENTILE, *op. cit.*, p. 40-41 e I. RUBINSTEIN-P. MARGULIES, *EU Privacy Law and U.S. Surveillance*, in *Horizons: Journ. Intern. Relat. Sust. Devel.*, n. 20, 2022, pp. 59-60.

le aporie di questo nuovo quadro normativo. Il rispetto dei diritti di cui agli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei Diritti fondamentali impone infatti che, «[…] per soddisfare il principio di proporzionalità, una base giuridica che consente ingerenze nei diritti fondamentali deve definire essa stessa la portata della limitazione dell'esercizio del diritto di cui trattasi e prevedere norme chiare e precise che regolino la portata e l'applicazione della misura e impongano requisiti minimi» [10]. A tal fine, la Corte rilevò, da un lato, che «[…] l'articolo 46, paragrafo 1, e l'articolo 46, paragrafo 2, lettera c), del RGPD devono essere interpretati nel senso che le garanzie adeguate, i diritti azionabili e i mezzi di ricorso effettivi richiesti da tali disposizioni devono garantire che i diritti delle persone i cui dati personali sono trasferiti verso un paese terzo sul fondamento di clausole tipo di protezione dei dati godano di un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione da tale regolamento, letto alla luce della Carta» [11]. Dall'altro lato, quanto alla decisione di adeguatezza della Commissione, la Corte evidenziò che «[…] la Commissione ha disatteso i requisiti di cui all'articolo 45, paragrafo 1, del RGDP, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 47 della Carta», e che pertanto la decisione «[…] è incompatibile con l'articolo 45, paragrafo 1, del RGPD, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 47 della Carta» [12].

L'esito non poteva dunque che essere quello di una declaratoria di invalidità e, a fronte di tale pronuncia, si inserisce nuovamente la *Data Protection Commission*. Quest'ultima è infatti ora chiamata a verificare, tramite la *Decision IN-20-8-1*, se, a seguito della pronuncia *Schrems II*, sia garantito un lecito trasferimento transfrontaliero dei dati personali, e, in caso negativo, a esercitare i propri poteri correttivi, specificamente, come si vedrà tra breve, in materia sanzionatoria [13].

2. La decisione della *Data Protection Commission* tra vecchie e nuove prospettive del diritto amministrativo

Accanto all'intricata vicenda, cui si è fatto cenno, e di cui la decisione della *Data Protection Commission* costituisce solo uno dei diversi passaggi, occorre volgere l'attenzione anche verso il ruolo giocato dall'Autorità irlandese, in quanto ben evidenzia profili di peculiare interesse, in particolare per il diritto amministrativo e per il diritto della regolazione in generale, che, pur inquadrandosi in una tradizione ormai consolidata, aprono a valvole di ampio respiro, nazionale e sovranazionale.

Il cammino già tracciato è quello delle autorità amministrative indipendenti, altrimenti note come *agencies*, tra le quali si iscrive appunto la *Data Protection Commission* (2.1). Eppure, d'altra parte, si apprezza una significativa novità, di grande apertura degli ordinamenti nazionali degli Stati membri, e, segnatamente, delle loro pubbliche amministrazioni, chiamate appunto a svolgere la propria attività decisoria in materia di protezione dei dati personali seguendo il

[10] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 180.

[11] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 105.

[12] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 198-199.

[13] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 1.3.

peculiare modello di cui all'art. 65 RGDP, espressione di un'amministrazione sempre più intrecciata, che manifesta l'emersione di un diritto amministrativo dell'Unione europea in via di graduale consolidamento (2.2).

2.1. Sulla natura giuridica della *Data Protection Commission* e sull'esercizio dei suoi poteri correttivi

Lo sviluppo maggiormente significativo delle autorità amministrative indipendenti coincide, come noto, con la stagione delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione avviate dai governi di Reagan e della Thatcher negli anni '80 del secolo scorso, che si è poi esteso nei Paesi dell'Europa continentale occidentale [14]. Tale crescita ha imposto numerose riflessioni alla scienza giuridica, anche di carattere dogmatico, a partire dall'impatto delle *agencies* sulla separazione dei poteri. È stato efficacemente evidenziato come, nel tentativo di superare la classica tripartizione montesquieuiana, tali autorità si siano concretate in una vera e propria «*fourth branch of government*», scardinando dunque la classica e netta divisione dei poteri dello Stato, [15] posto che, da un lato, sono del tutto indipendenti dal Governo, mentre, dall'altro, soffrono di un *deficit* di legittimazione democratica data l'usuale estrazione tecnica, più che politica, dei loro componenti [16].

Da un punto di vista teorico, nell'ordinamento giuridico italiano, ma con riflessioni che possono essere agevolmente predicate anche per gli altri ordinamenti statali, è sintomatico di questo superamento l'istituto della delega, che viene conferita dal legislatore nazionale a tali autorità, per regolare tutti quei mercati, come quello digitale, connotati da una continua e repentina evoluzione, e per i quali la legge, generale e astratta per definizione, non sarebbe sufficientemente efficace [17]. Tale delega è in tanto definita in bianco, in quanto riconosce sovente alle autorità indipendenti poteri amministrativi impliciti, vale a dire «[…] ricavabili da norme che definiscono soltanto lo scopo da perseguire senza una specificazione dei presupposti e dei requisiti per l'esercizio del potere» [18].

Lo scopo del legislatore, stante «[…] l'impossibilità di prefigurare tutti i possibili casi presenti e futuri che possono verificarsi nella realtà» [19], è dunque quello di individuare, anche a spese del principio di legalità sostanziale *ex* art. 1, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, autorità amministrative indipendenti con competenze tecniche necessarie per emanare provvedimenti amministrativi destinati a incidere sui settori di loro competenza, normalmente mercati ad alta specializzazione tecnica, al fine di perseguire «[…] obiettivi generali di ca-

---

[14] C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituz.*, fasc. 1, 2016, p. 176.

[15] G. Napolitano-G. Mocavini-G. Buttarelli-R. Morgante, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2023, pp. 442-443.

[16] M. Clarich-M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p. 17.

[17] M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in questa *Rivista.*, fasc. 1, 2022, pp. 26-29.

[18] M. Clarich-M. Ramajoli, *op. cit.*, p. 17. Sul tema dei poteri amministrativi impliciti, si rinvia, per tutti, a N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

[19] M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 67.

rattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse», interessi pubblici che, in quel mercato, sarebbero difficilmente soddisfabili dal più impegnativo processo legislativo [20].

Eppure, l'individuazione di queste autorità ha originariamente prestato il fianco a diverse critiche, in quanto la loro istituzione risultava apparentemente incompatibile con il principio di legalità sostanziale, posto che le norme attributive del potere non configurano esplicitamente e precisamente nel dettato legislativo i presupposti e i requisiti per l'esercizio di tale potere [21]. Ciò sarebbe in palese contrasto costituzionale, come ben evocato dalla giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, secondo la quale lo Stato di diritto «[…] non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa» [22], proprio per scongiurare che la norma attributiva del potere non sia una «[…] norma in bianco, né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino e insindacabile per il giudice» [23].

Allora, per salvare una simile configurazione, a fronte di una dequotazione della legalità sostanziale, il giudice amministrativo italiano ha per esempio fatto ricorso al principio della legalità procedimentale [24]: è cioè nelle maglie del procedimento amministrativo che si recupera la piena legittimità dell'operare di queste autorità, in quanto, secondo il tradizionale e consueto bilanciamento di interessi, l'interesse pubblico viene comunque soddisfatto, sia esso, per esempio, in materia di energia, reti e ambiente, ovvero in materia di concorrenza [25]. In altri termini, «[l]a legalità procedurale è stata dunque concepita come una sorta di compensazione della perdita di legalità sostanziale […]» [26].

Se dunque viene garantita la tenuta costituzionale delle autorità indipendenti, soprattutto, a Costituzione invariata, in virtù del principio di imparzialità *ex* art. 97 Cost., [27] è d'altra parte innegabile il grado di pervasività dei variegati poteri amministrativi impliciti, che vengono loro attribuiti. Si tratta di poteri normativi e di poteri amministrativi *stricto sensu* (tra cui si annoverano, in particolare, i poteri sanzionatori), ma anche di poteri para-giurisdizionali [28]. Que-

---

[20] S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2020, p. 781.

[21] Cons. Stato, VI, 4 febbraio 2020, n. 879, par. 5.5. A commento della pronuncia, si rinvia a M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico: una preoccupante indistinzione tra Agcom, Antitrust, legislatore e giudice*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2021, pp. 293-304.

[22] Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115.

[23] Cons. Stato, III, 5 settembre 2019, n. 6105.

[24] La legalità procedimentale è divenuta dunque, anche in ottica comparata, la leva per assicurare che le autorità amministrative indipendenti si inseriscano all'interno dello steccato costituzionale. Si prendano, per esempio, gli Stati Uniti, la culla di questo fenomeno giusamministrativistico, dove sono state le garanzie previste dall'*Administrative Procedure Act* (1946) a gettare una cornice normativa ispirata alla legalità procedimentale per le *agencies*, superando così la *non delegation doctrine* degli anni '30, e riconducendo tali autorità verso una rinnovata separazione dei poteri, entro comunque il tracciato costituzionale. Si rinvia sul punto a M. CLARICH, *op. cit.*, p. 69.

[25] Cons. Stato, VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, par. 3.1.1.

[26] M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 30.

[27] M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in questa *Rivista.*, fasc. 2, 2018, pp. 172-174.

[28] Non è questa la sede per trattare esaustivamente della configurazione dei poteri delle autorità amministrative indipendenti. Pertanto, si rinvia il lettore a M. CLARICH, *op. cit.*, pp. 67-82.

sto complesso di prerogative attribuite alle *agencies* restituisce al tempo stesso la nuova articolazione della separazione dei poteri, che registra un arretramento del legislatore a favore di amministrazioni tecniche, la cui attività (amministrativa) – e qui si ritrova la chiave di volta del sistema – non è però scardinata dallo Stato di diritto, ma è riportata nel suo steccato attraverso il pur sempre possibile sindacato giurisdizionale del giudice (amministrativo, per l'ordinamento giuridico italiano) [29].

Premesso questo quadro teorico, si può allora meglio incorniciare la figura della *Data Protection Commission* qui in commento. Tale Autorità è istituita in virtù della Parte II del *Data Protection Act* del 2018 ed è un'*agency* amministrativa di diritto irlandese chiamata, *inter alia*, a «*[…] monitor the lawfulness of processing of personal data […]*» [30].

Al pari del Garante per la protezione dei dati personali nell'ordinamento giuridico italiano, la *Data Protection Commission* è poi l'autorità nazionale irlandese che deve essere informata ai princìpi di indipendenza [31] e di trasparenza nella procedura di nomina dei suoi componenti, [32] al fine di sorvegliare e assicurare la corretta applicazione sul territorio nazionale del RGDP [33]. In effetti, quest'ultimo «[…] riveste un'importanza particolare nel contesto di un trasferimento di dati personali verso un paese terzo, in quanto, come risulta dallo stesso tenore letterale del considerando 116 di tale regolamento, "con i trasferimenti transfrontalieri di dati personali al di fuori dell'Unione potrebbe aumentare il rischio che la persona fisica non possa esercitare il proprio diritto alla protezione dei dati, in particolare per tutelarsi da usi o comunicazioni illeciti di tali informazioni"» [34]. A ciò si aggiungano l'obiettivo di «[…] tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento […]» dei dati, nonché il compito di «[…] agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione» [35].

La *Data Protection Commission*, a differenza dei suoi omologhi negli altri Stati membri dell'Unione europea, gode inoltre di una posizione privilegiata *de facto*, la quale deriva dalla presenza, nel territorio irlandese, delle sedi legali europee della maggioranza delle *big tech*. Pertanto, è stato efficacemente osservato come «*[…] the interpretation of Irish data protection law has repercussions throughout the European Union*» [36]. Infatti, al di là degli eventuali epiloghi che una vicenda nazionale possa avere dinnanzi alle Istituzioni dell'Unione, segnatamente la Commissione e la Corte di Giustizia, è la *Data Protection Commission* irlandese è a essere il primo, e talvolta unico, punto di contatto delle società dell'ICT, in altri termini, a essere il loro «*lead regulator*» [37].

Ne è un esempio significativo proprio la decisione in esame, nella quale

---

[29] Sul sindacato del giudice amministrativo rispetto ai provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, risultano ancora attuali le considerazioni di R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2002, pp. 792-802.

[30] Section 12, *Data Protection Act* (2018).

[31] Art. 52 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[32] Art. 53 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[33] Art. 57 par. 1, lett. a), regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[34] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 108.

[35] Art. 51 par. 1 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[36] A. MULLIGAN, *Constitutional Aspects of International Data Transfer and Mass Surveillance*, in *Irish Jurist*, vol. 55, 2016, p. 199.

[37] A. MULLIGAN, *op. cit.*, p. 199.

viene più volte messo in evidenza, con riguardo al trasferimento transfrontaliero dei dati dall'Unione europea agli Stati Uniti, il rapporto societario intercorrente tra Meta U.S. (Meta Platforms, Inc.), la società madre (*parent company*) con sede a Menlo Park (California), e Meta Ireland (Meta Platforms Ireland Limited), la società figlia (*subsidiary*) con sede a Dublino. Ne deriva dunque che, in materia di protezione dei dati personali, è in primo luogo la *Data Protection Commission* a esercitare i penetranti poteri propri di un'autorità amministrativa indipendente, divenendo così il primo presidio di tutela dei dati personali per l'Unione europea.

Dalla decisione in esame, riccamente articolata in dieci sezioni, si evince pienamente l'esercizio di tali poteri, la cui fonte giuridica è duplice, vale a dire sia di diritto UE, che di diritto irlandese. Il legislatore dell'Unione europea individua infatti i compiti che le autorità nazionali sono chiamate a svolgere [38], nonché l'insieme dei poteri correttivi che possono essere da queste esercitati [39], al fine di porre un rimedio alla violazione dei dati personali eventualmente intervenuta. È possibile dunque annoverare, per esempio, in un'ottica paragiurisdizionale, la trattazione dei reclami proposti in caso di violazione dei dati personali, [40] ma anche, secondo una prospettiva calata nel ruolo di legislatore, l'adozione delle clausole contrattuali inserite nell'apposito contratto per il trattamento economico del responsabile del trattamento *ex* art. 28 RGDP [41]. Si ricordano poi, secondo il tradizionale prisma di diritto amministrativo, i poteri di indagine [42], nonché i poteri sanzionatori, inquadrati nella più ampia cornice dei poteri correttivi, e che devono essere esercitati secondo le condizioni generali di cui all'art. 83 del RGDP [43].

Il diritto irlandese, stante la clausola prevista dall'art. 58, par. 6, RGDP, che consente agli Stati membri di attribuire ulteriori poteri alle proprie autorità nazionali competenti, procedimentalizza poi l'agire della *Data Protection Commission* che avvii *motu proprio* un'indagine [44], e specifica, in concorrenza con il diritto UE, l'esercizio dei poteri correttivi, tra cui quelli sanzionatori [45].

La ricostruzione del quadro normativo rilevante è servente per inquadrare i poteri che la *Data Protection Commission* esercita nel caso di specie. Infatti, dopo aver accertato la perdurante violazione del diritto UE in materia di protezione dei dati personali, anche grazie alla ricostruzione, nella sezione VIII della decisione in commento, delle tappe che hanno interessato a più riprese il tema del trasferimento transfrontaliero dei dati personali, alla luce dei due arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, la *Data Protection Commissioner* individua, nella sezione IX della decisione, quali misure correttive debbano essere adottate. In tal modo, si comprende anche il ruolo che riveste tale *agency* in una vicenda, come quella in esame, che, per ben due volte, è stata testimone dell'ormai insostituibile intreccio tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento dell'Unione europea. Così, l'intervento a valle in materia correttiva

[38] Art. 57 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[39] Art. 58 par. 2 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[40] Art. 57 par. 1 lett. f), regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[41] Art. 57 par. 1 lett. j), regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[42] Art. 58 par. 1 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[43] Art. 58 par. 2, lett. i), regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[44] Section 111, *Data Protection Act* (2018).

[45] Section 115 par. 1 *Data Protection Act* (2018).

della *Data Protection Commission* è volto, dopo aver preso atto dei *dicta* della Corte di Giustizia, a esercitare, da un lato, l'ordine di sospensione del trasferimento transfrontaliero dei dati personali e, dall'altro lato, a imporre una sanzione amministrativa pecuniaria.

L'esercizio del primo potere correttivo era pressoché inevitabile. Per ben due volte, la Corte di Giustizia aveva rilevato l'inadeguatezza del diritto statunitense a garantire un livello equivalente di protezione dei dati personali. Posto che «*[…] it is only where the EU controller fails to guarantee the required protection, that the supervisory authority is required to take action*» [46], «[…] la sospensione del trasferimento di dati e/o la risoluzione del contratto hanno natura obbligatoria per il titolare del trattamento qualora il destinatario del trasferimento non sia, o non sia più, in grado di rispettare le clausole tipo di protezione dei dati» [47].

A seguito della pronuncia di invalidità della decisione di adeguatezza della Commissione *ex* art. 45 RGDP, l'attenzione della *Data Protection Commission* si volge ora all'art. 46 RGDP, che consente appunto il trasferimento transfrontaliero dei dati personali in assenza di una decisione di adeguatezza. In particolare, la *Data Protection Commissioner*, riferendosi alle pronunce *Schrems I* e *Schrems II*, evidenzia diffusamente, nella sezione VII della decisione, la violazione dell'art. 46 RGDP derivante dall'assenza nel diritto statunitense di garanzie adeguate rispetto ai diritti azionabili e ai mezzi di ricorso effettivi, che non potrebbero essere pertanto esperiti da parte dei titolari dei dati personali così trasferiti. [48] Infatti, né le clausole contrattuali tipo, già falcidiate dalla Corte di Giustizia, e modificate nel 2021, né le ulteriori misure supplementari adottate da Meta a seguito della pronuncia *Schrems II* soddisfano un livello equivalente a quello di diritto UE per la protezione dei dati personali [49].

Pertanto, ritenuta sussistente la violazione dell'art. 46 RGDP, la *Data Protection Commissioner*, come anche suggerito nelle pagine della Corte di Giustizia, decide (discrezionalmente) di ordinare la sospensione del trasferimento transfrontaliero dei dati personali, per porre fine alla perdurante inosservanza della norma in questione [50]. Viene correttamente evidenziato che «*[…] what is required when considering the adoption of corrective measures under Article 58(2) RGDP is an assessment of what is "appropriate, necessary and proportionate in view of ensuring compliance with" the RGDP*» [51]. Infatti, in ossequio al principio di proporzionalità, «[…] qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e […] gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti». [52] Alla luce della valutazione discrezionale della *Data Protection Commissioner*, nella scelta tra i poteri correttivi da esercitarsi nel caso di specie, si ritiene che l'ordine di sospensione del trasferimento transfrontaliero dei dati personali sia la misura meno onerosa, e quindi più appropriata, per raggiungere l'obiettivo di

[46] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.8.

[47] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 140.

[48] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 7.46-7.82.

[49] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 7.202.

[50] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.25.

[51] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.21.

[52] Corte Giust., 13 novembre 1990, causa C-331/88, par. 13.

cessare la violazione dell'art. 46 RGDP.[53] Osserva, tra l'altro, la *Data Protection Commissioner* che tale ordine di sospensione è addirittura preferibile rispetto a un divieto permanente, poiché è possibile che in futuro Meta sarà in grado di soddisfare le condizioni previste dal diritto UE, procedendo quindi a un lecito trasferimento transfrontaliero, tale da giustificare il venir meno della sospensione[54].

Per quanto concerne invece il ricorso al potere sanzionatorio, occorre operare una considerazione preliminare, che riguarda il modello di decisione che è stato adottato in seno alla *Data Protection Commission*, vale a dire la procedura *ex* articolo 65 RGDP, della quale si passa ora a trattare.

2.2. Sulla procedura di decisione *ex* articolo 65 RGDP

Tra le sue disposizioni, il RGDP contiene un articolato normativo di particolare rilevanza per i temi qui evidenziati, che si estrinseca nel Capo VII sulla *Cooperazione e coerenza*. In particolare, l'art. 60 RGDP individua una procedura di decisione, meglio di co-decisione, che impone all'autorità capofila (*leading supervisory authority*), vale a dire l'autorità nazionale *ex* art. 57 RGDP procedente, di sottoporre alle altre autorità nazionali interessate dal procedimento avviato, un progetto di decisione[55]. Le autorità nazionali potranno quindi procedere a sollevare obiezioni rispetto alla bozza di decisione dell'autorità capofila, la quale dovrà, a quel punto, dare seguito a tali obiezioni, ovvero, laddove non intenda darvi seguito, fare ricorso al meccanismo di coerenza applicativa *ex* art. 63 RGDP[56].

Per garantire un'applicazione coerente del RGDP, nell'ambito di tale meccanismo, è prevista *ex* art. 65 RGDP l'adozione di una decisione vincolante dello *European Data Protection Board* (EDPB) «[…] in un caso di cui all'articolo 60, paragrafo 4, un'autorità di controllo interessata [abbia] sollevato un'obiezione pertinente e motivata a un progetto di decisione dell'autorità capofila o l'autorità capofila [abbia] rigettato tale obiezione in quanto non pertinente o non motivata. La decisione vincolante riguarda tutte le questioni oggetto dell'obiezione pertinente e motivata, in particolare se sussista una violazione del presente regolamento»[57].

Il ricorso alla procedura di decisione *ex* art. 65 RGDP si è avuto anche nel caso qui in commento. La *Data Protection Commissioner*, nell'ambito del progetto di decisione, aveva a suo tempo ritenuto come, a differenza dell'ordine di sospensione, l'imposizione di una sanzione amministrativa pecuniaria non fosse «*[…] appropriate, proportionate or necessary to direct Meta Ireland to procure the return and/or deletion of some or all of the personal data that have already been transferred to Meta US*», innescando con ciò le obiezioni delle autorità nazionali di Austria, Spagna, Francia e Germania.[58] Dato che l'Autorità irlandese non ha accolto tali obiezioni, si è reso necessario l'intervento dell'EDPB, chiamato a dare coerenza sul territorio dell'Unione europea all'applicazione del RGDP nel caso di specie.

---

[53] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.29-9.30.

[54] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.46.

[55] Art. 60 par. 3 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[56] Art. 60 par. 4 regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[57] Art. 65 par. 1, lett. a), regolamento (UE) n. 2016/679 (RGDP).

