ISSN 2284-2934

Fascicolo **2** | 2025

RIVISTA DELLA
Regolazione dei mercati



Il mercato senza regolazione genera mostri

G. Giappichelli Editore



INDICE

Editoriale

Golden Power e disciplina della concorrenza
di *Federico Ghezzi* 295

SAGGI

Regolazione tariffaria ed eterointegrazione dei contratti
di *Simone Lucattini* 314

Il Digital Networks Act, fra nuove tecnologie, nuove dinamiche di mercato e vecchi principi regolatori
di *Antonio Manganelli* 331

Quando la regolazione si fa algoritmo: IA e piattaforme digitali per gli acquisti pubblici
di *Michela Passalacqua* 352

Fonti energetiche rinnovabili e paesaggio: criteri di composizione
di *Margherita Ramajoli e Bruno Tonoletti* 386

Capital Markets Union e interessi strategici nazionali
di *Andrea Sacco Ginevri e Luigi Scipione* 411

Gestione dei rischi ICT e governance bancaria
di *Filippo Sartori* 430

COMMENTI

Infrastrutture energetiche e potere tariffario
di *Eugenio Bruti Liberati* 443

L'efficienza energetica
di *Filippo Donati* 457

La rivisitazione dell'essential facility doctrine a partire dalla sentenza Android Auto
di *Lorenzo Grossi* 466

Transizione energetica e amministrazione condivisa: la collaborazione pubblico-privato nel caso di studio delle CER e delle CERS
di *Giulia Pucci* 487

Transizione energetica e tutela ambientale: tra dialogo e contrapposizione
di *Evelina Chiara Sansotta* 515

DIBATTITO

Innovazione tecnologica e poteri privati: quali politiche dell'Unione per essere competitivi?
di *Barbara Marchetti, Eugenio Bruti Liberati, Elisa Cavasino, Filippo Donati e Francesco Munari* 532

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo **2**| 2025

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, P. Chirulli, E. Chiti,
M. Clarich, U. Filotto, D. Gallo,
G. Gardini, F. Ghezzi, B. Marchetti,
A. Marra, F. Munari, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico
A. Albanese, A. Alemanno, 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, 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, G. Cavalieri, C. Fidato,
E. Furiosi, V. Gioffré, L. Grossi,
A. Magliari

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati



Golden Power e disciplina della concorrenza

Golden Power and Competition Law

di *Federico Ghezzi*[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Antitrust e Golden Power, dopo il Decreto Unicredit. – 3. Concorrenza e influenza 'interna' dei pubblici poteri sulle decisioni delle Autorità antitrust. – 4. Influenza 'esterna' dei pubblici poteri. – 5. Le speciali esenzioni dai divieti antitrust per motivi di interesse generale. – 6. La apparente neutralità concorrenziale del Golden Power. – 7. La apparente complementarità tra Golden Power e antitrust. – 8. Frequenza, estensione, e modo in cui lo strumento Golden Power è applicato possono tuttavia ingiustificatamente ledere l'assetto concorrenziale dei mercati. – 9. Golden Power, strumento essenziale per la protezione degli asset strategici europei, oppure degli asset strategici nazionali anche nei confronti dell'Europa?

1. Introduzione

Si è molto discusso se il periodo in cui stiamo vivendo si caratterizzi o meno per una marcata discontinuità rispetto al recente passato, ossia per un *risveglio* dello Stato e dei poteri pubblici nell'economia, in veste di regolatori, arbitri, e addirittura imprenditori con l'obiettivo di controllare, indirizzare, proteggere e – dunque – ingerirsi nei mercati e nel governo delle imprese [1]. In questo senso, non pare scorretto affermare che, in ambito economico, le molteplici crisi finanziarie, sanitarie e geopolitiche susseguitesi negli ultimi due decenni abbiano gradualmente spinto gli Stati quantomeno all'adozione di un approccio diverso, più 'visibile', proattivo, e di tutela diretta degli interessi e delle risorse nazionali. Un approccio dovuto, da un lato, al venir meno della fiducia nei principi che avevano spinto, in epoca di globalizzazione, verso una sempre maggiore apertura dei mercati e degli assetti proprietari, e legato, d'altro lato, alla necessità di orientare le scelte pubbliche verso l'obiettivo di rafforzare e al medesimo tempo salvaguardare imprese e settori domestici al fine di consentire loro di sopravvivere in un contesto internazionale sempre più incerto, complesso e aspro.

Per un verso, si è così aperta una nuova stagione per l'adozione di politiche

---

[*] Ordinario di diritto commerciale nell'Università L. Bocconi di Milano. Il contributo riprende, con l'aggiunta di alcune considerazioni e note, il testo della relazione *Golden power e diritto antitrust: sorpasso a sinistra?*, tenuta al Convegno "*Golden Power e Autorità di vigilanza: rapporti tra Stato e Mercato*", Courmayeur, 26-27 settembre 2025. Ringrazio, in particolare, Alberto Toffoletto, che ha presentato nello stesso convegno l'altra relazione sul medesimo tema, e con il quale mi sono confrontato prima e durante il convegno su temi che appassionano entrambi da moltissimi anni.

[1] Sotto questi profili, per quanto concerne in particolare il nostro Paese, si vedano le opinioni di G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022, F. BASSINI-G. NAPOLITANO-L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021, e S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2, 2024, p. 531 ss.

economiche e industriali volte a incrementare la competitività dei mercati e delle imprese, a favorire l'innovazione, nonché a ridurre il grado di dipendenza da tecnologie e materie prime provenienti da paesi ed economie terze, potenzialmente ostili [2].

Per altro verso, sono state concepite molteplici misure con finalità difensive, intese a salvaguardare, a livello nazionale, la presenza di efficienti catene di approvvigionamento, produzione e distribuzione, e a mantenere il controllo sulla proprietà e sull'utilizzo degli asset e delle infrastrutture considerate essenziali.

In quest'ultimo ambito possono pure collocarsi i meccanismi di screening degli investimenti esteri rilevanti per la sicurezza e l'ordine pubblico che in moltissimi ordinamenti sono stati introdotti e ampliati negli ultimi decenni e la cui finalità viene, in particolare, ricondotta a quella di evitare acquisizioni predatorie o distruttive del valore delle imprese da parte di soggetti – aziende o enti – 'stranieri' [3]. Come si è osservato, tali meccanismi di protezione hanno assunto rilievo preminente nell'ambito degli strumenti di intervento pubblico in campo economico, divenendo elementi di sistema pervasivi e di assoluto rilievo [4].

Il prepotente ritorno delle politiche industriali ed economiche e di un ruolo più attivo degli Stati ha avviato un vivace dibattito anche sul rapporto, complementare o antagonistico, con le politiche di concorrenza, sull'opportunità che la tutela della concorrenza debba cedere il passo rispetto ad altri obiettivi di natura generale [5], o al contrario che tutela della concorrenza e di obiettivi di politica industriale rappresentino due facce della stessa medaglia e possano, quindi, ampiamente coesistere [6].

---

[2] Su questi aspetti v. già E. BRUTI LIBERATI, *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in questa *Rivista*, 2023, p. 252 ss.; cfr., inoltre, A. PEZZOLI, *Il ritorno della politica industriale e l'antitrust*, in *Menabò*, 211, 2025, che si legge in *eticaeconomia.it*; G. BRUZZONE, *Rapporti tra politiche di concorrenza e politica industriale nella strategia europea per la crescita*, in *Politiche di Concorrenza e Politica Industriale, Sinergia o Conflitto?*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, 2023, in *Eurojus*.

[3] Negli ultimi trenta anni si è assistito ad un deciso aumento dei paesi che hanno adottato variegati meccanismi di screening degli investimenti esteri nei settori considerati strategici, o critici. Per un esame aggiornato del trend a livello internazionale, cfr. OECD, *Managing Security Implication of International Investment: Policy Developments in a Changing World*, Secretariat Research Note, March 2024.