[58] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.50.

In primo luogo, l'EDPB si interroga sul carattere doloso o colposo della violazione della società in questione. Il Comitato si esprime nel senso del carattere colposo («*the highest degree of negligence*»), derivante dalla violazione del *duty of care* richiesto a Meta, in particolare dalla società figlia di diritto irlandese [59]. Nel diritto di *common law*, in materia di *tort law*, il *duty of care* è un obbligo «*[…] on one person to act for the benefit of another*», derivante dalla circostanza per cui «*[...] persons who choose to engage in risk-creating activity owe a duty of care to others who might foreseeable be injured by that activity*». [60] Tale violazione comporta un «*[…] high residual risk for the rights and freedoms of the data subjects*», che è appunto provocato dall'assenza di tutele nel diritto statunitense [61].

Tanto ciò premesso, unitamente alla considerazione che «*[…] effective corrective measures can be combined, as long as the requirements of Article 83 RGDP are met* [62]», l'EDPB ritiene che l'imposizione di un ordine di sospensione del trasferimento transfrontaliero dei dati personali non sia, da solo, una misura correttiva sufficiente per l'effettivo *enforcement* del RGDP. [63] Ne deriva pertanto che la *Data Protection Commission* sarà tenuta a imporre una sanzione amministrativa pecuniaria, liquidata secondo le condizioni dell'art. 83 RGDP e le linee guida elaborate dall'EDPB, tenendo comunque conto, *inter alia*, della natura, della gravità e della durata della violazione *de qua*, nonché della natura e dello scopo del trattamento dei dati personali, una volta operato il trasferimento transfrontaliero [64].

A fronte della decisione vincolante dell'EDPB, residuano limitati margini di discrezionalità della *Data Protection Commissioner*, che è quindi chiamata a ottemperare al *dictum* del Comitato.

Nella liquidazione della sanzione amministrativa pecuniaria, la *Data Protection Commissioner* mette in atto il *fining cap* per le imprese *ex* art. 83, par. 5, RGDP, determinato applicando il coefficiente del 4% al fatturato mondiale totale annuo (riferito all'anno precedente) di Meta. L'applicazione di tale coefficiente comporta un ulteriore aggravio per Meta, dato che l'Autorità irlandese considera rilevante il rapporto societario infragruppo tra Meta U.S. e Meta Ireland, in quanto ritiene sussistente, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata [65], l'esercizio di una «*decisive influence*» da parte di Meta U.S. su Meta Ireland. Tale influenza deriva dalla detenzione di Meta U.S. del capitale di maggioranza di Meta Ireland, che è tale da far reputare anche la prima responsabile per la violazione del diritto UE in materia di dati personali, e da giustificare così l'applicazione del coefficiente del 4% al fatturato totale annuo dell'intero gruppo societario, per l'importo finale di 1,2 miliardi di euro della sanzione amministrativa pecuniaria [66]. Si realizzerebbe in tal modo, secondo l'Autorità irlandese, «*[t]he requirement for any fine to be effective*» attraverso il suo effetto deterrente e il suo carattere proporzionato, valu-

---

[59] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 113.

[60] J.W. GLANNON, *The Law of Torts*, V. Ed., Wolters Kluwer, New York, 2015, p. 277.

[61] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 122.

[62] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 83.

[63] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 169.

[64] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, parr. 172-174.

[65] Corte Giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, par. 21, 226; Corte Giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08, par. 58-61.

[66] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, parr. 9.112-9.122.

tato alla luce «*[…] to not exceed what is necessary to achieve the stated objective*», [67] vale a dire reagire alla violazione dell'art. 46 RGDP. Così facendo, tra l'altro, si rende, secondo un recente parallelismo, tale sanzione analoga, quanto al suo carattere afflittivo, alle sanzioni in materia penale [68].

Accanto all'ingente sanzione amministrativa pecuniaria da irrogarsi, l'EDPB, accogliendo le obiezioni dell'autorità francese e di quella tedesca, impone inoltre alla *Data Protection Commission* irlandese di adottare un ordine, da implementarsi entro sei mesi, di *compliance* con il diritto UE per il trattamento dei dati personali trasferiti prima dell'adozione dell'ordine di sospensione inflitto dalla stessa *Data Protection Commissioner*. [69] Quest'ultimo presenta infatti un'efficacia *pro futuro*, in quanto si applica unicamente ai trasferimenti futuri ed eventuali, ma non anche a quelli già verificatisi. [70] Pertanto, occorre un'ulteriore misura correttiva, individuata appunto dall'EDPB, e imposta dalla *Data Protection Commission*, che è quindi vincolata alla decisione *ex* art. 65 RGDP. Al pari dell'ordine di sospensione, l'Autorità irlandese ritiene però di irrogare, anche in questo secondo caso, una misura correttiva temporanea, che potrà essere ritirata dall'autorità amministrativa, qualora il nuovo quadro normativo statunitense rispetti i requisiti imposti dal diritto UE, anche con riguardo ai trasferimenti già avvenuti in passato. [71]

La decisione, così come intrecciata con la procedura *ex* art. 65 RGDP, diviene dunque vincolante, stante la possibilità di proporre ricorso giurisdizionale contro la stessa ai sensi della *Section 250* del *Data Protection Act*, nonché ricorso per annullamento *ex* art. 263 TFUE contro la decisione dell'EDPB [72]. Decorre inoltre un periodo di dodici settimane, prima che l'ordine di sospensione divenga effettivo, durante il quale Meta è tenuta a rendere noti alla *Data Protection Commission* i meccanismi di *compliance* che intende adottare, nonché le modalità di comunicazione di tali meccanismi ai propri utenti [73].

Al di là del merito, tale decisione, meglio il combinato disposto della decisione dell'EDPB e di quella della *Data Protection Commission*, offre ancora qualche spunto di riflessione. La procedura di decisione *ex* art. 65 RGDP rende plasticamente evidente l'intreccio tra l'autorità amministrativa dell'Unione europea e l'autorità amministrativa nazionale, configurando in maniera tangibile l'esistenza di un diritto amministrativo dell'Unione europea. [74] In particolare, l'intreccio che, nel caso di specie, si evidenzia tra la *Data Protection Commission* e l'EDPB (unitamente alle altre autorità nazionali interessate) può essere inquadrato nella cd. co-amministrazione, nell'ambito della quale si individua «[…] un soggetto nazionale al quale viene attribuito in modo formale e obbli-

---

[67] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.98.

[68] Sul punto si rinvia a P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, fasc. 6, 2018, p. 1073-1103.

[69] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 240.

[70] *European Data Protection Board*, *Binding Decision 1/2023*, 13 aprile 2023, par. 226.

[71] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 9.51.

[72] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 10.4.

[73] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 10.6.

[74] Sui modelli di amministrazione diretta, indiretta e intrecciata si rinvia a B. MARCHETTI, *Il diritto amministrativo e le regole prodotte oltre lo Stato*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 53-99. Segnatamente con riguardo alle autorità amministrative indipendenti, il riferimento, ancora attuale, corre a F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 1, 2006, pp. 27-62.

gatorio il compito di svolgere in proprio una determinata attività, che si rivela necessaria e indispensabile per lo svolgimento di una funzione comunitaria» [75]. Si comprende agevolmente nel caso *de quo* che la funzione comunitaria, *rectius* dell'Unione europea, è quella di garantire uno *standard* adeguato di tutela di protezione dei dati personali, la cui uniformità applicativa è data, di volta in volta, dalle decisioni dell'EDPB, anche se poi spetta alle singole autorità nazionali dare effettiva implementazione del diritto UE.

Se ne ricava dunque una trama intrecciata, nella quale l'EDPB, anziché essere un "giudice" di ultima istanza, è chiamato a evitare una disintegrazione del diritto UE, che può essere provocata dalle diverse sensibilità nazionali, soprattutto in una materia, quale quella dei dati personali, che solleva numerose e delicate questioni, che incidono sulla *privacy* del singolo e sulla sicurezza nazionale della collettività. Si può quindi apprezzare come l'integrazione europea, anche sul piano del diritto amministrativo, accresca lo *standard* di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, fortemente incise dal mercato digitale, grazie a un'«[…] originale combinazione degli elementi sovranazionali e intergovernativi, che rende possibile mantenere un significativo ruolo agli Stati, [i quali] nel mentre […] affidano alla Comunità [*rectius*, all'Unione europea] parti sempre più rilevanti delle rispettive sovranità, con un progressivo ma non traumatico spostamento del centro di gravità verso [l'Unione europea] stessa ed una prospettiva di sovranità condivisa» [76].

3. La distanza tra il diritto dell'Unione europea e il diritto statunitense in materia di protezione dei dati personali

Il fattore scatenante da cui prende le mosse l'intera vicenda dapprima ricordata è senza dubbio la distanza che si registra in materia di protezione dei dati personali tra il diritto UE e il diritto statunitense [77]. Sulle soglie del nuovo millennio, fu infatti efficacemente evidenziato come l'Unione europea stesse sempre più rivestendo il ruolo di «*privacy cop to the world*» [78]. In questa battuta, si riassume non solo la distanza che intercorre appunto tra i due ordinamenti giuridici in questione, ma si comprende più in generale la strategia regolatoria che l'Unione europea intende adottare con riguardo al fenomeno digitale, nel quale rientra a pieno titolo la protezione dei dati personali.

Per il settore digitale, viene infatti spesso predicato il tentativo da parte dell'Unione europea di raggiungere una "sovranità digitale europea", che rimanda a un progetto politico, più che giuridico, di ampio respiro. [79] L'attenzione posta dall'Unione europea, soprattutto nell'ultimo decennio, alle dinamiche sottese ai fenomeni digitali è sintomatica di un cambio di passo, volto a costruire «[...] un

---

[75] E. CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 61.

[76] M.P. CHITI, *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o «Monstro simile»?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, fasc. 3-4, 1996, pp. 606-607.

[77] Sul nuovo percorso intrapreso dall'Unione europea, si rinvia a F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in questa *Rivista.*, fasc. 2, 2021, pp. 238-243.

[78] D. SCHEER, *For Your Eyes Only – Europe's New High Tech Role: Playing Privacy Cop to the World*, in *The Wall Street Journal*, 10 ottobre 2003.

[79] G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 3, 2022, p. 811.

mercato in cui [sia] garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività *online* in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali» [80]. Di conseguenza, l'Unione europea intende rivendicare un proprio spazio nel contesto internazionale, competendo con gli altri *players*, segnatamente la Cina e gli Stati Uniti, non tanto «sulla produzione tecnologica, bensì su quella normativa» [81]. In altri termini, l'Unione europea sta affermando un proprio ruolo da *regulator* rispetto ai suoi *competitors*, per contenere il fenomeno digitale e governare il mercato digitale, al fine di operare un bilanciamento tra i particolari bisogni propri di questo nuovo mercato e la tutela dei diritti dei cittadini dell'Unione europea, tra cui anche il diritto alla protezione dei dati personali, ormai qualificabile, alla luce dell'art. 8 della Carta dei Diritti fondamentali, alla stregua di un diritto fondamentale [82].

Lo sviluppo di *Internet* e il suo ingresso così pervasivo nella quotidianità, come si registra, d'altronde, proprio nella materia della protezione dei dati personali, hanno infatti mostrato che la tendenza originaria, "cyberlibertaria", [83] di non intervento normativo nella regolazione dei fenomeni digitali abbia prestato il fianco, quantomeno dalla prospettiva dell'Unione europea, a diverse critiche. L'assenza originaria di gerarchia di *Internet* è stato il terreno fertile per le *big tech*, affinché queste ultime potessero affermare una loro gerarchia, determinando così un'eterogenesi dei fini. Quel mondo digitale, che era nato come espressione della libertà individuale, in assenza di regole, sta ora mostrando la necessità di implementare una normativa, proprio per frenare lo strapotere conquistato dalle società del settore [84].

La materia della protezione dei dati personali ha rappresentato, soprattutto con l'adozione del RGDP nel 2016, il primo atto di concretizzazione della strategia per il digitale dell'Unione europea, che è culminata in una serie di *acts* più recenti [85], i quali introducono regole rispetto a delicati settori di mercato, dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale [86] alla tutela della concorrenza [87], pas-

---

[80] Commissione Europea, 6 maggio 2015, COM/2015/192, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, par.1, p. 3.

[81] G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 822.

[82] A. EL KHOURY, *The Safe Harbour is not a Legitimate Tool Anymore. What Lies in the Future of EU-USA Data Transfers*, in *Eur. Jour. of Risk Regul.*, vol. 6, n. 4, 2016, p. 662, p. 664.

[83] J.P. BARLOW, *Declaration of Independence of Cyberspace*, 1996, disponibile a *https://www.eff.org/it/cyberspace-independence*.

[84] L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 67-68.

[85] È interessante evidenziare come la legislazione più recente dell'Unione si esprima per il tramite di *acts*. Questo fenomeno, che è stato detto di «"*act-ification*"», sulla scorta del modello di *common law*, sembrerebbe indicare la creazione di un «*European public space*», espressione tangibile di una protezione più definita dei diritti dei cittadini dell'Unione. Sul tema, si veda V. PAPAKONSTANTINOU, *The "Act-Ification" of EU Law: The (Long-Overdue) Move Towards "Eponymous" EU Legislation*, in *Eur. Law Blog*, 26 gennaio 2021.

[86] Il richiamo è all'*Artificial Intelligence Act*. Per la complessità delle questioni giuridiche poste dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale e da una sua regolazione, si rinvia a, *ex multis*, M. EBERS-V.S.R. HOCH-F. ROSENKRANZ-H. RUSCHEMEIER-B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society* (RAILS), in *Multidisc. Scien. Jour.*, vol. 4, 2021, pp. 589-603.

[87] Ci si riferisce al Regolamento (UE) 2022/1925, altrimenti noto come *Digital Markets Act* (DMA), che introduce, accanto al tradizionale diritto *antitrust*, che interviene a posteriori rispetto

sando per la protezione del diritto alla libertà di espressione [88], soprattutto in relazione al diritto a essere informati per come inquinato dalle *fake news* [89], e del pluralismo informativo *online* [90]. Così facendo, l'Unione europea ha compiuto una scelta dal significato politico molto forte, decidendo di «[…] regolare […] fenomeni che non possono più essere lasciati nell'indifferenza delle istituzioni» [91], affinché «[…] i diritti già garantiti nel mondo reale lo siano anche in quello virtuale, seguendo la linea guida che sollecita a parificare la tutela dei diritti *online* a quella garantita *offline*» [92].

Di tutti questi cambiamenti, gli Stati Uniti non restano che passivi osservatori. Il ruolo proattivo svolto dall'Unione europea non è affatto condiviso dalle autorità statunitensi, che prendono le distanze dalla strategia normativa di Bruxelles, adottando una tutela davvero minimale dei diritti dei propri cittadini nell'ecosistema digitale, anche in materia di protezione dei dati personali. In effetti, in tale settore, la cornice normativa statunitense è ancipite, un vero e proprio «*patchwork approach*», nel quale, accanto ai «*sectoral laws*», si staglia l'«*industry self-regulation*» [93]. Di conseguenza, alla più rigida regolazione dell'Unione europea, si contrappongono parametri molto più laschi nel diritto statunitense, che sicuramente fanno sorgere timori tra le Istituzioni dell'Unione europea, benché la Corte Suprema abbia stabilito che si estendono anche ai dispositivi digitali le garanzie previste dal IV Emendamento, e quindi il previo ottenimento di un *warrant* da parte dell'autorità giudiziaria, per procedere alla loro perquisizione [94]. Si tratta naturalmente di un diritto centrale nell'ambito del procedimento penale, ma che mostra allo stesso tempo le deboli garanzie previste dal diritto statunitense in materia di protezione dei dati personali al di fuori della materia penale.

Se si vuole, il punto di caduta è rappresentato dall'esteso affidamento che il diritto statunitense fa sull'*industry self-regulation*, che certo difficilmente soddi-

---

al verificarsi dell'illecito concorrenziale, una serie di obblighi *ex ante* in materia di tutela della concorrenza. Si veda sul tema, *ex multis*, M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, fasc. 4, p. 1069-1083. Delicato è il tema della concorrenza nei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione europea per via dei modelli parzialmente differenti che ivi si adottano e sulla cui tenuta si rinvia a F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in Questa *Rivista.*, fasc. 1, 2020, pp. 13-28.

[88] Il riferimento corre invece in questo caso al Regolamento (UE) 2022/2065, noto anche come *Digital Services Act* (DSA), che interviene, *inter alia*, a tutela della libertà di espressione rispetto a talune peculiari minacce dell'ambiente digitale, quali la disinformazione e l'*hate speech*. Sul punto, si veda, *ex multis*, G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali* online *nel diritto dell'UE*, in *Feder.*, n. 1, 2022, pp. 80-126.

[89] Sul punto, si rinvia, *ex multis*, a F. DONATI, Fake news *e libertà di informazione*, in *Riv. dir.* media, fasc. 2, 2018, pp. 440-446.

[90] Il rinvio è alla Proposta di Regolamento dello *European Media Freedom Act* (COM/2022/457) per la tutela del pluralismo informativo *online*, nell'intreccio con il diritto tradizionale dell'Unione europea in materia. Sul tema, si veda, *ex multis*, G. MUTO, European Media Freedom Act*: la tutela europea della libertà dei* media, *Riv. dir.* media, fasc. 3, 2022, pp. 209-236.

[91] B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 4, 2022, p. 998.

[92] A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *Quad. AISDUE*, n. 15, 2023, p. 330.

[93] F.-S. GADY, *EU/U.S. Approaches to Data Privacy and the "Brussels Effect": A Comparative Analysis*, in *Georgetown Journ. Inter. Affairs*, 2014, pp. 12-13.

[94] *U.S. Supreme Court*, 25 giugno 2014, 134 S.Ct. 2473, causa *Riley c. California*, pp. 2514-2519.

sfa le esigenze di tutela dei dati personali degli utenti delle piattaforme digitali. La *self-regulation* è infatti una fonte di auto-normazione, nella quale il *target*, vale a dire il soggetto destinatario su cui ricade tale regolazione, coincide con il *regulator*, ossia il soggetto che pone la stessa.[95] Naturalmente, la discrezionalità è massima, posto che è il soggetto destinatario della regolazione che stabilisce quali regole troveranno a esso applicazione, a differenza della *regulation*, quale fonte di etero-normazione, dove la discrezionalità del soggetto *target* è minima, visto che le norme, che a esso si applicheranno, sono decise da un soggetto terzo, come, per esempio, il legislatore dell'Unione europea[96].

In questo modo, la *self-regulation* offre lo strumento giuridicamente rilevante per vestire gli interessi economici dei gestori delle piattaforme digitali sottesi alle loro attività imprenditoriali, dato che le norme sono poste direttamente dai loro destinatari. Si prendano, per esempio, le condizioni d'uso elaborate da Meta per la *community* di *Facebook*. Le regole in materia di moderazione e/o rimozione dei contenuti e/o degli *accounts* sono previste non tanto per garantire il corretto esercizio della libertà di espressione degli utenti, senza che esso sia lesivo dei diritti altrui, quanto, più che altro, per consentire di «creare una *community* e far crescere le aziende»[97]. Il bene a cui i gestori delle piattaforme digitali ambiscono attraverso il perseguimento di questi interessi economici è rappresentato dai dati personali, dalla cui interazione si determina una loro perenne immissione nel mercato digitale, che segue una crescita esponenziale, senza fine[98]. Dal punto di vista economico, si origina una *data driven economy*, nella quale il valore commerciale dei dati esprime quell'*information cost* che gli utenti sostengono per accedere ai servizi offerti dai gestori delle piattaforme digitali, i cui profitti derivano dalla raccolta e dal successivo impiego (per esempio, per la creazione di pubblicità personalizzata) dei dati personali degli utenti tramite algoritmi di profilazione, oggi in via di sostituzione da parte dei più sofisticati sistemi di intelligenza artificiale[99]. Di conseguenza, da un'interazione sempre più frequente tra gli utenti di una stessa *community*, il gestore della piattaforma digitale si assicura la massimizzazione dei profitti derivanti dall'economia e dal mercato dei dati. Questa è la ragione per la quale, per esempio, lo scopo di Meta è quello di creare una *community* di *Facebook*, dove gli utenti possano esprimersi apertamente sui temi e i dibattiti che «[…] hanno a cuore, anche se alcune persone potrebbero essere in disaccordo o trovarli discutibili»[100].

Tanto ciò premesso, la situazione si complica ulteriormente nel caso di specie, nella misura in cui il trattamento dei dati personali, nel rapporto infra-

---

[95] C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. BADWIN-M. CAVE-M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

[96] M. RAMAJOLI, Self regulation, soft regulation *e* hard regulation *nei mercati finanziari*, in questa *Rivista.*, fasc. 2, 2016, pp. 51-73.

[97] Meta, *Standard della Community di* Facebook, disponibile a *https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/*.

[98] V. ZENO-ZENCOVICH, *Legal Epistemology in the Times of Big Data*, in S. FARO-G. PERUGINELLI (a cura di), *Law Via the Internet 2018. Knowledge of the Law in Big Data Age*, IOS Press, Amsterdam, 2019, p. 5.

[99] G. COLANGELO, Big data*, piattaforme digitali e* antitrust, in *Merc. conc. reg.*, fasc. 3, 2016, p. 427. Sui risvolti giuridici dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, si rinvia a F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, fasc. 1, 2020, pp. 415-436.

[100] Meta, *Standard della Community di* Facebook.

gruppo tra Meta Ireland e Meta U.S., conosce epiloghi ancora più preoccupanti. Il trasferimento transfrontaliero comporta infatti la possibilità per le autorità statunitensi di ottenere l'accesso dei dati dei cittadini dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo. Come evidenziato in precedenza, l'NSA, nell'ambito dei programmi PRISM e UPSTREAM, in virtù dell'autorizzazione derivante dalla *Section 702* FISA, gode del potere di raccogliere i dati personali presso qualsiasi società di diritto statunitense e di utilizzarli per esigenze di «*foreign intelligence information*», traducendosi però in una forma indiscriminata di sorveglianza di massa, in contrasto con il diritto UE in materia di protezione dei dati personali.

4. Conclusione: verso la creazione di *global rules*

In attesa delle prossime tappe evolutive, con l'avvertenza che «[…] *EU officials hope to avoid a "Schrems III" scenario in which they make concessions to the U.S. only to see the CJEU strike down a new agreement*», [101] è possibile tentare una riconciliazione delle diverse posizioni degli ordinamenti giuridici dell'Unione europea e degli Stati Uniti [102]?