[4] Così Roberto Chieppa, in O. PALLOTTA-G.M. POLITO, *Intervista a Roberto Chieppa: "Mercato interno, golden power e autonomia strategica europea: quale equilibrio?"*, in *Unione europea e Diritti*, 2025, p. 490; si vedano altresì G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2019, p. 549; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2022, p. 743 ss.; L. BELVISO, *Golden Power: profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 2. Sulla pervasività, intesa come tendenza del golden power a divenire strumento di uno stato panottico, v. le considerazioni di L. PICOTTI, *Il Golden Power e lo Stato Panottico che tutto vede, in Osservatorio Golden Power*, luglio 2025.

[5] Si ricorderà la reazione 'scomposta' dei governi francese e tedesco rispetto alla decisione della Commissione europea, 6 febbraio 2019, M.8677, *Siemens/Alstom*, con la quale si vietava la concentrazione tra Siemens e Alstom che avrebbe condotto a creare un campione super-dominante nei mercati europei del segnalamento ferroviario e del materiale rotabile ad alta e altissima velocità. La reazione, che ha certamente avuto i toni dello scontro, è di fatto costata la carriera politica all'allora Commissaria per la concorrenza Margarethe Vestager, ed era stata alimentata anche dallo spettro della imminente entrata dei concorrenti cinesi sui nostri mercati, mai verificatasi peraltro nei 7 anni successivi. Germania e Francia, a cui si unirono in seguito Italia e Polonia, firmarono un Manifesto in cui si invocava una sostanziale modifica delle norme in materia di concentrazioni per consentire di tenere conto esplicitamente della necessità di favorire crescita e competitività delle aziende europee, creando in tal modo campioni europei. Il Manifesto ha suscitato immediatamente grande dibattito, ma soprattutto grandi critiche, in dottrina; cfr. ad es. N. LEVY-D.R. LITTLE-H. MOSTYN, *Why Politics should stay out of EU merger control*, in *Concurrences*, 2/2019, pp. 23-30.

[6] La produzione dottrinale in argomento è sterminata, specialmente in campo economico. Tra

In questo lavoro si intende allora approfondire uno dei molteplici profili che si innestano nel dibattito più generale: il rapporto tra disciplina di controllo degli investimenti diretti (che in Italia ha preso il nome di Golden Power) [7] e normativa antitrust.

2. Antitrust e Golden Power, dopo il Decreto Unicredit

Il rapporto tra disciplina della concorrenza e sistemi di controllo degli investimenti esteri è da tempo al centro dell'attenzione degli studiosi [8], ma è divenuto di strettissima attualità, nel nostro Paese, all'indomani del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri con il quale sono state imposte alcune prescrizioni al fine di acconsentire al lancio di un'offerta pubblica di scambio, da parte di Unicredit sul Banco BPM, già autorizzata dalla Commissione europea sotto il profilo concorrenziale [9]. Dunque, un intervento successivo, di natura politica,

---

i molti interventi è sufficiente indicare quelli dei due premi Nobel francesi Jean Tirole e Philippe Aghion: cfr., in particolare, P. AGHION-J. CAI-M. DEWATRIPONT-L. DU-A. HARRISON-P. LEGROS, *Industrial Policy and Competition*, in *Am. Ec. J.: Macroeconomics*, 2015, pp. 1-32, e per una sintesi divulgativa, anche il recentissimo P. AGHION-M. DEWATRIPONT-P. LEGROS, *Competition Friendly Industrial Policy*, in *CPI Antitrust Chronicle*, May 2025, pp. 2-7; J. TIROLE, *Competition and Industrial Policy in the 21st Century*, in *Oxford Open Economics*, 2024, pp. i983-i1001. Quanto alla dottrina giuridica italiana, mi limito a segnalare alcuni scritti dedicati specificamente al tema del rapporto tra tutela della concorrenza e politiche industriali pubblicati dalla Rivista della Regolazione dei Mercati in occasione del convegno celebrativo del suo decennale: v. L. TORCHIA, *I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio*, in questa *Rivista*, 2024, pp. 315-322; M. RAMAJOLI, *Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, ivi, pp. 323-340; M. GRILLO, *Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione*, ivi pp. 341-360; M. CLARICH, *Nuovi scenari globali e diritto dell'economia*, ivi, pp. 425-443.

[7] Il Golden Power, la cui disciplina, per ragioni di spazio, non può essere qui esaminata, consente al Governo di imporre condizioni alle operazioni di concentrazione, di porre il veto a decisioni societarie, nonché di vietare acquisizioni che coinvolgono società che operano in determinati settori o che detengano determinati attivi di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale ed è stato inizialmente introdotto con d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 20212, n. 56). L'ambito di applicazione del Golden Power è stato successivamente più volte ampliato attraverso una serie di decreti e atti normativi, che tra l'altro hanno reso permanenti alcune disposizioni che avrebbero dovuto avere natura temporanea. Per un esame della progressiva evoluzione della disciplina del Golden Power e del suo attuale ambito di applicazione v. A. SACCO GINEVRI, *L'espansione del golden power tra sovranismo e globalizzazione*, in *RTDE*, 2019, I, p. 151 ss.; G. DELLA CANANEA-L. FIORENTINO (a cura di), *I poteri speciali del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; F. RIGANTI, *I golden powers italiani tra "vecchie" privatizzazioni e "nuova" disciplina emergenziale*, in *NLCC*, 2020, pp. 867-908; A. SACCO GINEVRI, *Golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19, in Giur. Comm., I, 2021, pp. 282-294*; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2022, 743 ss.; ASSONIME, Circolare n. 11/2023, *Poteri speciali dello Stato. Evoluzione del quadro normativo e profili operativi dei Golden Powers*; L. BELVISO, *Golden Power*, cit., p. 103 ss.; per ulteriori aggiornamenti 'in continuo', v. M. CARPAGNANO, *Compendio normativo Golden Power*, che può leggersi in www.osservatoriogoldenpower.eu.

[8] Tra i molti lavori dedicati al rapporto tra Golden Power (e più in generale politiche industriali) e antitrust v. il recente approfondito contributo di A. LICASTRO, *Salvaguardia dell'autonomia strategica dell'Unione europea e tutela della competitività del mercato unico. La linea sottile fra golden power e antitrust*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2025, in part. pp. 610 ss. e gli ampi riferimenti bibliografici contenuti; per un panorama a livello europeo e internazionale, cfr. K. FACH GOMEZ-A. GOURGOURINIS-C. TITI (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: International Investment Law and Competition Law*, Springer, Berlin, 2020; P. FINCKERBERG BROMAN, *The parallel development of FDI and Competition Policy*, in ID., *Weaponizing EU State Aid Law to Impact the Future of EU Investment Policy in the Global Context*, Springer, Berlin, 2023, pp. 38-82.

[9] Si v. la nota della Presidenza del Consiglio dei ministri del 18 aprile 2025, con la quale è

asseritamente giustificato da esigenze di sicurezza nazionale, che ha modificato l'esito di una valutazione che aveva ritenuto l'operazione compatibile, ossia concorrenzialmente lecita, con il mercato europeo ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 in materia di concentrazioni tra imprese [10].

Come è noto, Unicredit ha impugnato il Decreto del Governo di fronte al Tar del Lazio, il quale ha parzialmente accolto il ricorso su taluni aspetti legati alle prescrizioni [11]. Inoltre, la stessa Commissione è intervenuta dapprima con una richiesta di informazioni alle autorità italiane e in seguito adottando una Valutazione preliminare nella quale ha ipotizzato che l'Italia avesse violato l'art. 21, regolamento (CE) n. 139/2004 sia sotto il profilo procedurale, sia sotto il profilo sostanziale [12]. Mentre la vertenza tra Governo italiano e Commissione europea è proseguita, ed è tutt'ora in corso [13], nel quadro di estrema incertezza venutosi a creare Unicredit ha comunicato di rinunciare all'offerta pubblica [14].