Come evidenziato in dottrina, [103] nel caso *Schrems II*, la Corte di Giustizia ha suggerito, per evitare di ammettere il ricorrere di una lacuna normativa a seguito della sua pronuncia cassatoria, di fare ricorso all'art. 49 RGDP. [104] Tale norma ammette, in via derogatoria e in assenza di una decisione di adeguatezza *ex* art. 45 RGDP, ovvero di garanzie adeguate *ex* art. 46 RGDP, il trasferimento di dati personali, vuoi al ricorrere del consenso del titolare di tali dati, vuoi al ricorrere di una delle condizioni di necessità indicate dalla norma stessa [105]. Eppure, tale via presta il fianco a uno "scontro istituzionale", in quanto le linee guida elaborate in seno all'EDPB mostrano come le deroghe riconosciute dall'art. 49 RGDP siano riferibili solo a trasferimenti occasionali o non ripetitivi, non potendo pertanto divenire la nuova norma di riferimento per regolare il trasferimento transfrontaliero dei dati personali tra l'Unione europea e gli Stati Uniti [106]. Tra l'altro, si trova riprova di ciò anche nel caso qui commentato, nel quale la *Data Protection Commissioner* ha evidenziato come il ricorrere di un sistematico trasferimento transfrontaliero, come quello operato da Meta dall'Unione europea agli Stati Uniti, non possa rientrare tra le dero-

[101] I. Rubinstein-P. Margulies, *op. cit.*, p. 59.

[102] Il 25 marzo 2022 è stato infatti siglato un nuovo accordo internazionale tra l'Unione europea e gli Stati Uniti, denominato *EU-US Data Privacy Framework*, per apportare nuovamente le modifiche utili al fine di implementare un quadro normativo che sia finalmente rispettoso del diritto UE in materia di protezione dei dati personali. Tuttavia, la relativa decisione di esecuzione della Commissione *ex* art. 45 RGDP non è ancora stata adottata. Pertanto, per la vicenda in esame, come anche evidenziato dalla *Data Protection Commissioner* (cfr. *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 2023, nota 205), tale nuova normativa non è (ancora) giuridicamente rilevante. Su tale nuovo accordo e sui primi rilievi in dottrina si rinvia a M. Giacalone, *Verso* Schrems III*? Analisi del nuovo* EU-US Data Privacy Framework, in *Quad. eur.*, vol. 8, n. 1, 2023, pp. 149-157.

[103] C. Gentile, *op. cit.*, pp. 54-55.

[104] Corte Giust., 16 luglio 2020, causa C-311/18, par. 202.

[105] Art. 49, regolamento (UE) 2016/679 (RGDP).

[106] *European Data Protection Board*, *Guidelines 2/2018*, 25 maggio 2018.

ghe riconosciute dall'art. 49 RGDP, a differenza di quanto eccepito nelle proprie difese dalla *big tech* in questione [107].

Perciò, occorre ricercare una differente soluzione. Una possibile alternativa potrebbe in tal senso derivare dal cd. *Brussels Effect* [108]. Come noto, il *Brussels Effect* indica *in primis* un effetto *de facto* derivante dall'adozione di particolari politiche, e conseguenti normative, da parte dell'Unione europea, che interessano sovente il *business* transazionale. Posto che sono poche le imprese che possono permettersi di non accedere al mercato dell'Unione europea, queste sono chiamate al rispetto di normative piuttosto stringenti, per esempio, in materia ambientale e di protezione dei diritti umani. Di conseguenza, una volta che abbiano adottato delle *policies* aziendali rispettose del diritto dell'Unione europea, esse tenderanno ad applicarle poi a tutti i rapporti di *business*, al di là di quelli effettivamente svolgentisi nel territorio dell'Unione europea. A questo effetto *de facto*, se ne può poi aggiungere uno *de iure*, ogniqualvolta altri Stati decidano di dotarsi di una legislazione nazionale che sia, in tutto o in parte, simile a quella originariamente adottata dall'Unione stessa.

Se, da un lato, il diritto dell'Unione europea, con la sua rigida regolazione in materia di protezione dei dati personali (e non solo), sembra avere maggiore influenza rispetto al diritto di altri ordinamenti giuridici per la regolazione del mercato digitale, sono poi il rischio e il timore di perdere l'accesso al mercato dell'Unione europea a fare leva *in primis* sulle *big tech*, che tenderanno ad adempiere agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea, amplificando così il *Brussels Effect* a livello globale, e anzi rendendo le norme di tale diritto delle *global rules* [109].

[107] *Data Protection Commission*, *Decision IN-20-8-1*, 12 maggio 2023, par. 8.106.

[108] Sul *Brussels Effect*, si veda A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 25-66.

[109] F.-S. GADY, *op cit.*, pp. 16-20.

Meta Platforms Inc., già Facebook Inc. v. Bundeskartellamt: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea apre (finalmente) all'integrazione fra diritto antitrust e *data protection*

Meta Platforms Inc., formerly Facebook Inc. v. Bundeskartellamt: The European Court of Justice opens (finally) to the interplaybetween antitrust and data protection law

di *Anna Licastro*[*]

ABSTRACT

Il presente lavoro trae spunto dalla vicenda giudiziaria che vede confrontarsi ormai da diversi anni la società californiana Meta ed il *Bundeskartellamt*, autorità garante della concorrenza tedesca. Si propone di esaminare il percorso argomentativo che ha portato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad affermare, contrariamente a quanto ritenuto da buona parte della dottrina ed anche dalla stessa Commissione Europea in varie occasioni, che è possibile far cooperare insieme il diritto della concorrenza e la normativa in materia di protezione dei dati personali al fine di arginare l'abuso di potere informativo delle grandi società della rete. Abbandonando l'idea di matrice neoliberale secondo cui il diritto antitrust persegue solo la tutela dell'efficienza economica, i giudici del Lussemburgo hanno sostenuto che non solo una violazione della *privacy* può costituire un importante indizio dal quale desumere un pregiudizio dei principi della concorrenza, ma che l'esistenza di una posizione dominante può anche essere un elemento dal quale desumere un eventuale invalidità del consenso. È evidente che le due normative non possano procedere su "binari separati" e che una loro reciproca collaborazione consenta alle autorità garanti della concorrenza di ripensare ad una nuova teoria del danno concorrenziale in cui il valore pro-competitivo della *data protection* possa sostituirsi al parametro quantitativo del prezzo.

The present work is inspired by the legal case between Meta and the Bundeskartellamt, the German competition authority. It is aimed at ascertaining the reasoning that has encouraged the European Court of Justice to support the view that antitrust and data protection law can cooperate to curb the abuse of informational power on behalf of digital platforms, as opposed to some scholars and the European Commission have declared in several occasions. Leaving behind the «law & economics approach» proposed by the neoliberal economic theory, according to which the only

[*] Dottore di ricerca in *Business, Institutions, Markets*, Università degli Studi «Gabriele d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

goal of antitrust is barely economic efficiency, in its decision, CJEU judges have claimed that not only in the context of the examination of abuse of a dominant position by an undertaking, a privacy violation can constitute an important clue from which it can be inferred antitrust infringement but also that holding a dominant position on the social network market, it constitutes an important factor in determining whether the consent was validly and, in particular, freely given. In light of the above considerations, it is clear that antitrust and data protection law do not proceed on separate tracks as well as the integration between these two normative can foster national and supranational competition authorities to reformulate a theory of harm based on a pro-competitive value of privacy suitable to substitute the price as a quality competitive dimension in digital markets.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SENTENZA 4 LUGLIO 2023, META PLATFORMS INC., GIÀ FACEBOOK INC., CONTRO BUNDESKARTELLAMT, C-252/21

Estratto

"[…] In tale contesto, ritenendo che la soluzione della controversia principale dipenda dalla risposta da dare a tali questioni, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1)

a) Se sia compatibile con gli articoli 51 e seguenti del RGPD il fatto che un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, quale l'autorità federale garante della concorrenza, che non sia un'autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e nel cui Stato membro un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione europea disponga di una filiale di supporto alla filiale principale nel settore della pubblicità, della comunicazione e delle relazioni pubbliche […] constati, nell'ambito dell'esercizio di un controllo degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza, che le condizioni contrattuali operate dalla filiale principale relativamente al trattamento dei dati e la relativa attuazione violano il RGPD, e disponga di porre fine a tale violazione.

b) In caso affermativo, se ciò sia compatibile con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE se, nel contempo, l'autorità di controllo capofila nello Stato membro in cui si trova la filiale principale ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottopone a un procedimento di indagine le condizioni contrattuali per il trattamento dei dati operate da quest'ultima.

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2)

a) Se, nel caso di un utente di Internet che si limiti a visitare siti Internet o applicazioni("*app*") che fanno riferimento ai criteri di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD […] ove immetta dati al fine di registrarvisi o di effettuare degli ordini, e di una (…) società, come [Meta Platforms Ireland], che raccolga i dati relativi all'accesso ai siti e alle *app* e alle informazioni ivi immesse da parte dell'utente – tramite interfacce integrate nei siti e nelle *app*, come "Strumenti di Facebook Business", o tramite marcatori temporanei ("cookies") o simili tecnologie di memorizzazione […] – li colleghi ai dati dell'account Facebook.com dell'utente e li utilizzi, la raccolta e/o il collegamento e/o l'utilizzo configurino un trattamento di dati sensibili ai sensi di detto articolo.

b) In caso affermativo: se l'accesso a tali siti e *app* e/o l'inserimento di dati e/o l'attivazione di pulsanti ("plug-in social" come "Mi piace", "Condividi" o "Facebook Login" o "AccountKit") integrati in tali siti o *app* da un fornitore come [Meta Platforms Ireland] costituiscano una modalità di rendere manifestamente pubblici i dati relativi all'accesso di per sé e/o i dati immessi da parte dell'utente, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD.

3)

Se un'impresa come [Meta Platforms Ireland], che gestisce un *social network* digitale finanziato dalla pubblicità e che offre, nelle sue condizioni d'uso, la personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, la sicurezza del *network,* il miglioramento dei prodotti e l'utilizzo coerente e senza interruzioni di tutti i prodotti del gruppo, possa invocare la giustificazione della necessità per l'esecuzione di un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD, o la giustificazione della tutela dei legittimi interessi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, quando a tali fini essa raccoglie dati generati da altri servizi propri del gruppo e da siti e *app* di terzi tramite interfacce in essi integrate, come "Strumenti di Facebook Business", oppure tramite

cookies o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente, li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.
4)
Se, in tal caso, possano essere considerati legittimi interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD anche
– la minore età dell'utente […];
– la fornitura di misurazioni […];
– l'offerta di comunicazioni di *marketing* destinate all'utente affinché l'impresa possa migliorare i suoi prodotti e condurre *marketing* diretto;
– ricerca e innovazione per il bene della società per far progredire lo stato dell'arte o la comprensione scientifica relativamente a importanti temi sociali e per avere un impatto positivo sulla società e sul mondo;
– informazioni alle autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge e la risposta a richieste legali […];
quando a tali fini l'impresa raccoglie dati generati da altri servizi propri del gruppo e da siti e *app* di terzi tramite interfacce in essi integrate […] li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.
5)
Se, in tal caso, la raccolta di dati provenienti da altri servizi propri del gruppo e da siti internet e *app* di terzi tramite interfacce in essi integrate, come "Strumenti di Facebook Business", oppure tramite cookies o simili tecnologie di memorizzazione […] il collegamento con l'account Facebook.com dell'utente e l'utilizzo di tali dati, oppure l'utilizzo di dati già altrimenti e legittimamente raccolti e collegati possano essere giustificati, caso per caso, anche ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e) del RGPD, ad esempio per rispondere ad una legittima richiesta di dati specifici [lettera c)], per contrastare comportamenti dannosi e promuovere la sicurezza [lettera d)], per ricerche a beneficio della società e per promuovere protezione, integrità e sicurezza [lettera e)].
6)
Se nei confronti di un'impresa in posizione dominante sul mercato come [Meta Platforms Ireland] sia possibile esprimere un consenso valido, e in particolare libero ai sensi dell'articolo 4, punto 11, del RGPD, in conformità con gli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD.
In caso di risposta negativa alla prima questione:
7)
a) Se un'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro, quale l'autorità federale garante della concorrenza, che non sia un'autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e che esamini una violazione del divieto di abuso diposizione dominante, ai sensi del diritto della concorrenza, da parte di un'impresa imposizione dominante, che non consista in una violazione del RGPD da parte delle sue condizioni per il trattamento dei dati e della loro attuazione, possa effettuare accertamenti, ad esempio nell'ambito del bilanciamento degli interessi, in merito alla conformità al RGPD delle condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa e della loro attuazione.
b) In caso affermativo: se, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, ciò valga anche qualora, nel contempo, l'autorità di controllo capofila competente ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottoponga le condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa ad un procedimento di indagine. Se la risposta alla settima questione è affermativa, occorre rispondere alle questioni dalla terza alla quinta per quanto riguarda i dati generati dall'utilizzo del servizio Instagram, appartenente al gruppo».

Massime

Un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi a detto regolamento, qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso.
Nel caso in cui un utente di un *social network online* consulti siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate da tale disposizione e, se del caso, inserisca in essi dati, iscrivendosi oppure effettuando ordini *online*, il trattamento di dati personali da parte dell'operatore di tale *social network online* […] deve essere considerato un «trattamento di categorie particolari di dati personali», il quale è in linea di principio vietato, fatte salve le deroghe.

Un utente di un *social network online*, allorché consulta siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate all'articolo 9, paragrafo 1 del RGPD non rende manifestamente pubbliche, ai sensi della prima di tali disposizioni, i dati relativi a tale consultazione, raccolti dall'operatore di detto *social network online* mediante cookie o simili tecnologie di registrazione. Tale utente rende manifestamente pubblici i dati così inseriti soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.
Il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un *social network online* può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti, solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento.
Il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un *social network* online – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale *social network* provenienti da altri servizi può essere considerato necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, solo a condizione che il suddetto operatore abbia indicato agli utenti presso i quali i dati sono stati raccolti un legittimo interesse perseguito dal loro trattamento, che tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di tale legittimo interesse e che dal contemperamento dei contrapposti interessi, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, risulti che le libertà e i diritti fondamentali e gli interessi di tali utenti non prevalgono suddetto legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.
Il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un *social network online* è giustificato allorché è effettivamente necessario per adempiere un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto, in forza di una disposizione del diritto dell'Unione o del diritto dello Stato membro interessato, tale base giuridica risponde ad un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito e tale trattamento è effettuato nei limiti dello stretto necessario.
Il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un *social network online* non può, in linea di principio e ferma restando la verifica che deve essere effettuata dal giudice del rinvio, essere considerato necessario alla salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, ai sensi della lettera d), oppure all'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ai sensi della lettera e).
La circostanza che l'operatore di un *social network online* occupi una posizione dominante sul mercato dei *social network online* non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social network possano validamente acconsentire […] al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare.

Sommario: 1. Storia della vicenda giudiziaria alla base di una decisione tanto attesa. – 1.1. Dal *Bundeskartellamt* al *Bundesgerichthof* passando per *l'Oberlandesgericht Düsseldorf*. – 1.2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Rantos e la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 2. Integrazione fra diritto antitrust e *data protection*: si può fare. – 2.1. La violazione della *privacy* quale indice di un abuso di posizione dominante. – 2.2. La posizione dominante quale indice da cui desumere l'invalidità del consenso. – 3. Pubblicità personalizzata: il legittimo interesse non può sempre essere una via di fuga per i guardiani dei mercati digitali. – 4. Alcune considerazioni finali.

1. Storia della vicenda giudiziaria alla base di una decisione tanto attesa

Il 4 luglio 2023 potrebbe essere uno di quei giorni da ricordare, almeno per il diritto antitrust eurounitario. L'Unione Europea, grazie alla Corte di Giustizia, prendendo la strada "meno battuta" di frostiana memoria, ha sancito l'indipen-

denza dall'idea, tanto osteggiata da una folta schiera di studiosi ed esperti del diritto della concorrenza, secondo cui diritto antitrust e protezione dei dati personali sarebbero normative non conciliabili perché nate per perseguire obiettivi diversi. La Corte, chiamata ad esprimersi sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale superiore di Düsseldorf in merito alla decisione del *Bundeskartellamt* (d'ora in avanti, *BKARTA*) di vietare a Meta il trattamento dei dati personali dei propri utenti alle condizioni generali d'uso della piattaforma Facebook e di darne attuazione, si è pronunciata con una sentenza "fiume" non solo sull'integrazione tra antitrust e *data protection*, ma anche su altri aspetti riguardanti l'applicazione del regolamento sulla protezione dei dati personali alle condotte delle grandi società della rete. Dirompenti potrebbero rivelarsi i suoi effetti non solo sul diritto della concorrenza eurounitario, ma anche, più in generale, sull'idea, piuttosto recente, dei regolatori di "domare" le intemperanze dell'innovazione tecnologica, mediante «una regolazione finalizzata alla predisposizione collaborativa delle regole [1]» in grado di garantire un mercato digitale equo, contendibile ed eticamente sostenibile [2].

Non c'è una controversia, tranne forse quella del caso *Google Shopping*, sulla quale negli ultimi anni gli esperti di diritto antitrust e non solo, abbiano versato fiumi di inchiostro (elettronico, letteralmente), come quella che vede affrontarsi da lungo tempo, il *Bundeskartellamt* e Meta, colosso dei *social network*. Tuttavia, se l'indagine nei riguardi di Google ha segnato la storia del diritto della concorrenza eurounitario per il tentativo, più che meritorio, di risolvere l'accesso dibattito dottrinale sulla corretta qualificazione giuridica del *self-preferencing*, quale condotta anticompetitiva tipica dei mercati *data-driven* [3],

---

[1] Sull'interazione fra regolare e regolato nella predisposizione delle regole si vedano le opportune riflessioni della studiosa L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in corso di pubblicazione in *Giur. Cost*., p. 12.

[2] In tal senso, le considerazioni di L. FLORIDI, *L'etica dell'Intelligenza Artificiale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022, p. 280 ss. L'Autore descrive l'Intelligenza Artificiale quale «nuova forma dell'agire che deve essere orientata al bene della società, il che significa anche far sì che gli strumenti di Intelligenza Artificiale siano usati per favorire politiche pubbliche sostenibili da un punto di vista sia etico che ambientale. Sul punto, si veda anche C.A. CIARALLI, *Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo*, in *Federalismi*, 15, 2023, p. 76 ss.

[3] In tema di *self-preferencing* si ricorda che il Tribunale dell'Unione Europea, nel respingere il ricorso presentato dalla società californiana avverso il provvedimento della Commissione, ha sostenuto che il *self-preferencing* costituisce una categoria giuridica a sé stante dotata di una sua autonomia normativa e distinta dalle pratiche discriminatorie di cui all'art. 102 TFUE. Con riguardo alla corretta qualificazione di *self-preferencing*, fra i molti articoli si vedano: P. CARO DE SOUSA, *What shall we do about self-preferencing?*, in *Competition Policy International*, June 2020, consultabile al sito CPI, p.1.; E. IACOBUCCI-F. DUCCI, *The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets*, in *Eur. J. Law Econ.*, Vol. 47, 1, 2019, p. 18; B. VESTERDORF, *Theories of self-preferencing and duty to deal –two sides of the same coin?*, in *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 1, 1, 2015, p. 4 ss.; N. PETIT, *Theories of self-preferencing under article 102 TFUE: a reply to B. Vesterdorf*, in *Competition Law & Policy Debate*, n. 1, 2015, pp. 7-8; P. IBÁÑEZ COLOMBO, *Self-preferencing:yet another epithet in need of limiting principles*, in *World Competition*, Vol.43, 4, 2020, pp. 5-6. Inoltre, sulle novità della pronuncia del Tribunale dell'Unione Europea sul caso *Google Shopping* si vedano: TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA, 10 novembre 2021, *Google e Alphabet/ Commissione* (*Google Shopping*), Caso T 612/17, ECLI:EU:T: 2021:763, par. 163, consultabile al sito *curia.europa.eu*; C. AHLBORN-G. VAN GERVEN-W. LESLIE, *Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFUE*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, no. 2, 2022, p. 89; E. DEUTSCHER, *Google Shopping and the quest for a legal test for self-preferencing under article 102 TFUE, in European Papers*, Vol. 6, no.3, 2021, p. 1351. Il caso *Google Shopping* non costituisce un *unicum* perché è speculare all'oggetto dell'indagine

l'epopea tedesca, invece, la segna perché riconosce che il potere *across-markets*[4] delle grandi piattaforme può ben essere regolato mediante una strada alternativa o, quanto meno, complementare all'*ex ante regulation*, basata sull'integrazione fra il diritto antitrust e la normativa in materia di *data protection*.

Il lavoro si propone, dunque, di esaminare il percorso argomentativo che ha portato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a ritenere antitrust e protezione dei dati personali due normative che non possono procedere su "binari" separati perché è evidente che nel contesto dei mercati *data-driven* interagiscano fra di loro sempre con maggior frequenza. Sostenendo il contrario si commetterebbe un errore difficilmente rimediabile, visto che in gioco non c'è solo la necessità di salvaguardare il buon funzionamento del mercato, ma anche quella di tutelare il consumatore digitale dalle insidie di pratiche commerciali manipolatorie e scorrette poste in essere dai guardiani dei mercati. Seguendo, dunque, il ragionamento dei giudici del Lussemburgo, si tenterà di dimostrare come nella decisione resa sia rintracciabile un primo tentativo della Corte di Giustizia, magari neppure intenzionale, di costruire una "rinnovata" teoria del danno concorrenziale appositamente pensata per i mercati digitali, di cui le autorità garanti della concorrenza a livello nazionale e sovranazionale dovrebbero tener conto ogniqualvolta indaghino condotte commerciali anticoncorrenziali realizzate con l'intenzione di rafforzare un potere di mercato che aumenta e si rafforza in modo inversamente proporzionale alla riduzione dei livelli di *privacy* all'interno dell'ecosistema digitale.

1.1. Dal *Bundeskartellamt* al *Bundesgerichthof* passando per l'*Oberlandesgericht Düsseldorf*

Prima di analizzare la decisione della Corte di Giustizia si ritiene opportuno richiamare, almeno nei suoi termini essenziali, la storia giudiziaria che, alcuni illustri studiosi, hanno giustamente definito «saga teutonica[5]».