Non vi è qui lo spazio per esaminare tale, indubbiamente intricata, vicenda [15]. Essa ha tuttavia contribuito a far emergere il possibile conflitto tra disciplina antitrust delle concentrazioni e meccanismi di controllo degli investimenti esteri, anche a motivo dell'imposizione, da parte della Presidenza del Consiglio italiana, di talune prescrizioni che, se adottate, avrebbero ristretto (ad avviso di chi scrive, in modo ingiustificato) la capacità di competere delle due imprese interessate. Un contrasto, dunque, dovuto non solo ai diversi obiettivi sottesi alla disciplina del Golden Power rispetto a quelli propri della normativa antitrust delle concentrazioni, ma anche all'utilizzo in concreto del meccanismo di controllo degli

---

stato comunicato di avere deliberato, a tutela di interessi strategici per la sicurezza nazionale, l'esercizio dei poteri speciali nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni in relazione all'offerta pubblica di scambio volontaria su tutte le azioni ordinarie di Banco BPM S.p.a. da parte di UniCredit S.p.a. Tra i primi commenti v. il sempre informato e incisivo L. PICOTTI, *Risiko bancario e Golden Power: l'intervento del governo su Unicredit-Banco Bpm*, in *Osservatorio Golden Power*, 1° maggio 2025.

[10] Commissione EU, 19 giugno 2025, M11830, *Unicredit/Banco BPM*. Tale decisione è stata assunta a seguito dell'accettazione di alcuni impegni presentati da Unicredit per rispondere alle preoccupazioni della Commissione circa i possibili effetti anticompetitivi che si sarebbero potuti determinare a livello locale per via della sovrapposizione orizzontale tra le filiali delle due banche. Si veda il comunicato stampa della Commissione alla pagina: ec.europa.eu.

[11] Il TAR del Lazio, con sentenza n. 13748 del 12 luglio 2025 si è pronunciato sul ricorso promosso da Unicredit per l'annullamento del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 aprile 2025, accogliendolo limitatamente alla mancata previsione della durata di due delle quattro prescrizioni imposte dal Governo alla società.

[12] Per un esame dei principali passaggi della vicenda, si v. L. SCIPIONE, *Il Golden Power tra interessi nazionali e vincoli europei. I rilievi della Commissione europea sull'OPS Unicredit-Banco BPM*, in *Diritto del Risparmio*, 2/2025, p. 7 ss.

[13] La Commissione europea non pare essere rimasta soddisfatta della risposta (non resa pubblica) che Governo italiano ha inviato nell'agosto 2025 alle considerazioni esposte nella Valutazione preliminare. Recentissime notizie di stampa riportano che la Commissione sarebbe intenzionata a reagire o mediante una decisione ai sensi dell'art. 21, regolamento n. 139/2004, in cui si dichiara che il Decreto della Presidenza del Consiglio ha violato la normativa europea in materia di concentrazioni, oppure con l'avvio di una procedura di infrazione per contrarietà della normativa golden power ai principi fondamentali del diritto eurounitario. Cfr. E. FORTE, *Italy seeks clarity from EU Commissioner over golden power proceedings*, *Reuters*, October 22, 2025, www.reuters.com.

[14] Si veda il Comunicato Stampa UniCredit del 22 luglio 2025, reperibile alla pagina www.unicreditgroup.eu, nel quale il ritiro dell'offerta è stato giustificato dal Consiglio di Amministrazione in quanto la condizione relativa all'autorizzazione Golden Power a cui era vincolata l'offerta stessa non è risultata soddisfatta.

[15] Non a caso, Fabio Bassan ha paragonato la vicenda che ci occupa a una commedia del teatro dell'assurdo di Ibsen. Cfr. F. BASSAN, *Il Golden Power: uno strumento potente nelle mani dei governi che rischia di alterare i mercati*, ne *Il Foglio* del 7 agosto 2025.

investimenti 'esteri'. Un contrasto aggravato, nel caso di specie, dalla circostanza che entrambe le banche fossero italiane e dalla sensazione che dietro l'intervento e le prescrizioni imposte vi fosse la volontà di ostacolare l'operazione in oggetto, per favorirne altre. Un contrasto, infine, amplificato dal fatto che in campo bancario lo Stato non è solo spettatore del processo di riaggregazione in corso, partecipandovi invece in modo attivo, sostenendo alcune delle parti in gioco e addirittura possedendo partecipazioni significative in talune delle imprese protagoniste di quello che è stato definito 'risiko bancario' italiano ed europeo [16].

In questa sede, ci si limiterà a sviluppare due spunti che derivano dall'intervento della Presidenza del Consiglio. In primo luogo, si intende mostrare che la presenza di un meccanismo quale il Golden Power e più in generale l'interferenza della politica nell'enforcement antitrust non rappresentano nulla di eterodosso rispetto a sistemi fondati su economie di mercato e libera concorrenza. L'interazione tra politiche economiche e antitrust e la conseguente influenza sull'enforcement in materia di concorrenza è, per così dire, una costante del sistema [17]. Sono semmai le forme di tale interazione a cambiare, posto che essa può avvenire più o meno esplicitamente, con meccanismi formali o informali, in modo opaco o trasparente. Talvolta, decisioni delle autorità antitrust apparentemente motivate da ragioni concorrenziali sono in realtà il frutto di pressioni politiche più o meno evidenti, le quali rispondono a istanze di natura generale diverse rispetto alla tutela del buon funzionamento dei mercati. In altri casi, sono le stesse normative antitrust a prevedere esplicitamente la possibilità che per le ragioni specificate dalla legge, decisioni assunte sulla base di considerazioni concorrenziali possano essere successivamente modificate in ragione di altre istanze ritenute sovraordinate.

Sotto questi profili, almeno in linea teorica la disciplina del Golden Power non contrasta, né si sovrappone con la tutela della concorrenza, perseguendo finalità distinte rispetto al diritto antitrust ed evitando, pertanto, quella commistione di obiettivi e principi applicativi che altre soluzioni invece sembrano produrre [18].

In secondo luogo, si potrebbe persino sostenere che la disciplina del Golden Power, rispetto ad altri strumenti di intervento pubblico volti a correggere le valutazioni concorrenziali delle autorità antitrust, non presenterebbe alcun punto di conflitto, non incidendo sulla preesistente struttura dei mercati e le prevalenti condizioni di concorrenza. Tuttavia, come si cercherà di dimostrare nel corso di questo scritto, tale affermazione sembra provare troppo e un ricorso al Golden Power eccessivamente ampio, discrezionale o opaco è in grado di generare molteplici conseguenze negative sul gioco della concorrenza. Per questo motivo, l'ambito di applicazione della disciplina dovrebbe essere identificato in maniera chiara e tendenzialmente restrittiva, sia con riferimento ai settori sottoposti a scrutinio e alla tipologia di operazioni da vagliare, sia con riferimento alla nazionalità dei soggetti acquirenti. Inoltre, nella identificazione delle eventuali prescrizioni, occorrerebbe scegliere quelle che, a parità di efficacia nel tutelare la difesa e la sicurezza nazionale, risultano meno invasive sotto il profilo concorrenziale.

---

[16] V. A. BAGLIONI, *Il risiko bancario, tra Stato e mercato*, in *lavoce.info* del 19 dicembre 2025; S. ROSSI, *Ora lasciamo fare al mercato*, ne *La Stampa* del 24 luglio 2025.

[17] V., sotto questi profili, V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE* in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2021, pp. 439-470.