Dopo un'istruttoria iniziata a marzo 2016 e conclusasi a febbraio 2019, l'Ufficio federale dei Cartelli ha vietato, per abuso di posizione dominante, la condotta commerciale consistita nel trattamento illecito dei dati personali dei propri utenti messa in atto da Meta (all'epoca, ancora Facebook) nel mercato tedesco dei *social network*[6]. Veniva, infatti, contestato alla piattaforma di aver acquisito, combinato insieme e processato i dati generati dagli iscritti non solo

italiana aperta dall'AGCM a carico di Amazon nel 2019. L'istruttoria si è conclusa nel 2021 con la condanna di Amazon per abuso di posizione dominante. Il 3 ottobre 2022 il TAR Lazio ha respinto il ricorso proposto da Amazon contro la sanzione inflitta dall'AGCM in precedenza sostenendo che il provvedimento fosse viziato per effetto di vizi procedurali attinenti alla tardività nell'apertura del procedimento amministrativo. A tal riguardo, cfr. P. BOUGETTE-O. BUDZINSKI-F. MARTY, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *Antitrust Bull.,* Vol. 67, 2, 2022, p.191 ss. Per una disamina attenta e precisa dell'intera vicenda si vedano le riflessioni di F. GHEZZI-MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?* in questa *Rivista*, 2, 2022, p. 513.

[4] In tal senso si vedano: G. FERRARI-M. MAGGIOLINO, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *Orizzonti dir. comm*, Fascicolo Speciale, 2021, p.473. Le Autrici coniano l'espressione «ubiquità di mercato» proprio con riguardo alla capacità delle imprese digitali di conquistare mercati collegati a quello principale in cui hanno raggiunto una posizione di dominanza economica.

[5] A parlarne in questi termini R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Merc., conc., reg.,* 3, 2020, p. 513.

[6] Si tratta della decisione n. B6-22/16 del 6 febbraio 2019 relativa al caso *Facebook v. Bundeskartellamt*, consultabile al sito ufficiale del *BKARTA*.

nel corso dell'attività svolta all'interno dell'ecosistema digitale (c.d. dati *On-Facebook*), ma anche all'esterno, consultando pagine web e applicazioni di terze parti in grado di raccogliere tracce digitali del loro passaggio grazie all'uso di marcatori temporali (c.d. *cookies*) e strumenti progettati per la profilazione, nello specifico *plugin* e *pixel* (c.d. dati *Off-Facebook*). Grazie a questa raccolta di informazioni, la società intendeva costruire dei «super-profili» degli utenti al fine di adattare il più possibile la *user experience* alle loro preferenze, gusti, abitudini, inclinazioni e, di conseguenza, personalizzare il contenuto dei messaggi pubblicitari destinati agli utenti della piattaforma [7].

Fin qui nulla di strano. Da tempo, infatti, le autorità garanti della concorrenza sono a conoscenza dell'importanza che la pubblicità *online* assume per i giganti del digitale. Si tratta del principale strumento di finanziamento mediante cui è possibile garantire la sopravvivenza dei propri modelli di *business* [8]. L'aspetto più allarmante della condotta del *social network* ha riguardato le condizioni ed i termini d'uso di Facebook, la cui accettazione, da parte degli iscritti, risultava essenziale laddove volessero accedere ai servizi digitali offerti dalla piattaforma. Il *BKARTA* ha ritenuto che il consenso, mediante il quale gli utenti accettavano le condizioni contrattuali unilaterali ed autorizzavano Meta al trattamento dei propri dati personali, non fosse stato prestato validamente. Dirimente, in tal senso, la modalità di acquisizione del consenso presentata agli iscritti nella forma del c.d. «*take it or leave it*» che li poneva nella condizione di dover necessariamente accettare i termini di servizio proposti, pena l'esclusione dall'uso dei servizi del *social network*. È evidente che la prestazione del consenso fosse più il frutto di una «forzatura» che di una scelta volontaria.

In questa vicenda, sono, dunque, venuti a mancare i requisiti di validità del consenso, così come enucleati all'articolo 4, n.11 nonché, conseguentemente, la condizione di liceità di cui all'articolo 6, par. 1, lett. a) del regolamento Europeo per la protezione dei dati personali (d'ora in poi, GDPR) che vale a legittimare il trattamento dei dati personali. Vi è di più. È stato violato, inoltre, il dettato normativo dell'articolo 7 del GDPR e, nello specifico, il paragrafo 4 che, fra le condizioni per la valida manifestazione del consenso, pone espressamente quella di considerare se l'esecuzione di un contratto o la prestazione di un servizio digitale sia condizionata alla prestazione o meno del consenso.

Per imporre il divieto di trattamento dei dati personali così come previsto ed impedirne l'attuazione, l'autorità federale tedesca doveva, inoltre, provare che la violazione delle norme europee in materia di *data protection* da parte di Meta costituiva uno sfruttamento abusivo della posizione dominante conquistata dalla piattaforma sul mercato dei *social network*. L'Ufficio tedesco dei Cartelli compie quello che per la storia del diritto della concorrenza eurounitario può definirsi un "triplo salto carpiato" perché equipara la violazione del GDPR da parte di Facebook ad un abuso di sfruttamento non imputabile tanto all'applicazione di prezzi eccessivi, ma all'imposizione di condizioni unilaterali contrat-

[7] Si veda come si esprimeva già, nei primi anni'90, lo studioso S. RODOTÀ, *Tecnologie e Diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 66.

[8] Fra i molti, si vedano i risultati degli studi compiuti dalla *Competition & Markets Autority*, autorità inglese della concorrenza e dell'ACCC, autorità australiana della concorrenza. Cfr. CMA, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Interim Report*, 2019, consultabile al sito ufficiale della CMA, p. 43 ss. nonchè ACCC, *Digital platform services inquiry. Interim report no. 5 – Regulatory reform*, September 2022, p. 31 ss.

tuali inique, fondando così le sue argomentazioni sull'articolo 19(2), n.2 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (d'ora, in avanti Legge federale della concorrenza o GWB) che sanziona, quale abuso di posizione dominante, l'imposizione da parte dell'impresa egemone di un corrispettivo o altre condizioni negoziali ben diverse da quelle che si sarebbero previste in una situazione di concorrenza effettiva.

L'articolo 19(2), n.2 del GWB, inoltre, consentiva all'Ufficio dei Cartelli di dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità c.d. normativa fra la condotta anticompetitiva di Meta e la posizione dominante vantata da quest'ultima nel mercato dei *social network*, senza dover passare per l'accertamento del rapporto di causalità c.d. comportamentale, certamente più rigoroso e stringente, come avrebbe richiesto l'articolo 102 del TFUE [9]. Il nesso di causalità attenuata, invece, ha permesso al *Bkarta* di dimostrare che senza il potere economico raggiunto dalla piattaforma nel mercato dei *social network*, Meta non sarebbe mai stata in grado di imporre agli utenti finali termini di servizio iniqui, lesivi del diritto all'autodeterminazione informativa.

Trascorsi tre anni dall'inizio delle indagini, il procedimento si è concluso nel 2019 con la condanna di Meta, che ha impugnato poi il provvedimento dinanzi al *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alta Corte Regionale di Düsseldorf) chiedendo la sospensione dell'ordine comportamentale perché sarebbe stato in grado di pregiudicare la sopravvivenza del modello di *business* della piattaforma. Il Tribunale superiore ha accolto l'istanza sospensiva considerando che due fossero le questioni in grado di dimostrare l'evidente infondatezza delle tesi avanzate dall'autorità.

La condotta adottata dalla piattaforma non poteva considerarsi un abuso di sfruttamento perché il nesso di causalità normativa non era sufficiente a dimostrare l'esistenza del rapporto fra posizione dominante e condotta anticoncorrenziale. Occorreva, al contrario, provare l'esistenza del nesso di causalità comportamentale. Difatti, la causalità normativa imponeva di provare che l'imposizione di termini d'uso iniqui fosse la causa della notevole crescita del potere di mercato di Facebook, mentre, nel secondo caso era l'abuso di posizione dominante nel mercato dei *social networks* ad aver permesso l'imposizione di condizioni negoziali inique [10]. La causalità comportamentale richiamata nel caso di specie comporta un'inversione del nesso eziologico e trasforma, così, l'uso di termini contrattuali illeciti nell'effetto piuttosto che nella causa della condotta anticompetitiva della società californiana. Deboli venivano valutate le argomentazioni relative all'abuso escludente perché, come provava la chiusura definitiva della piattaforma Google+, ideata dal motore di ricerca Google per sfidare il monopolio di Facebook, la disponibilità di una notevole base dati non costituiva necessariamente la condizione per raggiungere una posizione dominante nei mercati *data-driven*.

Interessante poi che l'Alta Corte ritenesse l'imposizione di condizioni e termini di servizio iniqui non tanto ascrivibile alla posizione di dominio economico vantata da Meta nel mercato dei *social network*, quanto semmai all'indifferenza tipica dell'utente medio della piattaforma [11]. Negava in questo modo che

---

[9] *Ivi,* punto 873 ss. Meritano, inoltre, attenzione le considerazioni sul concetto di causalità normativa di R. Pardolesi-R. Van Den Bergh-F. Weber, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch*», cit., p. 524 ss.

[10] Cfr. A. Giannaccari, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof,* in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2020, p.405.

[11] Cfr. A. Giannaccari, *op. cit.*, p. 405.

fossero fondate una «perdita di controllo» sui dati da parte degli utenti ed una violazione del diritto all'autodeterminazione informativa. I giudici di Düsseldorf, dunque, hanno ritenuto che gli iscritti alla piattaforma avessero scelto liberamente di prestare il consenso al trattamento dei dati. Difatti, se solo l'avessero voluto, avrebbero potuto non iscriversi ed astenersi così dall'utilizzo di servizi digitali che non potevano considerarsi necessari.

È evidente che il procedimento cautelare dell'Alta Corte ribalta il ragionamento dell'autorità garante della concorrenza. Se quest'ultima imputava a Meta la responsabilità per aver acquisito dati personali in violazione del diritto all'autodeterminazione informativa ed aver artatamente predisposto delle informative piuttosto vaghe e difficili da comprendere al fine di rafforzare il proprio potere di mercato, l'Alta Corte, invece, facendo sue le considerazioni sul *privacy paradox* [12], addebitava all'utente la responsabilità per l'uso improprio ed iniquo dei suoi dati da parte del gigante della rete [13]. Il Tribunale regionale, infatti, riteneva che, al livello controfattuale, non era stato dimostrato che, una volta concessa agli utenti la possibilità di graduare il livello delle informazioni, questi avrebbero scelto una soluzione maggiormente rispettosa della propria *privacy* [14].

La decisione cautelare è stata nuovamente impugnata, questa volta dal *Bundeskartellamt* dinanzi al *Bundesgerichthof*, la Suprema Corte Federale tedesca, che il 23 giugno 2020, contrariamente alle aspettative di Meta, ha sconfessato il ragionamento dell'Alta Corte di Düsseldorf e avallato la tesi dell'autorità garante della concorrenza tedesca. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, i giudici del Karlsruhe non hanno ritenuto che fosse possibile equiparare una violazione del GDPR ad un illecito antitrust, ma hanno sostenuto che le condizioni contrattuali per l'uso dei servizi della piattaforma configurassero un abuso di posizione dominante, a prescindere dalla conformità o meno delle stesse alla normativa in materia di *data protection* [15]. Il non aver offerto, all'atto dell'iscrizione, opzioni diverse e non aver consentito l'accesso a soluzioni differenti di trattamento dei dati personali, ha significato ledere la capacità degli utenti di autodeterminarsi, di «[…] decidere essenzialmente da sé circa la cessione dei propri dati personali» [16], anche quando

---

[12] In tal senso, si vedano P.A. NORBERG-D.R. HORNE-D.A. HORNE, *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors,* in *J. Consum. Aff.*, Vol. 41, 1, 2007, p.1 ss. Inoltre, S. ATHEY-C. CATALINI-C. TUCKER, *The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk*, in *Nber Working Paper Series*, no.23488, 2017, p. 2; I. ADJERID-E. PEER-A. ACQUISTI, *Beyond the privacy paradox: objective versus relative risk in privacy decision making*, in *MIS Quarterly*, Vol. 42, 2, June 2018; ed ancora T. VALLETTI, *Online Platforms and Market Power Part 3: The Role of Data and Privacy in Competition*, 18 October 2019, consultabili al seguente link *<https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20191018/110098/HHRG-116-JU05-Wstate-VallettiT-20191018.pdf>*, (ultimo accesso 21 agosto 2023).

[13] In tal senso, cfr. C. OSTI-R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook,* in *Merc. conc. reg.,* 2, 2019, p. 206. In senso contrario, cfr. M.BOTTA-K. WIEDEMANN, *The Interaction of EU Competition, Consumer and Data Protection Law in the Digital Economy the Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey,* in *Antitrust Bull.,* Vol.64, 3, 2019, p. 432 ss.

[14] Cfr. E. CREMONA, *Big Data, Big Troubles: come si controlla il potere dei dati*, in E. CREMONA-F. LAVIOLA-V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato,* Torino, Giappichelli, 2022, p.197.

[15] Come notato giustamente da F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection, in* E. CREMONA-F. LAVIOLA-V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato,* Giappichelli, Torino, 2022, pp. 41-42.

[16] Si veda G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la «protezione dei dati,* in *Informatica e diritto,* XII Annata, Vol. XII, 3, 1986, p. 95 ss.

tali informazioni «[…] siano entrate a far parte della disponibilità di un altro soggetto» [17].

Il ragionamento dei giudici della Suprema Corte si spinge anche oltre. Se un operatore, come Facebook, vanta una posizione di dominanza economica che gli consente di assumere col tempo un ruolo di primo piano nel mercato dell'informazione, equiparabile a quello dei media tradizionali [18] ed abilitante ai fini della partecipazione alla vita sociale degli utenti, è evidente che, sostiene il Karlsruhe, "[…] *can be bound by fundamental rights to a similar or equal extent as the state* [19]». Pertanto, gli intermediari digitali sono tenuti, in fase di trattamento, a garantire il rispetto del diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa inteso quale «diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni [20]», la cui definitiva costituzionalizzazione è stata sancita dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [21]. Assicurare che le operazioni di trattamento dei dati personali siano rispettose dei principi di liceità, trasparenza, correttezza, finalità, minimizzazione, esattezza ed integrità significa non solo salvaguardare la capacità di autodeterminarsi e autodefinirsi di ogni singolo utente [22], ma anche restituire autonomia decisionale al consumatore digitale ed affrancarlo dallo stato di inerzia in cui viene indotto dall'asimmetria informativa con la piattaforma [23].

Tuttavia, non è questo l'atto finale della saga. La pronuncia è stata, infatti, rinviata in via pregiudiziale dall'Alta Corte di Düsseldorf alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea [24].

---

[17] Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e Diritti*, cit., p. 107.

[18] Sulla equiparazione fra intermediari digitali ed editori cfr. M.R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei social network provider, per i contenuti prodotti dagli utenti,* in *Informatica e Diritto,* 1-2, 2017, p. 85 ss. A proposito di Facebook come *«the largest publishing company in the world»,* cfr. E. BELL-T. OWEN, *The Platform Press: How Silicon Valley Reengineered Journalism,* in *Tow Center for Digital Journalism,* 2017, p. 59. Sul ruolo svolto dalle piattaforme nel contesto dell'informazione e, nello specifico da Facebook come «strumento di cronaca» si vedano anche le opportune considerazioni di M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione,* in *Federalismi, 24, 2017, p. 22 ss.* ed inoltre sul ruolo delle piattaforme digitali come «fonte di notizie e di conoscenza» si veda G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?* in *MediaLaws,* 1, 2017, p.93.

[19] Si tratta della Decisione n. KVR 69/19 del 23 giugno 2020 adottata dal *Bundesgerichtshof* relativa al caso *Facebook v. Bundeskartellamt*, punto 105, consultabile in versione inglese al sito ufficiale del *Bundeskartellamt.*

[20] Si veda S. RODOTÀ, Tecnologie e diritti, cit., pp. 101-102.

[21] Si vedano O. POLLICINO-M. BASSINI, *Commento all'articolo 8 Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Codice della Privacy e Data Protection*, R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2021, p. 38 ed inoltre sulla equiparazione fra il diritto della protezione dei dati personali e il diritto all'autodeterminazione informativa si veda anche G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli Editore, 2017, p.6 nonché G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Milano, Giappichelli, 2022, p. 70.

[22] In senso, si legga la Decisione n. KVR 69/19 del 23 giugno 2020, cit., punto 105.

[23] Si vedano le quanto mai opportune riflessioni di R. PODSZUN, *The Consumer as a Market Player: Competition Law, Consumer Choice and Data Protection in the German Facebook Decision*, in *SSRN*, April 10, 2023, consultabile al sito *SSRN*, p. 22.

[24] In sintesi, l'Alta Corte ha sollevato sei questioni pregiudiziali fra le quali meritano particolare approfondimento la prima con cui si domanda se esista o meno la possibilità per un'autorità garante della concorrenza di esaminare la conformità del comportamento di un'impresa a nor-

1.2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Rantos e la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La pronuncia della Corte di Giustizia è stata preceduta dal parere, non vincolante, del 22 settembre 2022 con il quale l'Avvocato Generale Athanasios Rantos ha analizzato nel dettaglio le sei questioni pregiudiziali oggetto della controversia. L'aspetto più interessante delle sue conclusioni si rinviene nella parte in cui sostiene che l'autorità della concorrenza tedesca non ha sanzionato la violazione del GDPR di per sé, ma l'ha valutata come elemento di prova da cui desumere l'esistenza dell'abuso di posizione dominante. Se ne ricava che un'*authority* antitrust può senz'altro constatare una violazione del GDPR, anche se ciò non rientra nelle sue specifiche competenze. Tuttavia, è nell'esercizio delle medesime che può, invece, verificare se la posizione di dominanza dell'impresa indagata è stata raggiunta per meriti imprenditoriali oppure ricorrendo a mezzi che consentano di conseguire un vantaggio competitivo illecito, a discapito di concorrenti e consumatori. Nella vicenda in esame, quindi, l'Ufficio Federale dei Cartelli si sarebbe avvalso dell'accertamento circa il mancato rispetto della normativa in materia di *data protection* per provare che le condizioni ed i termini di servizio della piattaforma hanno consentito al colosso del digitale di sfruttare in modo abusivo il proprio potere economico ed alterare, di conseguenza, la concorrenza [25].

Pare, dunque, farsi sempre più concreta, l'idea secondo cui la limitazione effettiva del potere economico dei guardiani dei mercati digitali possa scaturire da un'integrazione fra due normative, antitrust e *data protection* che, nonostante le diverse competenze e prerogative delle rispettive autorità garanti, potrebbero dimostrarsi affini e per nulla distanti sul piano degli obiettivi; anche se, da una prima analisi degli stessi, sembrerebbe il contrario. Questa terza via, per la regolazione dei mercati digitali, alternativa all'approccio *laissez-faire* e per molti aspetti complementare all'approccio *ex ante regulation* del *Digital Markets Act*, come si avrà modo di vedere, emerge in maniera evidente nella decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Quest'ultima, terminata la fase orale del procedimento, ha deliberato, infatti, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale oggetto di controversia del 4 luglio 2023.

È bene procedere con ordine ad analizzare, le questioni pregiudiziali sulle quali i giudici, riuniti in sezione plenaria, sono stati interpellati dal Tribunale regionale di Düsseldorf, precisando sin d'ora che verranno trattate con maggior dovizia di particolari quelle che sembra avvalorino l'idea della possibile integrazione tra il diritto antitrust e la *data protection* da parte dei giudici della Corte di Giustizia.

La prima questione è stata sollevata e trattata insieme alla settima perché entrambe sono di tipo procedurale. In primo luogo, l'Alta Corte domanda alla

---

me diverse da quelle del diritto della concorrenza, come il GDPR e, nel caso ciò sia possibile, valutare se una violazione della *privacy* possa costituire un importante indizio da cui desumere una distorsione della concorrenza. La terza con cui si chiede se il trattamento dei dati effettuato da Meta possa considerarsi legittimo anche laddove sia basato su basi giuridiche diverse dal consenso, infine la sesta volta ad accertare se l'esistenza di una posizione dominante possa costituire un elemento importante per determinare se il consenso sia stato prestato validamente. In tal senso, si veda CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, punto 35, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[25] Si veda A. RANTOS, *Presse Release, Conclusioni dell'Avvocato Generale*, September 20, 2022, Case C-252/21, *Meta Platforms e a. v. Bundeskartellamt*, punto 21, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Corte del Lussemburgo di chiarire se un'autorità nazionale garante della concorrenza sia competente ad accertare una violazione del GDPR nel corso di un'istruttoria antitrust avviata allo scopo di provare l'esistenza di una pratica commerciale anticoncorrenziale. L'interrogativo sorge spontaneo dato che, ai sensi dell'articolo 51 del GDPR, le uniche garanti dell'effettivo rispetto delle regole europee in materia di *privacy* sono le autorità di controllo nazionali allo scopo istituite presso ogni Stato Membro [26].

Il dilemma si rafforza quando nel ragionamento del Tribunale federale si fa strada la settima questione. Qualora un'*authority* antitrust fosse competente ad occuparsi di tale accertamento, occorrerebbe considerare cosa accadrebbe se una contestazione simile fosse già stata sottoposta all'esame dell'autorità capofila competente, ai sensi dell'articolo 56, par. 1, del GDPR, per la gestione dei trattamenti dei dati personali a carattere transfrontaliero, operando in deroga al criterio dell'imputazione territoriale di cui all'articolo 55, par. 1, del GDPR [27].

È evidente che la risoluzione del primo interrogativo, cui è inscindibilmente legato il secondo, spinge la Corte di Giustizia a pronunciarsi su una questione che, solo in apparenza, può essere intesa in termini strettamente procedurali in quanto, a ben vedere, produce effetti di tipo sostanziale. Ad avviso della Corte, un'autorità garante della concorrenza, nel corso di un'indagine relativa alla sussistenza o meno di un abuso di posizione dominante, può valutare se una condotta anticoncorrenziale posta in essere dalla società indagata comporti una violazione del GDPR, a patto che da un lato «tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso [28]» e dall'altro venga rispettato l'obbligo di leale cooperazione con le autorità di controllo.

La prima condizione si fonda su un principio di realtà. Negare all'autorità garante della concorrenza di considerare, nel corso delle proprie istruttorie, la conformità o meno del comportamento dell'impresa in posizione dominante alle norme in materia di protezione dei dati personali vorrebbe dire negare che, nel contesto attuale dell'economia digitale, accesso ed elaborazione dei dati costituiscono la *condicio sine qua non* per permettere alle grandi piattaforme ed anche alle piccole e medie imprese, non solo di essere ora competitive, ma anche restarlo in futuro. Si badi bene, nella decisione non si sta affermando che un'autorità di controllo può essere sostituita da un'autorità della concorrenza nell'acclarare se vi sia stata una violazione del regolamento UE 2016/679, perché solo una *Data Protection Authority* è deputata a vigilare sulla corretta applicazione delle disposizioni del regolamento suddetto [29]. Al contrario, tale valutazione può effettuarsi solo quando essa sia funzionale a dimostrare che dalla continua e costante violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali sia possibile desumere in giudizio l'esistenza di

---

[26] Cfr. Considerando 123 del Regolamento UE 679/2016.

[27] Cfr. I.M. ALAGNA *et al., Commento all'articolo 55 del Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016,* n.679, in L. BOLOGNINI-E. PELINO (a cura di), *Codice della Disciplina della Privacy,* Giuffrè, Milano, 2019, p. 354 ss.

[28] Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, punto 62, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[29] Cfr. E. GUARDIGLI, *Le Autorità di Controllo: dalla Direttiva 95/46/CE al Regolamento n.679/2016*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE N.2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n.101*, Zanichelli Editore, Bologna, 2019, p. 665 ss.

un abuso di posizione dominante [30]. Si tratta, quindi, di un accertamento abbastanza limitato e circoscritto.

La seconda condizione presuppone che la garanzia di una coerente applicazione del regolamento UE in materia di protezione dei dati personali passi per il rispetto del principio di leale cooperazione, così come sancito all'articolo 4, par. 3, TUE. Considerato in dottrina come uno dei capisaldi dell'*acquis* comunitario [31], viene elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dall'articolo 10 del Trattato sulla Comunità europea [32], e poi successivamente abrogato dal Trattato di Lisbona [33]. Contestualmente all'abrogazione, la norma è stata sostituita con l'art. 4, par. 3, del TUE che ha innalzato il precetto della leale cooperazione a principio generale dell'intero sistema del diritto eurounitario [34].

Nella pronuncia della Corte di Giustizia, il principio della leale cooperazione viene in rilievo non tanto per l'impatto che ha nell'assicurare la salvaguardia dell'«equilibrio istituzionale [35]», quanto nel garantire una coerente ed uniforme applicazione delle norme eurounitarie in materia di protezione dei dati personali. Nel caso del GDPR, infatti, l'obbligo di leale collaborazione si esplica nella previsione di meccanismi di "cooperazione" o "coordinamento" delle funzioni delle autorità di controllo che permette loro di avere un approccio coordinato nella soluzione di un caso, evitando, di conseguenza, l'applicazione frammentata delle norme eurounitarie fra gli Stati Membri [36].

---

[30] Sul valore di accertamento incidentale di una violazione del GDPR compiuta nell'ambito della constatazione di un abuso di posizione dominante da parte di un'autorità garante della concorrenza si veda G. D'IPPOLITO, *Data economy: la Corte di giustizia precisa il rapporto tra concorrenza e protezione dei dati personali e le norme sulla pubblicità personalizzata* in *Media-Laws,* 2, 2023, p. 328 ss.

[31] In tal senso, gli studiosi P. DE PASQUALE-M. CARTABIA-C. IANNONE, *Art. 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea,* Giuffrè, Milano, 2014, p. 28. Fra i molti, si vedano anche F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*, in *Federalismi*, 19, 2020, p. 24; A. DIRRI, *La Corte di Giustizia torna sul meccanismo di ricollocazione dei migranti tra rivendicazioni identitarie e tenuta dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2020, p. 232 nonché G. CAGGIANO*, Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 3, 2006, p. 508; nonché F. CASOLARI, *The Principle of Loyal Co-Operation: A 'Master Key' for EU External Representation?*, in S. BLOCKMANS-R.A. WESSEL (eds.), *Principles and Practices of EU External Representation – Cleer Working Papers*, 5, 2012 p.13.

[32] In tal senso, cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, ordinanza 13 luglio 1990, causa C-2/88, *Zwartveld e A.*, punto 17, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[33] Cfr. U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea, 2^ed., Cacucci Editore, Bari, p.85.

[34] A tal riguardo, si veda il dettato normativo dell'arti. 4, par.3, del TUE a mente del quale: «[…] In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Cfr. B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities: The Unitary and the Pluralist Twists of the European integration process*, in *New-Federalism*, *Working Papers Series*, 2, 2015, pp.3-4; inoltre si veda anche CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, punto 34.

[35] Cfr. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati Membri e Unione Europea. Studio della partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p.28; inoltre, P. KOUTRAKOS, *Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty-Making under EU Law*, in *ICLQ*, Vol. 68, 1, 2019, p. 28.

[36]A tal proposito, si veda anche l'ultima parte del Considerando 123 del GDPR ed inoltre, F. PARODO, *La tutela del diritto alla protezione dei dati personali: l'effettività dei rimedi e il ruolo nomofilattico del Comitato europeo per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi*, 25, 2021, p. 132 ss.

È bene sottolineare che, ai paragrafi 42 e 43 della pronuncia, i giudici del Lussemburgo hanno evidenziato giustamente che non vi sono norme del regolamento o strumenti del diritto eurounitario che aprono alla cooperazione fra le due autorità, ma è anche vero che non ve ne sono neppure altre che la escludono espressamente. La previsione di una possibile cooperazione pare così praticabile in virtù del rispetto del principio di leale cooperazione sancito all'art. 4, par. 3 del TUE [37]. Al fine di evitare eventuali divergenze, dovranno verificare se il comportamento indagato sia già stato deciso dal garante nazionale della protezione dei dati personali, da un'autorità capofila o dalla stessa Corte di Giustizia. Se così fosse, sarebbe necessario conformarsi a quanto già precedentemente statuito [38].

Dopo aver risposto alla seconda domanda pregiudiziale, la Corte di Giustizia, prosegue nell'analisi delle questioni rimanenti, occupandosi dalla terza alla quinta della liceità o meno del trattamento dei dati personali, laddove siano acquisiti in assenza di consenso. Le prime due della "triade" interrogano i giudici del Lussemburgo sulla concreta possibilità per un'impresa come Meta di invocare o la necessità per l'esecuzione di un contratto ai sensi dell'articolo 6, par. 1, lett. b), del GDPR o la tutela di legittimi interessi di cui all'articolo 6, par. 1, lett. f), del GDPR, quali basi giuridiche per trattare dati. L'ultima, la quinta, chiede, invece, alla Corte di Giustizia se sia possibile invocare per liceità del trattamento le ulteriori basi giuridiche previste all'art. 6 del regolamento, fra le quali sono rinvenibili l'obbligo legale di cui alla lettera c), la salvaguardia degli interessi vitali degli interessati di cui alla lettera d) ed infine, l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri.

La questione del legittimo interesse come base giuridica in grado di legittimare il trattamento dei dati personali per finalità di pubblicità personalizzata verrà affrontata successivamente perché merita, per l'importanza che assume nel contesto dei mercati digitali, uno specifico approfondimento [39]. Con riguardo, invece, all'esecuzione di un contratto quale condizione legittimante il trattamento, la Corte di Giustizia, accogliendo fra l'altro le conclusioni dell'Avvocato Generale Rantos, ha ribadito che tale base giuridica può essere usata solo quando sia «oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere

---

[37] Sul punto, si vedano: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 7 novembre 2013, causa C-518-/11, *UPC Nederland BV v. Gemeente Hilversum*, punto 59, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed inoltre la recente pronuncia della CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 1 agosto 2022, causa C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch v. Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti et al.*, punto 156, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[38] Si ritiene opportuno spiegare brevemente la successiva questione pregiudiziale attinente più che altro alla natura giuridica dei dati personali raccolti dalla società californiana. I giudici sostengono che si tratti di categorie particolari di dati. Se così fosse, a detta della Corte, non sarebbe, comunque, applicabile la deroga al divieto di trattamento prevista alla lettera *e)* del secondo paragrafo dell'articolo 9 a mente della quale il trattamento di categorie particolari di dati può essere ammesso solo qualora riguardi «[…] dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato». La mera consultazione di siti terzi o di applicazioni, anche se collegati a quelli dell'*account* Facebook per la creazione di super-profili, non può essere considerata espressione della volontà dell'utente di rendere manifestamente pubblici i suoi dati, salvo il caso in cui gli utenti abbiano chiaramente espresso la volontà di renderli accessibili ad un numero illimitato di persone. Su questo ultimo aspetto, cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, cit., punto 82.

[39] Si rinvia al paragrafo 3 del presente contributo.

conseguito in assenza di tale trattamento [40]». Se ne deduce che non potrebbe, invece, essere usata da Meta o altri giganti del digitale per giustificare il trattamento dei dati personali per finalità di profilazione o pubblicità personalizzata perché in assenza di tali finalità il *social network* tratterebbe allo stesso modo i dati personali dei propri iscritti e sarebbe in grado di offrire loro gli stessi servizi digitali.

Fallaci, invece, si rivelano le giustificazioni dedotte a supporto della propria tesi difensiva da Meta secondo le quali sono da considerarsi indispensabili per l'esecuzione del contratto la personalizzazione dei contenuti e l'utilizzo omogeno e fluido dei servizi offerti dalla piattaforma all'interno del proprio ecosistema digitale. I giudici, pur non negando l'utilità della raccolta dati nella personalizzazione dei contenuti, non la ritengono necessaria perché l'esperienza *online* potrebbe essere adattata agli interessi dell'utente mediante soluzioni alternative che non implichino necessariamente un uso improprio della base giuridica di cui alla lettera *b)* dell'articolo 6 del GDPR. Inoltre, la Corte la esclude categoricamente in quanto la creazione di un *account* Facebook consente all'utente di usare i diversi servizi e prodotti del gruppo Meta in modo indipendente gli uni dagli altri.

Rimane, la quinta questione, con la quale la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di ulteriori basi giuridiche. Le condizioni di liceità di cui alle lettere *c)* ed *e)* relative all'obbligo legale e all'esecuzione di un compito di interesse pubblico, vengono trattate in modo congiunto dalla decisione proprio perché presentano aspetti comuni [41]. Tuttavia, i giudici hanno ritenuto che gli interessi indicati dal Tribunale federale – fra i quali lo svolgimento di ricerche a beneficio della società nonché la promozione di protezione, integrità e sicurezza con riguardo alla lettera *e)* dell'articolo 6 del GDPR – non siano corroborati da elementi in grado di provare la legittimità di tali basi giuridiche anche alla luce delle previsioni di cui al paragrafo 3 della medesima disposizione. Pertanto, la Corte ne ha rimesso la valutazione al giudice del rinvio.

Da analizzare, poi l'ulteriore condizione legittimante riferita alla salvaguardia di un interesse vitale. A tal proposito, la Corte esclude che possa essere ritenuto lecito il trattamento effettuato sulla base di tale presupposto in quanto sarebbero rinvenibili nessuna delle ipotesi in cui, secondo il Considerando 46 del regolamento, tutelare un interesse vitale equivale a proteggere un interesse essenziale per la vita dell'interessato o di un'altra persona fisica. Meta, dunque, non avrebbe trattato i dati personali degli utenti per prevenire minacce gravi alla salute ed all'incolumità dell'interessato o di un terzo oppure per tenere sotto controllo epidemie, emergenze sanitarie ed infine prevenire calamità naturali [42]. I giudici hanno così ritenuto inesistenti i presupposti per considerare lecito il trattamento fondato sulla salvaguardia dell'interesse vitale [43].

L'ultima, ma non meno importante, fra le questioni pregiudiziali sollevate

---

[40] Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, 4 luglio 2023, cit., punto 125.

[41] Con riguardo alla comunanza di intenzioni delle due condizioni di liceità, si veda: D. POLETTI, *Commento all'articolo 6 del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Codice della Privacy e Data Protection*, R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2021, p. 199.

[42] Sul punto si vedano le considerazioni del GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE*, 9 aprile 2014, p. 24, consultabili al sito ufficiale del Gruppo di lavoro Articolo 29.

[43] Ivi, punti 135-139.

dal Tribunale federale è la sesta. La Corte di Giustizia viene chiamata a risolvere i dubbi del Tribunale federale in merito alla validità, alla luce dell'articolo 6, par. 1, comma 1, lett. a) e dell'art. 9, par. 2, lett. a) del GDPR, del consenso prestato a un operatore che detiene una posizione dominante sul mercato nazionale dei *social network* online, cercando, nello specifico, di comprendere se tale consenso possa dirsi effettivamente libero.

Prescindendo ora dalle specifiche delle questioni che saranno trattate a tempo debito nel corso del lavoro, pare doversi sottolineare che nel rispondere alla sesta questione, la Corte di Giustizia offra due spunti di riflessione molto importanti. Da un lato, evidenzia che la posizione dominante, pur non impedendo di per sé la prestazione di un consenso valido, può essere un chiaro indice da cui desumere se il consenso sia stato effettivamente prestato liberamente. Dall'altro, lascia al giudice del rinvio stabilire se sia opportuno prevedere una prestazione del consenso, per così dire, "granulare" di modo che siano liberi gli utenti di prestare un consenso autonomo e specifico a seconda dei dati oggetto di trattamento. Il che significa ammettere la possibilità di progettare interfacce di programmazione in cui si chieda all'utente di prestare un consenso separato per i dati raccolti *off-Facebook* tenendolo così ben distinto e separato da quello che poi verrebbe prestato con riguardo ai dati raccolti tracciando l'attività dell'utente all'interno della piattaforma [44].

Le conclusioni, dell'Avvocato Generale Rantos prima e quelle della Corte di Giustizia dell'Unione Europea poi, offrono una chiara indicazione ai regolatori sulla modalità con la quale *enforcement* antitrust e tutela dei dati personali possono cooperare fra di loro per evitare che poche grandi società si contendano il controllo dell'intero mercato *data-driven*. Nelle pagine che seguiranno si avrà modo di comprendere come sia possibile per antitrust e *data protection* muoversi all'unisono nella limitazione dell'*intermediation power* e quale sia il punto di intersezione che consente ad entrambe le normative di poterlo fare.

2. Integrazione fra diritto antitrust e *data protection*: si può fare

Dalle argomentazioni della Corte di Giustizia precedentemente esaminate si possono trarre alcune considerazioni utili sull'integrazione fra la disciplina del diritto della concorrenza e la protezione dei dati personali. Una premessa, tuttavia, è d'obbligo. In letteratura, si sono ravvisate, almeno sino ad ora, più opinioni contrarie che favorevoli ad ammettere che un coordinamento fra le due discipline fosse concretamente possibile. La ragione è da ascriversi agli obiettivi che entrambe le normative paiono perseguire. È certo, infatti, che proteggere il diritto al controllo sul flusso informativo e garantire la sicurezza del trattamento dei dati personali non siano obiettivi propri del diritto della concorrenza come, allo stesso modo, è ovvio che assicurare il buon funzionamento del mercato mediante la salvaguardia del processo competitivo non lo sia della disciplina in materia di protezione dei dati personali. L'idea della assoluta inconciliabilità fra *enforcement* antitrust e tutela dei dati personali non è diffusa solo fra numerosi studiosi ed esperti di diritto della concorrenza, ma anche fra i medesimi regolatori che in un primo momento non hanno valutato positiva-

[44] *Ivi*, punto 151.

mente l'ipotesi di usare strumenti giuridici propri del diritto antitrust per risolvere questioni legate alla violazione della *privacy* [45]. Si pensi all'allora Commissario Europeo della Concorrenza Margrete Vestager che, dinanzi alla tesi dell'integrazione, rifiutò nel 2016 categoricamente l'idea. Nel discorso introduttivo della conferenza *Digital Life Design* tenutasi a Monaco di Baviera in quello stesso anno, intervenendo in merito alla questione, si esprimeva in questo modo: «[…] *So I don't think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems*» [46]. Ebbene, in queste parole, come in quelle pronunciate circa quattro anni più tardi a seguito dell'approvazione dell'operazione concentrativa *Google/Fit* [47], è chiaramente rinvenibile la posizione sull'opportunità di far cooperare insieme le due normative non solo del Commissario con delega alla concorrenza, ma anche della stessa Commissione Europea [48].

La contrarietà espressa all'epoca da entrambi era dovuta all'adesione da parte dell'*enforcement* antitrust europeo alle teorie della corrente di pensiero neoliberale *Chicago School* [49]. I capisaldi dell'approccio prettamente economico elaborato dalla scuola americana che, più delle altre, ha avuto negli ultimi quarant'anni un impatto notevole sulla politica economia americana, divenendo col tempo la «culla del neoliberismo» per usare le parole dell'economista Giocoli [50], possono essere riassunti in due concetti che gli studiosi di questa dottrina ripetono a mo' di mantra: la salvaguardia del «*consumer welfare*» [51] e l'efficiente allocazione delle risorse [52]. Prima che facesse la sua comparsa il pensiero neoliberista, la dottrina economica prevalente – la c.d. Scuola di Harvard – riteneva che fine ultimo della concorrenza fosse assicurare mercati aperti e contendibili, il che significava non solo salvaguardarne il buon funzionamento, ma tutelare anche la legittimazione stessa del sistema democratico [53].

---

[45] Sul fronte degli studiosi con posizioni contrarie si vedano fra le molte quelle di R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., p.532 ss., nello stesso senso R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2021, p. 947 ss. ed inoltre G. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Data accumulation and the privacy – antitrust interface: insights from the Facebook Case*, in *Int. Data Priv. Law.*, Vol. 8, 3, 2018, p. 234 ss.

[46] Cfr. M. VESTAGER, *Competition in a Big Data World*, consultabile al sito European Commission.

[47] Cfr. A. WHITE-H. ALI, *Google-Fitbit Probe Isn't for Data Watchdogs*, *Vestager Says*, in *Bloomberg*, 25 february 2020, consultabile al sito ufficiale Bloomberg, (ultimo accesso: 7 settembre 2023).

[48] Si pensi al caso *Google/DoubleClick*. Nello specifico, per approfondire si veda COMMISSIONE EUROPEA, 11 marzo 2008, case no. COMP/M.4731, *Google/ DoubleClick*, in *Official Journal of the European Union*, par. 368, consultabile al sito della Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea.

[49] Cfr. A. GERBRANDY, *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, in *J. Common Market Stud.*, Vol. 57, 1, 2019, p. 130.

[50] Cfr. N. GIOCOLI, *La Scuola di Chicago*, IBL Libri, Milano, 2023, p.8.

[51] Nello specifico, cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Harper Colophon Books, 1978, p. 90. Lo studioso sostiene che la tutela del benessere del consumatore possa essere raggiunta "[…] *by requiring that any lawful products, whether skis or snowmobiles, be produced and sold under conditions most favourable to consumers*» ed ancora R. H. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act,* in *J. Law Econ.*, Vol. 9, 1966, p. 26 ss.

[52] Per approfondire i concetti di efficienza allocativa e produttiva paiono esemplificative le riflessioni di E.M. FOX, *The efficiency paradox*, in R. PITOSKY (eds), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford UK, 2008, p. 78.

[53] A tal proposito, pare opportuno ricordare il caso *Northern Pacific Railway Co. v. United*

Queste idee si rinvengono, seppur in parte, anche fra gli studiosi della scuola ordoliberale europea che escludevano che il mercato potesse essere "abbandonato" a sé stesso perché lo si sarebbe reso "terra di nessuno". Preferibile, dunque, riconoscere un margine di intervento ai poteri pubblici purché però fossero norme statali di rango costituzionale ad arginare eventuali "derive" del potere economico [54].

Questi principi influenzarono la disciplina della concorrenza eurounitaria sino agli anni '90 del '900 quando la Commissione Europea abbracciò la fede neoliberista di matrice chicaghiana e propose di aggiornare gli strumenti giuridici del diritto antitrust eurounitario facendo del *consumer welfare standard,* l'unico fine delle politiche di concorrenza [55]. Tuttavia, se l'esecutivo ha abbandonato l'approccio formalistico proposto a Friburgo per il modello economico neoliberale, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ne ha, invece, preso le distanze [56] continuando a ritenere che, nel mercato dovesse contare la salvaguardia della sua struttura pluralistica piuttosto che l'efficienza economica ed il benessere collettivo del consumatore.

È evidente che la Corte di Giustizia attribuisce alle categorie tradizionali del diritto della concorrenza eurounitario il compito di raggiungere uno scopo molto più ampio rispetto a quello previsto dai sostenitori del modello neoliberale: uno scopo che, in definitiva, consente all'antitrust di perseguire altri ed ulteriori fini rispetto alla mera tutela dell'efficienza economica [57].

Per tale ragione, sembra più che naturale che la decisione del 4 luglio abbia guardato con favore al riconoscimento della possibile integrazione fra due normative perché la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, da sempre restia a considerare quale oggetto del diritto antitrust solo interessi prettamente economici, ha ravvisato nella tutela del consumatore digitale il loro punto di intersezione.

States del 1958 in cui il giudice federale, facendo proprie le idee della teoria strutturalista, attribuiva alla prima legge antimonopolio della storia, il perseguimento di fini ulteriori rispetto alla mera tutela del buon funzionamento del mercato: «*The Sherman Act … rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions*».

[54] Per una corretta ed approfondita ricostruzione delle teorie della Scuola di Friburgo si veda, G. CONTALDI, *Diritto Europeo dell'Economia*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 6-8.

[55] Cfr. M. MONTI, *European Competition for the 21st Century*, in *Fordham Int. Law J.*, Vol. 24, 5, 2000, pp. 1604-1605 ed inoltre cfr. F.V OGELAAR, *Modernisation of EC competition law, economy and horizontal cooperation between undertakings*, in *Inter Econ*, Vol. 37,1, 2002, p. 20.

[56] Si veda a tal proposito CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 23 novembre 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Administración del Estado*, par. 56, consultabile al sito ufficiale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[57] Sui fini ulteriori che il diritto antitrust è in grado di perseguire, al di là dell'efficienza economica e del *consumer welfare*, si veda quanto rilevato efficacemente da F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2021, p.63. L'Autore sottolinea giustamente che gli studiosi del diritto antitrust dovrebbero tener conto del fatto che le politiche della concorrenza possono perseguire anche finalità di tipo sociale. Inoltre, si veda anche R. PITOFSKY, *The political Content of Antitrust*, in *U. PA. L. REV.*, 1979, Vol. 127, p. 1051.

2.1. La violazione della *privacy* quale indice di un abuso di posizione dominante

Per comprendere in quale modo una violazione della normativa in materia di *data protection* possa costituire un «importante indizio», per usare le considerazioni della Corte, da cui desumere una distorsione delle regole della concorrenza, sembra opportuno delineare quale sia stato il "percorso" che la protezione dei dati personali ha dovuto compiere per assumere piena legittimità in un contesto in cui, per diverso tempo, la normativa antitrust si è avvalsa del prezzo quale parametro concorrenziale esclusivo.

È noto che al fine di raggiungere una determinata posizione di potere economico le imprese debbano competere fra di loro tenendo in considerazione una serie di fattori di natura quantitativa o qualitativa [58]. Se il prezzo costituisce il parametro quantitativo per eccellenza sul quale misurarsi nel mercato, fra le dimensioni concorrenziali di tipo qualitativo, invece, assumono importanza la facilità d'uso, il livello di sicurezza, il grado di innovazione del prodotto o di un determinato servizio, compreso anche più di recente il livello di protezione dei dati personali. La qualità, dunque, tende ad avere non un valore di secondo piano rispetto al prezzo, bensì equivalente ad esso.

Questo ragionamento, valido innanzitutto nel contesto dei mercati tradizionali, lo è ancora di più nel contesto economico dei mercati *zero-price* in cui sono i dati ad essere oggetto di controprestazione economica [59]. Pare evidente che le imprese dei mercati *data-driven* competano soprattutto sulla base di dimensioni concorrenziali prettamente qualitative, fra le quali anche la protezione dei dati personali [60]. Tale considerazione è tanto più vera se la si giudica a partire dalla prospettiva delle imprese concorrenti [61].

Lo dimostra la recente diatriba sul tema della tutela dei dati personali che vede confrontarsi fra loro due dei più importanti colossi del web, Facebook ed Apple [62]. Oggetto del contendere è l'applicativo *App Tracking Transparency* (in

---

[58] Cfr. A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, 2^ed., Utet, Torino, 2018, pp.11-14.

[59] Sul valore economico dei dati cfr. G. Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in G. Resta-V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Governance of/through Big Data*, Vol. II, Roma Tre Press, Roma, 2023, p. 660 ss. inoltre si vedano le corrette considerazioni di S. Franca, *L'intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2, 2021, p. 366 ss. Cfr. O' Donoghue-A. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 3^ed., Hart Publishing, 2020, Oxford, p. 78, p.1095 ss.

[60] Cfr. Maurice E. Stucke-Allen P. Grunes, *No mistake about it: the important role of antitrust in the era of Big Data*, in *SSNR*, april 2015, p.2, consultabile al sito Social Science Research Network (ultimo accesso: 9 settembre 2023). Sul punto, cfr. D.D. Sokol-R Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *Geo. Mason L. Rev*, Vol. 23, 5, 2016, p. 1041. Gli Autori parlano di «*data gap*» concependolo l'asimmetria informativa come un *gap* di tipo qualitativo fra le grandi piattaforme ed i loro concorrenti.

[61] Sul punto cfr. D.D. Sokol-R Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *Geo. Mason L. Rev*, Vol. 23, 5, 2016, p. 1041. Gli Autori parlano di «*data gap*» concependolo l'asimmetria informativa come un *gap* di tipo qualitativo fra le grandi piattaforme ed i loro concorrenti.

[62] Cfr. M. Isaac-J. Nicas, *Breaking Point: How Mark Zuckerberg and Tim Cook Became Foes*, in *The New York Time*, April 26, 2021, consultabile al sito ufficiale The New York Time (ultimo accesso: 10 settembre 2023) ed inoltre si veda anche The Economist, *Apple's long-awaited privacy policy kicks Facebook where it hurts*, in *The Economist*, February 6, 2021, consultabile al sito The Economist.

seguito, *app* ATT) che, citando testualmente dal sito ufficiale della società californiana, «[…] *consente di scegliere se un'app può tracciare le tue attività sulle app e i siti web di altre aziende per scopi pubblicitari o per condividerli con i data broker*» [63]. Secondo Apple, questo sistema, progettato per obbligare gli sviluppatori di applicazioni a richiedere previamente il consenso per tracciare l'attività digitale durante l'utilizzo dell'*app*, restituirebbe agli utenti il controllo sulla circolazione dei propri dati personali, salvaguardandoli dalla profilazione della piattaforma. L'utente potrebbe decidere in modo completamente autonomo se dare il proprio consenso al tracciamento oppure se rifiutarlo. Tuttavia, due cose sembrano sfuggire all'attenzione dell'amministratore delegato della società Tim Cook, strenuo sostenitore della nuova funzionalità [64].

In primo luogo, omette di considerare che Apple rimane pur sempre l'unica che può continuare a tracciare e monitorare in modo regolare e sistematico i propri utenti, senza chiedere loro il previo consenso al tracciamento. L'obbligo di disattivare il monitoraggio per impostazione predefinita rimane valido solo per le applicazioni degli sviluppatori terzi che in questo modo perdono un gran numero di dati da usare per profilare gli utenti per ragioni pubblicitarie. Il fine che l'ecosistema digitale vuol perseguire è, dunque, il medesimo: conseguire, per il tramite della raccolta ed il processamento dei dati, un vantaggio competitivo illecito a discapito dei propri *competitors*. Si tratta di un'ipotesi piuttosto evidente di *self-preferencing*, in cui, pare potersi sostenere, l'unico scopo della società californiana consiste nel preservare la posizione di dominanza economica conseguita nel mercato della pubblicità online col tempo [65].

In secondo luogo, l'introduzione dell'applicativo ATT non solo ha come effetto quello di escludere dal tracciamento degli utenti i concorrenti indiretti della società come gli sviluppatori delle *apps* che rivendono i propri applicativi sul negozio online di proprietà di Apple, ma anche quei concorrenti che competono direttamente con l'ecosistema nel mercato della pubblicità digitale come Meta. Restituire agli utenti la possibilità di scegliere se, concedere o meno alle *apps* di proprietà di operatori terzi l'autorizzazione al monitoraggio, vuol dire, in realtà, "colpire al cuore" un modello di *business* che sulla pubblicità mirata fonda la maggior parte dei propri introiti al solo fine estrometterla dal mercato ed occuparne la posizione di dominio economico.

Non pare possa, quindi, negarsi che la protezione dei dati personali sia divenuta col tempo un fattore qualitativo pro-concorrenziale sul quale i giganti del digitale sono chiamati a competere sempre più spesso nei mercati *data-driven*. Tuttavia, l'idea che la *privacy* potesse costituire un parametro qualitati-

---

[63] Si tenga presente che l'applicazione ATT è stata oggetto di un procedimento istruttorio aperto dall'*Autoritè de la Concurrence*, deciso il 17 marzo 2021 con il rigetto del ricorso presentato ad ottobre 2020 da un gruppo di associazioni che raccolgono media, agenzie di *marketing*, aziende informatiche ed editori. Per approfondire si rinvia a AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, *Targeted advertising/Apple's implementation of the ATT framework*, *Decision 21-D-07*, 17 March 2021, consultabile al sito istituzionale Autoritè de la Concurrence. Analoga la vicenda quella che ha visto l'AGCM avviare l'istruttoria sempre nei riguardi di Apple cfr. AGCM, n. A561, 11 maggio 2023, *Apple Inc.,* par. 46, consultabile al sito ufficiale dell'AGCM.

[64] Di estremo rilievo l'intervista nella quale Tim Cook annuncia il lancio della nuova funzionalità cfr. K. SWISHER, *Apple's C.E.O. is making very different choices from Mark Zuckerberg*, in *The New York Time*, April 5, 2021, l'intervista può essere ascoltata con la relativa trascrizione del contenuto al sito ufficiale de *The New York Time*, (ultimo accesso: 10 settembre 2023).

[65] In tal senso, meritevoli di considerazione le riflessioni sulla vicenda dello studioso K. WIEDEMANN, *Data protection and Competition Law enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach is Necessary?* in *ICC*, Vol. 52, 2021, p. 922.

vo della concorrenza alternativo al prezzo ha incontrato molti ostacoli. Da un lato, l'influenza del pensiero neoliberale che ha impedito alle autorità garanti della concorrenza di ammettere che, nell'ambito dell'economia digitale, la *theory of harm* potesse riguardare anche l'accertamento di pregiudizi di matrice anche non strettamente economica [66], dall'altro il carattere puramente soggettivo che si accompagna ai criteri prettamente qualitativi. È ovvio che le preferenze circa il livello di tutela della protezione dei dati personali siano estremamente variabili nell'ambiente digitale perché se un consumatore può attribuire al rispetto della *privacy* un valore notevole, un altro, invece, potrebbe dimostrarsi totalmente disinteressato al livello di protezione offerto all'interno del mercato digitale. L'estrema discrezionalità con la quale si valuta la *privacy* presso i consumatori la rende un parametro concorrenziale non facilmente misurabile [67], specie all'atto della definizione del mercato rilevante. Tradizionalmente l'accertamento del mercato del prodotto rilevante che passa per la definizione del grado di sostituibilità fra due prodotti con caratteristiche simili, viene condotto avendo come punto di riferimento il c.d. *test* econometrico del monopolista perfetto in cui il prezzo, a differenza di parametri qualitativi, è precisamente determinabile [68].

Questi erano i dubbi che, al di là dell'approccio neoliberale, rendevano i regolatori e gli accademici [69] piuttosto titubanti nel riconoscere ad un eventuale peggioramento della *privacy* lo stesso valore che, nella teoria del danno concorrenziale applicata ai mercati tradizionali, aveva l'imposizione di un prezzo sovra-competitivo.

La Commissione Europea affrontò il tema in modo approfondito in due occasioni. Nel 2014, quando si trovò a dover valutare l'operazione concentrativa *Facebook/WhatApp* e successivamente nel 2016 con l'acquisizione, autorizzata in via condizionata, *Microsoft/Linkedin* [70]. Se nella prima la *privacy* viene concepita come uno fra i tanti fattori qualitativi in grado di incidere sulle scelte dei consumatori [71] è nella seconda vicenda che, per la prima volta, l'esecutivo attribuisce ad essa il valore di dimensione qualitativa della concorrenza, sep-

---

[66] Cfr. OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy To The Digital Era*, Paris, OECD Publishing, DAF/COMP(2016)14, November 29, p. 16.

[67] Fra i molti, si vedano gli spunti di riflessione offerti da M.E. STUCKE-A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp.260-261 ed inoltre cfr. J. HAUCAP, *Data Protection and Antitrust: New Types Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision*, in *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, p. 3. Critici, inoltre, sulla misurabilità della *privacy* gli studiosi J. HOFFMANN-O. VÁSQUEZ DUQUE, *Can Data exploitation be properly addressed by competition law? A note of caution* in *Concurrences*, 1, 2021, p. 78 ss.

[68] Cfr. R. ALIMONTI-F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, in A. CATRICALÀ-C.E. CAZZATO-F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 98 ss.

[69] Meritevoli, anche se non condivisibili, le argomentazioni di M.K. OHLHAUSEN-A.P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, in *Antitrust Law J.*, Vol. 80, 1, 2015, p. 154. Inoltre, sempre critici sul considerare il consumatore digitale quale soggetto inerte, incapace di autodeterminarsi liberamente nello spazio digitale, gli studiosi G. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, in *CLSR*, Vol. 35, 2019, p.179.

[70] Cfr. OECD, *Quality considerations in the zero-price economy – Note by the European Union*, DAF/COMP/WD(2018)135, November 23, 2018, p.7. Sul punto, si veda anche S. VEZZOSO, *All Happy Families are alike: the EDPS' Bridges between Competition and Privacy,* in *Market and Competition Law Review*, Vol. IV, n.1, 2020, p. 48 ss.

[71] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, 3 ottobre 2014, case no. COMP/M.7217, *Facebook/Whats app*, consultabile al sito EUR-Lex, par. 187.

pur nella misura in cui sia percepita quale fattore importante e significativo per i consumatori [72].

Notevoli passi in avanti sono stati compiuti da allora. Tre rivelano di essere particolarmente importanti perché è grazie ad essi che le *authorities* antitrust ed i legislatori sono stati in grado di riconoscere che un eventuale pregiudizio della *data protection* da parte delle grandi piattaforme può senz'altro rivelarsi utile nel corso di un'istruttoria antitrust per accertare l'esistenza di un abuso di posizione dominante.

In primo luogo, hanno riconosciuto l'importanza che la qualità dell'esperienza *online* assume per i consumatori nella fruizione di servizi e prodotti digitali, da misurarsi non solo in termini di intensità con cui si visualizza la pubblicità online durante la navigazione [73], ma anche in termini di un notevole peggioramento della tutela dei dati personali all'interno dell'ecosistema digitale. È evidente che, trattandosi di modelli di *business* costruiti sull'abuso di potere informativo, le grandi piattaforme non abbiano alcun interesse a rispettare una normativa come il GDPR perché il loro potere di mercato cresce e si rafforza proprio nel momento in cui si abbassano, in modo significato, i livelli di tutela della *privacy* [74].

Appare chiaro quale sia, dunque, il secondo passo che le *authorities* sono chiamate a compiere nell'accertare eventuali condotte anticompetitive delle grandi piattaforme: riconoscere che la *data protection* può ben divenire il parametro qualitativo concorrenziale principale in base al quale valutare nella *theory of harm* l'esistenza di un danno al processo competitivo.

Infine, il passo senza il quale i primi due non potrebbero compiersi: superare definitivamente l'idea secondo cui antitrust e *data protection* non potrebbero collaborare in alcun modo perché perseguono obiettivi diversi. Nulla di più sbagliato, eppure per poterlo affermare occorre che le autorità antitrust ed i legislatori si assumano con coraggio l'impegno di superare la definizione di *consumer welfare* proposta, a partire dagli anni '80 del '900, dal modello economico sviluppato dalla *Chicago School* e ritornino all'idea originaria secondo cui scopo principale del diritto antitrust è la tutela del processo competitivo, il che vuol dire anche tutelare indirettamente i consumatori [75].

Se si guarda con attenzione all'ambiente virtuale costruito dalle grandi società della rete è evidente che ognuna delle infrastrutture sulle quali sono stati "edificati" gli ecosistemi digitali sia stata costruita "ad arte" per ridurre, già a partire dalle interfacce grafiche di programmazione [76], in modo costante e pro-

---

[72] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, 6 dicembre 2016, case M.8124, *Microsoft / LinkedIn*, consultabile al sito EUR-Lex, par. 350.

[73] Si vedano le tesi degli studiosi M. E. STUCKE-A. EZRACHI, *The Curious Case of Competition and Quality,* in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 3, 2, October 2015, p.10 ss., inoltre con riguardo alla degradazione della *privacy* nel contesto dei motori di ricerca si vedano le posizioni dei due precedenti studiosi M. E. STUCKE-A. EZRACHI, *When Competition fails to optimize quality: a look at search engines*, in *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper #268*, May 2015, pp. 90-91.

[74] Cfr. J.C. COOPER-J.M. YUN, *Antitrust & Privacy: it's complicated*, in *George Manson University Law & Economics Reseach Paper Series*, no .21-14, June 2021, p. 3; in senso conforme, cfr. M.E. STUCKE, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law J.*, Vol. 2, 2018, p. 286.

[75] In tal senso, si veda E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2018, p. 286. L'Autore sottolinea giustamente che «[…] alcuni cruciali elementi costitutivi del paradigma liberista – come, ad esempio, il dogma della massimizzazione del profitto – non sono stati ancora messi seriamente in discussione».

[76] Si pensi all'uso sempre più spregiudicato dei *dark patterns* (c.d. percorsi oscuri) che, co-

gressivo l'autonomia degli utenti commerciali e finali [77]. Difatti, non è possibile negare che l'uso degli algoritmi abbia senz'altro semplificato molte delle scelte che i consumatori compiono nell'ambiente digitale [78], ciononostante dietro ai vantaggi si nascondono insidie estremamente più grandi. Come giustamente rilevato da Laura Ammannati, gli algoritmi "di nuova generazione", sono oggi in grado non solo di indirizzare, ma anche di sostituirsi alle scelte degli utenti e decidere in modo del tutto autonomo dalla volontà di questi ultimi [79]. La sostituzione può avvenire quando gli strumenti di Intelligenza Artificiale perfezionano l'acquisto per gli utenti oppure completano la transazione per loro conto avendo già registrato il codice di sicurezza della carta prepagata oppure semplificando le operazioni di pagamento online mediante una valutazione del merito creditizio in tempo reale, come accade nel caso delle c.d. piattaforme *Buy now pay later* (anche dette, piattaforme BNPL) [80].

Dietro alla semplificazione e facilitazione dei processi digitali si nasconde, dunque, la più pericolosa delle minacce: la riduzione in stato di inerzia digitale del consumatore algoritmico, [81] costretto a cedere agli «oggetti intelligenti» [82], per usare una lungimirante definizione di Rodotà, la propria capacità di autodeterminarsi [83]. Gli ecosistemi digitali costruiscono una fitta trama di suggerimenti e persuasioni, più o meno manipolative, con le quali i consumatori vengono indotti a delegare agli algoritmi il potere di assumere la maggioranza delle proprie decisioni che, invece, dovrebbero compiere personalmente [84]. È chiaro che in questo modo viene pregiudicata la capacità di decidere liberamente perché o gli algoritmi vengono progettati affinché siano in grado di sce-

---

me ben sottolineato dagli studiosi Susser, Roessler e Nissenbaum, costituiscono una forma di *hidden influence* con i quali gli ecosistemi digitali modificano artatamente il comportamento dell'utente. Si tratta, quindi, di una tipologia di *design* grafico manipolativo con cui vengono costruite le interfacce grafiche delle grandi piattaforme digitali. Sulla questione, si vedano D. SUSSER-B. ROESSLER-H. NISSENBAUM, *Technology, autonomy and manipulation*, in *Internet Policy Rev*., Vol. 8, 2, 2019, p.1 ss. Inoltre, per approfondire il tema della manipolazione *online* si veda C. R. SUSTEIN, *Manipulation as theft*, in *J. Eur. Public Policy*, Vol. 29, 12, p. 1959 ss.

[77] Cfr. H. HYDÉN, *AI, Norms, Big Data, and the Law*, in *AsianJLS,* Vol. 7, 3, 2020, p. 416.

[78] Sui vantaggi per il consumatore cfr. M.S.GAL-N. ELKIN-KOREN, *Algorithmic Consumers*, in *Harv. J. law technol.*, Vol. 30, 2, 2017, p. 318 ss. Con riguardo ai vantaggi che i processi decisionali automatizzati possono avere anche sull'attività delle pubbliche amministrazioni, si vedano le riflessioni di M. FALCONE, *Bisogni conoscitivi delle amministrazioni e principio di legalità: quale predeterminazione delle scelte conoscitive pubbliche?* in *RIID*, 2, 2022, p.60 ss.

[79] Si veda a tal proposito, L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in A. CANEPA-G. GRECO-L. AMMANNATI-U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 147-148 ss.

[80] Su questo ultimo esempio di semplificazione delle operazioni di pagamento *online* si veda l'interessante studio di L. GOBBI, *Buy Now Pay Later, caratteristiche del mercato e prospettive di sviluppo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, numero 730, novembre 2022, p. 5 ss.

[81] Cfr. M.S.GAL-N. ELKIN-KOREN, *Algorithmic Consumers*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, cit., p. 313.

[82] Si veda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere* diritti, Laterza, Bari, 2012, p. 328.

[83] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes,* 13 febbraio 2019, p. 8, consultabile al sito del Consiglio d'Europa.

[84] Per un approfondimento in merito, si vedano le opportune riflessioni di A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale*. *Un contributo allo studio delle piattaforme,* Giappichelli, Torino, 2020, pp. 123-125; ed inoltre sempre della stessa studiosa si veda A. CANEPA, *Alla ricerca dell'autonomia negoziale "perduta". Consumatori e venditori in epoca di profilazione e algoritmi*, in A. CANEPA-G. GRECO-L. AMMANNATI-U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021, p.162.

gliere per lui, spingendolo, di fatto, a sottrarsi alla decisione oppure per fargli solo credere che stia compiendo una scelta autonoma. La verità è tutt'altra: sono state ideate forme di manipolazione talmente sofisticate da indurre il consumatore digitale a compiere scelte che non avrebbe intenzione di compiere, se solo avesse modo di scegliere liberamente [85].

Ebbene, se la tutela del consumatore digitale non venisse più concepita quale massimizzazione del benessere collettivo da perseguire mediante il solo fine dell'efficienza economica, ma quale salvaguardia della sua libertà di scelta ed autonomia da raggiungersi mediante il rispetto dei principi della concorrenza e con la rigorosa osservanza della normativa in materia di *privacy*, allora sarebbe possibile per i detrattori dell'integrazione comprendere che nella tutela del consumatore digitale è rinvenibile una possibile convergenza fra le due normative.

La pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso tedesco *Bkarta v. Facebook*, sancendo la regola secondo cui la conformità o meno di un comportamento, alle disposizioni del GDPR può costituire un importante indizio da cui desumere una violazione dei principi della concorrenza, delinea una possibile modalità di cooperazione. Da un lato, la protezione dei dati personali provvede a garantire il diritto dell'utente di decidere da sé circa l'uso e la gestione delle informazioni che lo riguardano, dall'altro il diritto della concorrenza, garantendo una leale e sana competizione fra le imprese, aumenta le opzioni a disposizione dei consumatori [86]; impendendo così che lo squilibro di potere con la piattaforma ponga questi ultimi in una posizione di "sudditanza" nei riguardi dei nuovi imperi privati.

2.2. La posizione dominante quale indice da cui desumere l'invalidità del consenso

È proprio dallo squilibrio di potere fra gli utenti, interessati dal trattamento dei dati personali, e la piattaforma che li processa in qualità di titolare del trattamento, che si può rinvenire la seconda delle novità introdotte dalla decisione. La Corte di Giustizia, infatti, è arrivata a sostenere che nel valutare la validità del consenso occorre considerare anche la posizione dominante vantata dall'operatore economico che tratta i dati.

È noto che una delle caratteristiche dei modelli di *business* delle grandi società tecnologiche sia la creazione di un sistema aziendale basato su relazioni asimmetriche fra utenti ed ecosistemi digitali [87]. Questa chiara disparità di forza consolida la posizione di superiorità economica che rende l'ecosistema digitale *partner* di mercato obbligato sia per gli utenti commerciali sia per i consumatori che, in assenza di alternative equivalenti, si rivolgono necessariamente a quella che è in grado di offrire loro servizi e prodotti tarati sulle proprie esigenze. Un maggior numero di utenti commerciali e consumatori signifi-

[85] Uno studio approfondito sulle probabili tecniche di manipolazione usate a partire dai mercati fisici è stato pubblicato dagli studiosi J.D. Kysar-D.A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *N.Y.U. L. Rev.*, p. 633 ss.

[86] Cfr. F. Costa-Cabral-O. Lynskey, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law*, in *Common Mark. Law Rev.*, Vol. 54,1, 2017, p.9.

[87] Su questo aspetto cfr. Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, 25 maggio 2016, COM(2016) 288 final, Bruxelles, p.14; inoltre si veda fra i molti F. Pasquale, *The Black Box Society*, Harvard University Press, Harvard, US, 2015, pp. 5-7.

ca anche maggior disponibilità di informazioni, il che contribuisce a rafforzare la dinamica circolare che è alla base del potere di mercato delle grandi piattaforme.

Queste dinamiche interne alle piattaforme, come pare giustamente rilevare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si pongono in palese contrasto con i presupposti deputati a garantire che il consenso sia frutto di una consapevole autodeterminazione, così come enucleati in alcuni dei Considerando e delle norme del GDPR. In primo luogo, la definizione di consenso quale manifestazione di volontà libera, specifica, informata ed inequivocabile offerta all'articolo 4 n.11 ed al Considerando 42. In secondo luogo, l'articolo 7, par.4 ed il Considerando 43 volti entrambi a stabilire quando il consenso possa definirsi effettivamente libero. Il Considerando 43, nello specifico, individua un ulteriore presupposto in base al quale il consenso può definirsi non prestato liberamente, l'esistenza di «[…] un evidente squilibrio fra il titolare del trattamento e l'interessato» nonché l'ipotesi in cui «[…] non sia possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali». Con riguardo all'«evidente squilibrio», è chiaro che un rapporto non paritario fra titolare del trattamento ed interessato in cui il secondo non ha a disposizione alternative realistiche all'accettazione dei termini del trattamento non consente di concepire il consenso quale base legittima del trattamento. Con riguardo, invece, al «consenso separato», il Considerando introduce il concetto di granularità secondo il quale nel caso in cui un servizio comporti trattamenti multipli per più finalità, il consenso può presumersi non espresso liberamente, laddove non permetta all'interessato di aderire in modo separato ai distinti trattamenti dei dati personali [88].

La posizione dominante che, come ricorda la giurisprudenza comunitaria, di per sé non è illegale, viene ritenuta un indice dal quale poter desumere l'esistenza di un vizio del consenso ed in particolare della libertà del consenso prestato dall'utente del *social network* [89]. Il persistente carattere di dipendenza, come si è descritto poc'anzi, degli utenti dalla piattaforma dovuto in larga parte all'asimmetria informativa pone senz'altro gli ecosistemi digitali in una posizione economica tale da essere in grado di tenere comportamenti alquanto indipendenti dai concorrenti e dai consumatori [90]. Fra questi comportamenti, la Corte di Giustizia se ne ravvisa uno in particolare: l'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso rispetto a particolari operazioni di trattamento dei dati personali che non sono considerate necessarie all'esecuzione del contratto fra Meta e i suoi iscritti [91], pena la rinuncia integrale al servizio digitale. Pare evidente che nessuna libertà, tuttavia, può esistere, se non si offre gli utenti la possibilità di optare per un trattamento diverso che si possa affiancare a quello previsto sino ad ora dalla società californiana [92]. È vero però che tutto que-

---

[88] Cfr. WP29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 28 novembre 2017, p. 11.

[89] Corte Di Giustizia Dell'unione Europea, sentenza del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, cit., punto 148.

[90] Sul vincolo di dipendenza esistente fra grandi piattaforme ed utenti cfr. O. Pollicino, «Potere digitale», in *Enc. Dir.*, I Tematici, V, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 413 ed inoltre si vedano le considerazioni di F. Esposito, *The GDPR enshrines the right to the impersonal price*, in *CLSR*, 45, 2022, p. 8 ss.

[91] *Ivi*, punti 148-149.

[92] *Ivi*, punto 150.

sto diviene possibile solo se la scelta, nei riguardi di una diversa modalità di trattamento dei dati, sia il frutto di una manifestazione di volontà "libera" nel senso che l'interessato viene posto dinanzi ad una alternativa effettiva in cui può vantare il pieno controllo sui propri dati [93]. Una soluzione quest'ultima avallata dalla stessa Corte di Giustizia che ha proposto di regolare in modo granulare il livello di informazioni da condividere, offrendo così agli utenti un'opzione alternativa consistente nella prestazione di un consenso separato col quale autorizzare la piattaforma a trattare solo i dati relativi al comportamento tenuto all'interno dell'ecosistema, ma non all'esterno (dati *Off-Facebook*), proprio nel rispetto del dettato normativo di cui al Considerando 43 del GDPR [94].

È evidente che da quest'angolazione la decisione della Corte di Giustizia possa costituire un ottimo spunto di riflessione per interrogarsi sull'efficacia dello strumento del consenso nelle dinamiche dei mercati digitali. Lo strumento consensuale sembra essere ridotto a mero simulacro di un tempo – quello coincidente con l'attuazione della Direttiva Europea 95/46/CE [95] – in cui veniva considerato massima espressione del diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa [96].

Le modalità con le quali le grandi piattaforme hanno progettato l'ambiente digitale hanno col tempo contribuito a svuotare di efficacia il consenso [97]. Per sostenere modelli di *business* in cui la raccolta ed il processamento dei dati personali si riveli essenziale, è stato necessario costruire delle interfacce grafiche "ad uncino" in grado di rendere l'interazione degli utenti con la piattaforma continuativa. Per ottenere questo risultato le grandi società della rete hanno dovuto così mettere a punto delle particolari forme di manipolazione [98] nei riguardi degli utenti: i percorsi oscuri o schemi non trasparenti (c.d. *dark patterns*) [99]. Si tratta di veri e propri "inganni tecnologici" che, una volta implementati all'interno di pagine web ed in altre varie applicazioni, inducono gli internauti a fare scelte che paiono compiersi nel loro interesse, mentre in realtà so-

---

[93] Sulla circostanza secondo cui non vi siano al momento negli ecosistemi digitali alternative possibili al modello di trattamento dei dati personali dominante imposto dal *provider* si veda D. MESSINA, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*, in *MediaLaws*, 2, 2019, p. 169.

[94] *Ivi*, punto 151.

[95] Per un approfondimento in merito al percorso normativo compiuto dall'Unione Europea nell'adozione della Direttiva 1995 si veda S. SIMITIS, *From the Market to the Polis: The EU Directive on the Protection of Personal Data*, in *Iowa L. Rev.,* Vol.80, 3, 1995, p. 445 ss.

[96] Sul punto le interessanti considerazioni di F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in FINOCCHIARO G., (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli Editore, Bologna, 2019, pp. 138-138. Si veda anche D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. critica dir. priv*., 1998, pp. 350-351.

[97] Illuminanti in tal senso le riflessioni di W. HARTZOG, *Privacy's Blueprint. The Battle to Control the Design of New Technologies*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, and London, England, 2018, p. 5. Sul punto, si vedano le considerazioni di P. MASALA, *Emerging collective implications of personal da processing: challenges and responses in the European context*, in T. GROPPI-V. CARLINO-G. MILANO (edited by), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: a Comparative Perspective*, Agosto 2022, p. 264 ss.

[98] Sul concetto di «*market manipulation*» si veda M. R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *Geo. Wash. L. Rev*., Vol. 82, n. 4, 2014, p.1004 ss.

[99] Sulla definizione di *dark patterns* H. BRIGNULL, *Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you*, in *The Verge*, consultabile al sito The Verge, August 29, 2013.

no compiute nell'interesse della piattaforma [100]. Sono molteplici le tipologie di percorsi oscuri predisposte dagli sviluppatori. Tuttavia, senza voler scendere in un'analisi tassonomica degli stessi, può essere senz'altro utile ricordare quelli progettati per far sì che gli utenti diano il consenso al trattamento di una quantità di dati personali maggiore rispetto a quella che sarebbe effettivamente dovuta in base alle finalità del trattamento stesso [101].

È evidente che gli schemi non trasparenti si pongano in chiaro e palese contrasto con le norme in materia di protezione dei dati personali [102]. Si pensi ad esempio, a quel particolare inganno con cui si autorizza il tracciamento mediante *cookies consent pop-ups*. Il meccanismo viene ideato per fare in modo che nell'interfaccia grafica si mostri per prima cosa il pulsante di accettazione al tracciamento (*opt-in*) e lo si renda visibile, comodo e semplice da selezionare al fine di indurre l'utente a scegliere questa opzione e liberarsi del *banner* il più velocemente possibile per accedere alle informazioni che sta cercando sulla rete. Al contrario, se decidesse di rifiutare, non avrebbe modo di selezionare così facilmente il *banner* del rifiuto (*opt-out*) perché prima di declinare definitivamente la richiesta, si aprirebbero all'utente ulteriori finestre che gli impedirebbero, in sostanza, di compiere una scelta immediata. Rinunciare ad essere tracciati si rivela essere una scelta molto più defatigante per l'utente piuttosto che accettare di esserlo. È ovvio che un'interfaccia grafica di questo tipo non consente all'utente di scegliere in modo del tutto libero ed autonomo perché è evidente che, in mancanza di tempo ed avendo la necessità di accedere ai contenuti disponibili in rete nella maniera più veloce possibile, l'utente scelga il percorso digitale più comodo e celere sebbene quest'ultimo si riveli contrario ai principi generali del trattamento dei dati personali quali *in primis* quelli di trasparenza, correttezza, finalità e minimizzazione di cui all'articolo 5 del GDPR.

È chiaro che la mera adesione al trattamento prestata mediante strategie manipolative non possa dirsi effettivamente libera [103]. Già nel 1973 Rodotà in *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, sosteneva che il consenso fosse innanzitutto uno schema formale, «[…] una finzione», in quanto "[…] ci si rende progressivamente conto dell'impossibilità di affidare alla sola iniziativa dell'individuo isolato, dotato di un illusorio 'potere della volontà', il compito di controllare e contrastare quello che è un vero e proprio potere normativo delle imprese [104]». Queste parole, che a rileggerle avendo in mente l'attuale contesto economico sembrano quasi "profetiche", sono in grado di descrivere perfettamente lo stato nel quale oggi versa il consenso. Dinanzi all'emergere di tecnologie sempre più pervasive, il consenso non può definirsi libero almeno nel

---

[100] Per approfondire, A. ZAC-Y.-C. HUANG-A. VON MOLTKE *et al*., *Dark Patterns and Online Consumer Vulnerability*, in *Working paper CCLP(L)55*, 2023, p. 7.

[101] A tal riguardo si veda: M. RYAN CALO, *Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)*, in *Notre Dame L. Rev.,* Vol, 87, 3, 2012, p. 1038.

[102] Per una panoramica esaustiva sulle varie tipologie di percorsi oscuri in palese contrasto col GDPR si veda EDPB, *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, 14 marzo 2022, p. 3, consultabile al sito ufficiale EDPB.

[103] In tal senso, A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law & Security Review*, 30, 2014, p.649 ss, ed ancora cfr. C. J. HOOFNAGLE-A. SOLTANI-N. GOOD *et al*., *Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse* in *Harv. L. & Pol'y Rev. Harv.*, Vol. 6, 2021, p. 294 ss.

[104] Per approfondire si veda S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 50.

senso in cui viene inteso dalle normative in materia di *privacy* [105]. Se viene prestato per effetto di strategie manipolatorie che riducono la soglia dell'attenzione [106] o per il tramite di informative, che si rivelano tutt'altro che concise, trasparenti, intellegibili o facilmente accessibili [107], tanto da disincentivare l'utente a leggerle integralmente, è chiaro che il consenso non costituisca più il perno del sistema attorno al quale ruota la protezione dei dati personali [108].

Sul piano legislativo, paiono meritevoli di menzione i recenti sforzi di diversi legislatori che, per risolvere le problematiche connesse all'inefficacia del consenso, hanno adottato alcune soluzioni innovative sul piano regolatorio. Nello specifico, negli Stati Uniti il *California Privacy Act*, legge settoriale in tema di tutela della *privacy*, fornisce per la prima in assoluto una soluzione ai *dark patterns* prevedendo espressamente che il consenso conseguito mediante percorsi oscuri non possa essere considerato liberamente prestato [109] e ne vieta pertanto l'utilizzo sancendo la regola secondo cui, in caso di acquisizione del consenso espresso mediante *opt-in*, non debbano essere usati *dark patterns*. L'ottica del legislatore californiano è, dunque, quella volta a progettare un ambiente digitale che sia effettivamente *privacy-preserving* che ponga l'utente nella condizione di scegliere in modo del tutto consapevole se prestare o meno il consenso al trattamento, senza essere indotto a farlo sulla base di inganni tecnologici e finalità di profilazione commerciale occulta.

Sul fronte europeo, invece, sono innanzitutto meritevoli di nota le Linee guida adottate a marzo 2022 con le quali lo *European Data Protection Supervision* esorta e raccomanda, principalmente agli ingegneri informatici, di costruire interfacce grafiche prive di schemi non trasparenti e manipolatori. Alle linee guida si sono aggiunti poi il *Digital Service Act* che, al Considerando 67, menziona apertamente gli effetti pregiudizievoli che gli schemi non trasparenti possono avere sull'autonomia degli utenti ed al quale fa eco il *Digital Markets Act* (in seguito DMA). Il Considerando 37 del suddetto regolamento afferma apertamente che i *gatekeepers* «non dovrebbero progettare, organizzare o gestire le loro interfacce online in modo tale da ingannare, manipolare ovvero compromettere o falsare in altro modo, in misura rilevante, la capacità degli utenti finali di prestare liberamente il proprio consenso».

Sul piano delle possibili soluzioni si colloca anche la metodologia del *legal design* nata dalla necessità di semplificare un concetto legale attraverso l'uso di elementi testuali e para-testuali, come le icone grafiche, che ne veicolino facilmente la comunicazione e ne favoriscano la comprensione in modo chia-

---

[105] Cfr. I. A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *DIMT*, 25 gennaio 2017, p. 11.

[106] Sul punto, cfr. D. POLETTI, *Commento all'articolo 6 del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 196.

[107] Sul punto, CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, (GRANDE SEZIONE) 1 ottobre 2019, C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH*, par.57. Sul punto per approfondire si veda T. POLVANI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel dialogo fra le Corti*, in E. CREMONA-F. LAVIOLA-V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 137.

[108] Cfr. F. H. CATE-V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *Int. Data Priv. Law.*, Vol. 3, 2, 2013, p. 67 ss. Inoltre, si veda D. SOLOVE, *Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harv. Law Rev.*, Vol. 126, 2013, p. 1885.

[109] Il testo del *California Consumer Privacy Act* è consultabile sul sito ufficiale dello *State of California Department of Justice*.

ro, efficace e trasparente [110]. La soluzione che si propone consiste nel cercare di applicare questo metodo alle informative *privacy* affinché diventino facilmente comprensibili per gli utenti, a prescindere dal loro grado di consapevolezza in merito alle norme in materia *data protection*.

Si tratta di primi tentativi che, proprio in considerazione dei metodi con i quali le grandi società influenzano la volontà degli utenti, possono senz'altro aiutare alla costruzione di un ambiente digitale in cui l'utente, nel momento in cui decide di autorizzare il trattamento, esprima un consenso libero, senza alcun previo condizionamento da parte del titolare-piattaforma perché in caso contrario sarebbe «necessitato [111]» e renderebbe il trattamento illecito.

3. Pubblicità personalizzata: il legittimo interesse non può sempre essere una via di fuga per i guardiani dei mercati digitali

La Corte di Giustizia dopo aver stabilito che l'invalidità del consenso può desumersi anche dall'esistenza di una posizione di dominanza economica nel mercato digitale, tenta di risolvere un'altra questione legata alla possibilità di rinvenire nel perseguimento del legittimo interesse da parte di Meta una base giuridica idonea a legittimare il trattamento dei dati personali per finalità di pubblicità comportamentale. In questi casi, il trattamento per essere considerato lecito deve, ai sensi dell'articolo 6, par. 1, *lett. f)*, risultare «necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

Come si evince dal dettato normativo della disposizione, questa base giuridica prevede, ai fini della sua applicazione, che il titolare sia chiamato a svolgere un vero e proprio bilanciamento tra l'interesse al trattamento vantato dallo stesso titolare o da un terzo e quelli contrapposti dei soggetti cui i dati personali ineriscono al fine di individuare quale sia quello prevalente [112]. Ad esplicitare il modo in cui questo bilanciamento di interessi differenti debba avvenire è il considerando 47 del regolamento UE 2016/679, il quale, dopo aver previsto che per finalità di *marketing* diretto la base giuridica del trattamento può essere un legittimo interesse del titolare, affida direttamente a quest'ultimo, il compito di procedere ad un'attenta valutazione degli interessi contrapposti [113], tenendo conto «delle ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento» nonché dell'«[…] eventualità che l'interessato, al momento e nell'ambito della raccol-

---

[110] Per approfondire questi aspetti di indubbia attualità, si veda: L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come rimedio ex ante*, in *Dir. Inform.*, 2, 2020, pp. 307-308.

[111] Sul consenso «necessitato» cfr.: S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media Laws*, 3, 2019, p.138.

[112] Cfr. S. SCARAGLINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 2, 2021, p. 503 alle cui considerazioni fanno eco quelle di I. M. ALAGNA *et al.*, *Commento all'articolo 6 del Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, n.679*, *Op.cit.*, p. 96.

[113] Sul punto, cfr. P. TRIGO KRAMCSÁK, *Can legitimate interest be an appropriate lawful basis for processing Artificial Intelligence training datasets?* in *CLSR*, Vol. 48, 2023, p. 10.

ta dei dati personali, possa ragionevolmente attendersi che abbia luogo un trattamento a tal fine».

Ebbene, oltre al bilanciamento fra interessi contrapposti, l'uso del legittimo interesse quale base giuridica idonea al trattamento dei dati personali richiede la sussistenza di tre imprescindibili condizioni cumulative individuate dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea in diversi casi giurisprudenziali e richiamate al paragrafo 101 sino al 107 della decisione in commento. In primo luogo, verificare che il titolare del trattamento o un soggetto terzo perseguano un legittimo interesse; in secondo luogo, accertare che il trattamento dei dati personali debba essere effettivamente necessario a realizzare un legittimo interesse ed, infine, che gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato non prevalgano sul legittimo interesse del titolare o del terzo [114].

Fra gli interessi della società californiana, quale titolare del trattamento, ne sono stati segnalati diversi, ma è la personalizzazione della pubblicità che merita maggiore approfondimento in quanto ad essa la Corte, ha dedicato particolare attenzione perché connessa alla pubblicità comportamentale [115]. I giudici hanno ritenuto che la personalizzazione dei contenuti pubblicitari non possa ritenersi un legittimo interesse in grado di giustificare il trattamento dei dati personali compiuto in assenza di consenso da parte dell'utente. Tuttavia, nel caso della pubblicità mirata sarebbe più che legittimo visto che la pubblicità, insieme alla commercializzazione diretta tradizionale o altre forme di commercializzazione di beni e servizi, è considerata una degli esempi di legittimo interesse in grado di giustificare il trattamento dei dati personali in assenza di consenso. Si tratta, infatti, di casi in cui, come ha sostenuto correttamente Federico Ferretti, il *test* di bilanciamento che accompagna l'art. 6, par. 1, *lett.f)* del GDPR consente alla norma di avere maggiore flessibilità rispetto alle altre condizioni di legittimità del trattamento [116]. È quanto si è verificato col provvedimento del Garante italiano per la protezione dei dati personali che, dopo aver bloccato la distribuzione di ChatGPT [117], ha ingiunto alla società OpenAI che lo ha sviluppato di adottare una serie di misure alle quali si è poi conformata rendendo, così, di nuovo accessibile il proprio prodotto digitale anche in Italia. Fra le varie misure proposte del Garante, anche la «modifica della base giuridica del trattamento dei dati personali degli utenti ai fini dell'addestramento algoritmico» [118], con la quale viene eliminato ogni riferimento al contratto ed usata come base giuridica del trattamento il consenso o il legittimo interesse.

Sebbene la Corte sia ben consapevole di ciò, solleva dubbi in merito perché gli utenti, all'atto di iscrizione alla piattaforma, non possono ragionevol-

---

[114] Fra le molte cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza 4 maggio 2017, C-13/16, *Valsts policijas Rigas c. Rigas pašvaldibas*, punto 60; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza 17 giugno 2021, *M.I.C.M. c. Telenet BVBA*, punto 127.

[115] Sul punto le riflessioni di V. BACHELET, *Il consenso oltre il consenso*, Pacini Editore, Pisa, 2023, p. 46 ss.

[116] Cfr. F. FERRETTI, *Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers Much a do about Nothing or the Winter of Rights?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, 3, 2014, p. 843 ss.; inoltre P.BALDONI-D. COOPER-R. IMPERIALI *et. al*., *Legitimate Interest of Data Controller. New Data protection paradigm: legitimacy grounded on appropriate protection*, in *Int. Data Priv. Law*., Vol. 3, 4. 2013, p. 251.

[117] *Software* di Intelligenza Artificiale generativa.

[118] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento n.114 dell'11 aprile 2023*, consultabile sul sito ufficiale del Garante per la Protezione dei dati personali.

mente attendersi che, senza il loro consenso, il titolare del trattamento, nel qual caso Meta, tratti i dati per personalizzare i contenuti degli annunci pubblicitari online [119]. Viene, dunque, a mancare secondo la Corte quella ragionevole aspettativa che consente all'interessato di attendersi che, in virtù del valore economico dei dati, la raccolta ed il processamento degli stessi possa essere destinato a finalità di tipo commerciale o di *marketing* [120]. È evidente che in questa situazione i giudici del Lussemburgo abbiano voluto considerare prevalenti i diritti fondamentali e gli interessi degli iscritti rispetto all'interesse prettamente economico legato alla personalizzazione della pubblicità digitale [121].

La Corte di Giustizia, dunque, torna ad affermare come sia il consenso la sola base giuridica idonea ad autorizzare il trattamento dei dati personali degli utenti nei mercati digitali in caso di pubblicità personalizzata. Si ripropone, dunque, un orientamento emerso precedentemente nelle due decisioni vincolanti del 5 dicembre 2022 con le quali lo EDPB, dinanzi alla scelta o meglio, allo stratagemma di Meta di modificare i termini di servizio per rendere conforme al GDPR l'attività di profilazione connessa al *behavioral advertising* [122], ha statuito che, per la resa del servizio di pubblicità comportamentale, è necessario un consenso specifico e distinto degli utenti. In questo modo, lo EDPB arriva a sostenere che l'unica e valida base giuridica di questa tipologia di trattamento dei dati personali degli utenti debba essere il consenso [123].

Una rinnovata importanza del consenso è rinvenibile non solo sul piano della prassi giurisprudenziale eurounitaria, ma anche sul piano legislativo. All'articolo 5, par. 2, *lett. a)* del DMA viene introdotto un divieto generalizzato di trattamento, uso incrociato, combinazione ed accesso per fini di combinazione dei dati personali che i guardiani dei mercati digitali sono in grado di acquisire, all'interno ed all'esterno, dei propri ecosistemi digitali mediante sistemi di tracciamento, salvo il caso in cui gli utenti non abbiano espresso il proprio consenso al trattamento. È palese che la norma erediti le vicissitudini che hanno accompagnato il caso tedesco dal 2016. Non deve sorprendere, dunque, che nella disposizione confluiscano elementi attinenti sia al diritto della concorren-

---

[119] Per approfondire si veda M. MASSIMI, *Quali orizzonti per il marketing?*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, in R. PANETTA (a cura di), *Commentario al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, 2019, Giuffrè, Milano, pp. 619-651 ed inoltre si aggiunga sempre con riguardo al legittimo interesse il parere del WP29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE*, 9 aprile 2014, p. 27 ss, consultabile al sito ufficiale del WP29.

[120] Cfr. G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali*, in E. CREMONA-F. LAVIOLA-V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 58 ss.

[121] In tal senso, cfr. C. D'AGATA, *Il legittimo interesse del titolare o di un terzo nel quadro dei diversi presupposti di legittimità del trattamento*, in R. PANETTA (a cura di), *Commentario al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, 2019, Giuffrè, Milano, 2019, p. 92.

[122] Si vedano sulla questione V. MOREL-C. SANTOS *et al*., *Legitimate Interest is the New Consent – Large-Scale Measurement and Legal Compliance of IAB Europe TCF Paywalls*, consultabile in arXiv:2309.11625, 2023, p. 2 ss. Per i profili più strettamente civilistici della vicenda si vedano le riflessioni di V. BACHELET, *La Corte di giustizia sul caso Meta: trattamento dei dati e "prezzo" del consenso,* in *Pactum*, 4, 2023, pp.498-499.

[123] Cfr. EDPB, *Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)* consultabile al sito ufficiale dello EDPB ed inoltre EDPB, 5 dicembre 2022, *Binding Decision 4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service (Art. 65 GDPR)*, consultabile al sito dello EDPB.

za sia al diritto della protezione dei dati personali, come, tra l'altro, pare evincersi dal dettato normativo del Considerando 36 del DMA [124].

Tuttavia, anche in tal caso, il problema, o meglio – verrebbe da dire – *the elephant in the room* che i regolatori ed i legislatori si ostinano a non vedere, è legato al valore ormai meramente formale del consenso che col tempo ha finito per perdere il ruolo di baluardo dell'autodeterminazione informativa degli utenti. Pare, infatti, condivisibile la posizione di alcuni studiosi, fra i quali quella di Rupprecht Podszun, che innanzi ad una disposizione di questo genere hanno espresso dubbi e perplessità, legate non tanto al tentativo della Commissione Europea di collegare fra loro diritto antitrust e *data protection*, quanto all'indeterminatezza che accompagna il concetto di consenso ormai da tempo, il che è indubbio, sia riscontrabile anche nell'articolo 5 lett. a) del DMA in cui vengono richiamati i requisiti di validità dello stesso in mero ossequio agli artt. 4 n.11 e 7 del GDPR [125]. È scontato allora dire che qualcosa debba essere cambiato ed i tentativi di cui si è detto in precedenza potrebbero in parte risolvere il problema connesso alle «*pathologies of digital consent*» [126], come sono state definite giustamente da Richards e Hartzog.

4. Alcune considerazioni finali

Questa sentenza non passerà e, non deve passare inosservata. Soprattutto da parte di quegli studiosi di diritto antitrust che hanno escluso sin dal primo provvedimento adottato dal *BKARTA* che il diritto della concorrenza e la normativa in materia di protezione dei dati personali potessero cooperare fra loro e muoversi all'unisono non solo per arginare il potere degli ecosistemi digitali, ma anche per ripristinare l'autonomia e la libertà di scelta dei consumatori algoritmici. Tuttavia, proprio la tradizione ordoliberale, non strettamente legata all'analisi economica del diritto di matrice chicaghiana, ha consentito alla Corte di Giustizia di compiere un passo in avanti e di proiettarsi verso un possibile ripensamento della teoria del danno concorrenziale in cui le autorità garanti della concorrenza sostituiscano al prezzo sovra-competitivo l'accertamento di un'eventuale degradazione di un parametro prettamente qualitativo come quello della *privacy*, dal cui peggioramento – provato per il tramite di una violazione della *data protection* – sia possibile desumere l'esistenza del danno concorrenziale.

Alcuni studiosi, fra cui Pietro Manzini, che hanno per primi commentato la vicenda, mettono in luce alcune criticità della pronuncia. In primo luogo, sostengono che consentire alle *authorities* della concorrenza, nel corso di un'indagine, di dedurre un illecito antitrust da una violazione della *privacy* «probabilmente condizionerà in maniera significativa l'esito della decisione

[124] Cfr. W. KERBER, *Taming Tech Giants: The Neglected Interplay Between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law*, in *Antitrust Bull.*, Vol. 67, 2, p. 291 ed inoltre sempre in tal senso W. KERBER-K.K. ZOLNA, *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*, in *Eur. J. Law Econ*, Vol.54, 2, 2022, p. 240.

[125] Cfr. R. PODSZUN, *Should Gatekeepers Be Allowed to Combine Data? Ideas for Art. 5(a) of the Draft Digital Markets Act*, in *GRUR International*, Vol. 71, 3, 2022, p. 197 ss.

[126] Per approfondire si vedano N. RICHARDS-W. HARTZOG, *The Pathologies of Digital Consent*, in *Wash. U. L. Rev.*, Vol. 96, 6, 2019, p. 1464 ss.

antitrust» [127], lasciando così intendere che il peso attribuito alle norme in materia di *data protection* potrebbe rivelarsi eccessivo, una sorta di "invasione di campo", mal tollerata in un ambito in cui la competenza a decidere spetta alle autorità garanti della concorrenza e non alle autorità di controllo. Sebbene ciò sia possibile, occorre anche notare che la Corte di Giustizia è stata piuttosto chiara nel delimitare i casi in cui una non conformità alla disciplina in materia di *data protection* potrebbe essere considerata quale indizio da cui desumere un abuso di posizione dominante. Lo si evince al paragrafo 48 della decisione in cui il riferimento alla violazione della *privacy* viene sì definito quale «importante indizio» dal quale ricavare la prova di una eventuale distorsione dei principi della concorrenza, ma la cui importanza non vale di per sé, vale solo se è in rapporto alle altre «[…] circostanze rilevanti del caso di specie».

Se ne ricavano principalmente due considerazioni. In primo luogo, l'integrazione fra le due discipline non verrà applicata in maniera generalizzata ed in secondo luogo le autorità garanti potranno far ricorso ad essa solo in una serie limitata di casi [128]. Si pensi alla vicenda giudiziaria che ha visto la FTC accusare Facebook di monopolio innanzi alla Corte Federale del Distretto di Columbia. L'agenzia governativa americana non ha soltanto dimostrato in giudizio che l'esistenza di un consolidato potere monopolistico sarebbe dovuta al peggioramento dei livelli di protezione dei dati personali per effetto della violazione delle norme in materia di *privacy* da parte della piattaforma, ma ha dato prova, inoltre, che il raggiungimento del monopolio è ascrivibile anche all'adozione di condotte anticompetitive con finalità escludenti, fra le quali rientrano le acquisizioni predatorie di Instagram e WhatsApp e l'imposizione ad *apps* terze indipendenti di condizioni anticoncorrenziali tese ad impedire l'accesso alle interfacce di programmazione della piattaforma [129]. Come è evidente in questa vicenda, la violazione della *privacy* ha sì rappresentato un elemento di prova dal quale desumere l'esistenza di una posizione di monopolio, ma non è stato l'unico elemento che la Corte Federale ha tenuto in considerazione. Lo ha valutato quale indice che insieme ad altre evidenze processuali consente di accertare la sussistenza di un pregiudizio del processo competitivo.

È anche vero che, nei mercati digitali, i regolatori potrebbero far uso maggiore della cooperazione fra antitrust e *data protection* proprio perché, come si avuto modo di vedere anche nel caso americano *FTC v. Facebook* di cui si è detto poc'anzi [130], non è possibile negare che negli ambienti digitali creati dai guardiani dei mercati il potere economico di questi operatori cresca in modo inversamente proporzionale ai livelli di tutela dei dati personali. Ricorda Neil Richards che «*information is power*» [131] per cui è ovvio che avere a disposi-

---

[127] Sul punto, si vedano le considerazioni di P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: la strana coppia*, in *I Post di AISDUE*, V, 10, 2023, p. 219.

[128] In tal senso, A. R. MARTÍNEZ, *A threshold can take you further than a statement – the court of Justice's ruling in Meta Platforms and Others (Case C-252/21)* in *Diritti Comparati*, 13 settembre 2023.

[129] Per una disamina del caso si veda A. LICASTRO, *Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook*, in questa *Rivista*, 1, 2022, p. 340 ss.

[130] *Ibidem*.

[131] Cfr. N. M. RICHARDS, *The dangers of Surveillance*, in *Harv. Law Rev*., Vol. 126, 2013, p. 1934 ss. Inoltre, in tal senso, si veda C. VÉLIZ, *Privacy is Power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*, Penguin Random House, London, 2020, p. 48. L'Autrice, in merito al rapporto fra potere e tutela della *privacy*, sostiene che "[…] *privacy matters because the lack of it gives others power over you*» in cui per «*others*» si intendono le piattaforme digitali.

zione un maggior numero di dati, ottenuti proprio grazie al mancato rispetto della normativa in materia di *data protection*, consenta alle grandi società del digitale di aumentare il proprio potere informativo, seppur a discapito del processo competitivo.

In secondo luogo, Manzini si fa portatore di un'altra eccezione del tutto legittima e legata al problema dell'inversione dell'onere probatorio che sembra porsi in contrasto con quanto previsto dal regolamento UE 679/2016 secondo cui la prova della violazione della normativa in materia di *data protection* spetta al titolare del trattamento. Tuttavia, nel caso degli illeciti antitrust è all'autorità garante che spetta dimostrare l'illiceità della condotta commerciale [132]. Per risolvere quello che Manzini definisce «cortocircuito sul piano probatorio» pare potersi ipotizzare, invece, l'introduzione *de jure condendo* di un'effettiva inversione dell'onere probatorio, definita da Tommaso Valletti in materia di concentrazioni, «*rebuttable structural presumption*» [133]. L'ecosistema digitale dovrebbe dimostrare che alla degradazione di un fattore prettamente qualitativo come la *privacy* non corrisponde l'aumento del potere economico della piattaforma e, dunque, che non è stato pregiudicato in alcun modo né l'obbligo di pressione competitiva con le imprese concorrenti e neppure il diritto del consumatore di scegliere liberamente l'alternativa commerciale di cui avvalersi fra le tante esistenti.

Pare di poter dire che la decisione della Corte di Giustizia, criticabile o meno sotto vari aspetti, compia un tentativo più che meritorio di guardare al di là dello "steccato" in cui convivono due dei principali approcci che hanno contraddistinto la storia della regolazione dei mercati digitali degli ultimi anni, *deregulation* da un lato ed *ex ante regulation* dall'altro. Prospetta così, una strada alternativa o quanto meno complementare a quella tracciata fino ad ora. Occorre, riconoscere che la *data protection* ha un compito di per sé regolatorio che non contrasta, ma si integra alla perfezione con i principi della concorrenza; sempre che le autorità antitrust, compresa la stessa Commissione Europea, siano in grado di riconoscere alla *privacy* il suo valore di dimensione qualitativa della concorrenza alternativa al prezzo.

[132] Cfr. P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: la strana coppia*, *Op.cit*., p. 219.

[133] Cfr. T. VALLETTI, *How to Tame the Tech Giants: Reverse the Burden of Proof in Merger Reviews*, in *Promarket*, June 28, 2021, p.4, consultabile al sito Promarket.org, (ultimo accesso: 4 ottobre 2023).

Recensione a Stefano Mannoni – Emiliano Paglia, *Comunicazioni elettroniche Italian Style*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022

Quale ruolo si delinea per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) nell'era delle tecnologie digitali e della convergenza? La pervasiva disciplina dettata dall'Unione europea e la funzione che la stessa attribuisce alla Commissione, permettono alla nostra Autorità di apportare un contributo, autonomo e innovativo, in un settore tanto cruciale per lo sviluppo economico del paese quanto decisivo per la tutela dei diritti fondamentali e dei valori costituzionali? Le polemiche che hanno accompagnato molte scelte dell'AGCom e l'arretratezza dell'Italia su alcuni aspetti chiave, quale lo sviluppo della fibra, sono indice di un funzionamento non all'altezza del ruolo che la legge n. 249/1997 le ha inteso assegnare? È da questi interrogativi che muove il vivace saggio di Stefano Mannoni e di Emiliano Paglia, nel tentativo di stilare un bilancio sull'operato dell'AGCom dopo 25 anni di attività.

Gli Autori hanno diversa formazione e sensibilità. Stefano Mannoni è un grande giurista, uno storico del diritto assai attento alle problematiche attuali in materia di regolazione, antitrust e di rapporto tra diritto e tecnologia. È stato Commissario dell'AGCom dal 2005 al 2012. Emiliano Paglia, invece, è ingegnere informatico, autore di numerose pubblicazioni e attualmente funzionario presso l'AGCom. Una sinergia, quella tra un giurista e un ingegnere, indispensabile per poter entrare nei meandri di una disciplina in cui i profili tecnici e quelli normativi sono tra loro strettamente connessi e interdipendenti. Una sinergia che ha permesso agli Autori di descrivere, con profondità e completezza di prospettiva, l'attività di una Istituzione chiamata quotidianamente ad affrontare questioni cui il giurista o il tecnico, da soli, non sarebbero in grado di fornire le risposte necessarie.

La riflessione svolta nel volume in commento aiuta a decifrare, sulla base di una prospettiva originale e convincente, l'attività di una Istituzione chiamata a svolgere un ruolo cruciale nella promozione e nella garanzia di fondamentali valori costituzionali riguardanti la libertà e segretezza delle comunicazioni, il pluralismo delle fonti informative, la libera concorrenza tra le imprese e la tutela degli utenti dei servizi di comunicazioni.

Un compito non facile, quello affidato all'AGCom, costretta a destreggiarsi, come sottolineano gli Autori, in un ordito istituzionale altamente competitivo, in cui è quotidianamente chiamata a misurarsi non solo con il giudice amministrativo, che esercita in maniera assai incisiva il proprio il proprio sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali, non solo con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), il cui ambito di intervento incrocia spesso il settore delle reti e dei servizi di comunicazione, ma anche, e soprattutto, con la Commissione europea.

È infatti noto che, nel settore in esame, Bruxelles rivendica da tempo un ruolo di guida e di controllo nei confronti delle autorità nazionali di regolamentazione. È l'Unione europea che ha scandito le tappe del processo di liberaliz-

zazione dei mercati delle reti e dei servizi comunicazione, tradizionalmente caratterizzati dalla presenza di monopoli statali, e che ha dettato le regole di fondo del mercato interno, affidando alla Commissione il compito di assicurarne l'uniforme applicazione in tutti gli Stati membri. Nell'esercizio di tale funzione, la Commissione è coadiuvata da "reti", quali il Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi e l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, create proprio per evitare il disallineamento delle autorità nazionali di regolamentazione e garantire il coordinamento tra queste e la Commissione. Alla quale il diritto dell'Unione attribuisce incisivi poteri di vigilanza e di intervento, fino al punto di poter bloccare le iniziative delle Autorità nazionali in settori strategici. In forza del codice europeo delle comunicazioni elettroniche (direttiva (UE) 2018/1972), in particolare, la Commissione può chiedere alle autorità nazionali il ritiro delle decisioni in materia di individuazione di mercati rilevanti, di designazione di imprese con significativo potere di mercato e di imposizione alle stesse di misure correttive, laddove ritenga che tali decisioni possano creare una barriera al mercato interno o essere incompatibili con il diritto dell'Unione.

Da tutto ciò discende che l'AGCom ha ormai perduto la centralità che la legge istitutiva le riconosceva e deve accontentarsi di un ruolo "minimale", di mero supporto rispetto a quello esercitato dalla Commissione? Nient'affatto, ci spiegano in maniera convincente gli Autori. L'Agcom è riuscita a costruire e governare l'ordinamento delle comunicazioni elettroniche in modo autonomo e incisivo, con un *Italian style* che ha permesso di ottenere risultati di tutto rispetto se posti in rapporto con quelli di altri Paesi. Questa conclusione, che sfata molti luoghi comuni, discende da un'analisi sul campo, condotta non attraverso una pedissequa ricognizione di carattere generale su tutte le attività dell'istituzione, ma attraverso un esame approfondito su alcuni "pilastri" che, sebbene spesso siano spesso rimasti fuori dai riflettori, sono giustamente parsi agli Autori come i puntelli decisivi del sistema delle comunicazioni elettroniche.

Il lavoro muove dall'attività vigilanza. Sono le api operaie della vigilanza, spiegano gli Autori, a garantire l'efficacia dell'azione regolatoria. L'AGCom si è mossa in questo campo con un *Italian style*, che le ha permesso di attuare i principi elaborati in sede europea in maniera compatibile con le peculiarità del nostro sistema. Ciò è accaduto, ad esempio, quando si è trattato di far osservare il principio di non discriminazione degli operatori alternativi da parte dell'operatore dominante. Qui l'AGCom ha saputo sapientemente dosare l'applicazione del sistema di *Equivalence of Output*, che impone di assicurare parità di trattamento in termini di prezzo nella fornitura dei servizi all'ingrosso alla divisione commerciale di Telecom Italia e agli operatori alternativi, e il modello di *Equivalence of Input*, che richiede la parità di trattamento anche in termini di condizioni tecniche. Un sapiente dosaggio, quello effettuato dalla nostra Autorità, che ha permesso all'Italia di allinearsi progressivamente, ma in autonomia, alla raccomandazione della Commissione europea sui modelli di *equivalence* idonei a garantire la non discriminazione.

Trovare un punto di equilibrio tra i modelli generali, elaborati da Bruxelles per garantire un quadro uniforme di regole nel mercato unico, e le peculiarità dei singoli sistemi nazionali. Su questo piano si è consumato lo scontro tra il pragmatismo italiano e il dogmatismo europeo. Scontro ben illustrato nel secondo capitolo del libro, dove si illustrano alcuni casi in cui l'AGCom, partendo da posizioni eterodosse, è riuscita a far sentire con forza la propria voce nel

dialogo (che in alcuni casi è parso trasformarsi in un "braccio di ferro") con la Commissione europea. Di ciò costituisce esempio la vicenda relativa alla fissazione dei prezzi per alcuni servizi all'ingrosso di importanza centrale nell'industria delle comunicazioni, quali l'accesso disaggregato alla rete in rame (ULL) e la terminazione per le chiamate sulla rete fissa e mobile. In questo settore le tariffe elaborate in sede nazionale, sebbene per certi aspetti non in linea con l'"eurotariffa" di Bruxelles, si sono rivelate uno strumento efficiente per promuovere la concorrenza e gli investimenti nelle infrastrutture di rete. Significativo è anche l'esempio della separazione funzionale che, dopo la sperimentazione in Italia con la creazione di Open Access, è riuscita a superare l'iniziale scetticismo emerso all'interno della Commissione, e ha poi trovato pieno riconoscimento nel codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

Nel terzo e ultimo capitolo gli Autori esplorano il settore delle reti e dei contenuti, oggetto di una regolazione che ben riflette un *Italian style* capace di proteggere e valorizzare il nostro patrimonio economico, culturale e sociale. Emblematici di questo approccio sono gli interventi a salvaguardia dell'industria culturale, tra cui il regolamento sulla rimozione dei contenuti online in violazione del *copyright* (delibera 398/11/CONS). L'AGCom ha dimostrato di riuscire a superare la vecchia narrativa che configurava Internet come lo spazio libero, refrattario a ogni forma di regolazione, e ha fatto da battistrada all'Unione europea. Il recente regolamento europeo sui servizi digitali (il Digital Services Act) ha infatti ridimensionato l'immunità concessa agli intermediari online dalla direttiva sull'*e-commerce* (2000/31/CE). La direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale ha finalmente apprestato un sistema di tutela del *copyright* online. La direttiva sui servizi di media audiovisivi ha infine disciplinato le piattaforme di *video-sharing*, imponendo anche ad esse il rispetto di una serie di obblighi che vanno dalla protezione dei minori al divieto di contenuti illegali. Espressione di *Italian style* è stata poi la gestione dell'asta per l'assegnazione delle frequenze del 5G, che ha fruttato allo Stato un enorme gettito e ha permesso lo sviluppo di una infrastruttura indispensabile per lo sviluppo economico e sociale. Da ultimo, gli Autori non mancano di ricordare che l'AGCom è oggi chiamata a confrontarsi con la prima concreta applicazione del nuovo strumento del coinvestimento introdotto dall'art. 76 del codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Le scelte che l'AGCom sarà chiamata ad effettuare con riguardo all'offerta di coinvestimento presentata da TIM, costituiranno verosimilmente il *benchmark* internazionale in questo campo.

I risultati dell'attività svolta negli ultimi 25 anni dall'AGCom sono documentati nelle relazioni annuali presentate al Parlamento dal 2000 ad oggi. Esse sono senz'altro di grande utilità. Per una valutazione obiettiva del contributo concretamente offerto dall'AGCom allo sviluppo dell'ordinamento della comunicazione e alla tutela dei principi costituzionali ad esso correlati, tuttavia, serviva un'analisi sul campo, volta a "misurare" l'incidenza della nostra Autorità su un settore ormai plasmato, persino nei dettagli, dal diritto dell'Unione europea e dall'operato della Commissione. Il volume di Stefano Mannoni e di Emiliano Paglia ha l'indubbio merito di evidenziare, attraverso l'analisi di alcuni settori cruciali di intervento, quell'*Italian style* che ha permesso all'AGCom di governare con efficacia l'ordinamento delle comunicazioni.

di Filippo Donati