[18] Nel medesimo senso, cfr. A. ARGENTATI, *Relazione* presentata alla sessione "Golden power. Applicazione e proposte di modifica", Convegno annuale dell'Associazione Antitrust Italiana, Firenze 13 giugno 2025, p. 2 del dattiloscritto che ho potuto consultare grazie alla cortesia della A., nel quale si sottolinea che non vi sia alcuna insanabile contraddizione tra queste due forme di intervento, ancorché rispondano a logiche e obiettivi differenti.

Un'ultima avvertenza. Il filo logico che si tenterà di seguire in questo lavoro è generale. Non ci si occuperà, pertanto, delle pur rilevantissime questioni relative al rapporto e alla compatibilità tra disciplina italiana del Golden Power e diritto europeo, con particolare riferimento al diritto di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, nonché ai principi generali di proporzionalità e necessità [19], così come si prescinderà dall'esame dell'art. 21, regolamento n. 139/2004 in materia di concentrazioni [20] e dai limiti che esso impone ai poteri di intervento degli Stati membri rispetto alle decisioni della Commissione in materia di concentrazioni [21]. Ciò consentirà, peraltro, di trattare anche delle acquisizioni di imprese italiane che non ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento europeo in materia di concentrazioni [22] e per le quali non opera pertanto il meccanismo procedurale e il vincolo sostanziale stabilito dall'art. 21, regolamento (CE) n. 139/2004.

3. Concorrenza e influenza 'interna' dei pubblici poteri sulle decisioni delle Autorità antitrust

Il tema dell'influenza dei pubblici poteri sulla tutela della concorrenza, come si accennava, non è nuovo. Prendendo le mosse da una immagine a più riprese proposta da Francesco Denozza, si potrebbe infatti affermare che, da sempre, il diritto antitrust ha mostrato molte anime, non tutte candide [23], e tra queste certamente una delle principali è l'anima politica.

È vero che non bisognerebbe mai procedere per aneddoti, ma, anche per

---

[19] Anche sotto il profilo della disciplina delle banche e della riconducibilità del concetto di stabilità finanziaria e della prestazione di servizi essenziali forniti dagli istituti bancari al concetto di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato e alla (non) applicabilità dei golden powers a investitori di provenienza europea. Su questi specifici aspetti, cfr. in particolare D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 26-54.

[20] L'art. 21, paragrafo 4, regolamento (CE) n. 139/2004 in materia di concentrazioni prevede che gli Stati membri possano adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi *diversi* da quelli di tutela della concorrenza, sempre che essi siano compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. In particolare, tale norma specifica che sono considerati interessi legittimi la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali. Per essere preso in considerazione, qualsiasi interesse pubblico *diverso* dai precedenti deve essere comunicato dallo Stato membro alla Commissione ed accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario, *prima* che i provvedimenti a livello nazionale possano essere assunti.

[21] Su questi aspetti e sulle possibili discrasie procedurali e sostanziali cfr. A. LICASTRO, *op. cit.*, p. 617 ss., ma v. già L. DI VIA-L. PASQUALE, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, pp. 99-118; S. BASTIANON, *Golden Power e diritto UE: tutela degli interessi nazionali e vincoli sovranazionali*, in *Riv. dir. pubbl. eur.*, 2023; nonché A. ARGENTATI, *Relazione*, cit., pp. 3-6, anche per l'esame di talune disposizioni divenute problematiche o desuete, quali i riferimenti alle regole prudenziali (non coordinati con la nuova architettura dei mercati bancari e finanziari europei) e in tema di pluralismo (che non tengono conto del nuovo regolamento eurounitario).

[22] Si pensi a tutte quelle operazioni sotto soglia europea che ricadono nell'ambito di applicazione delle norme nazionali di controllo delle concentrazioni applicate dalle autorità di tutela della concorrenza degli Stati membri (nel nostro caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Anche queste operazioni potrebbero essere giudicate perfettamente compatibili con le regole di mercato ma incontrare successivamente un ostacolo (in forma di veto o di imposizione di misure) per via dell'applicazione del Golden Power nazionale.

[23] F. DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema "tecnico"*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 756 ss.

mostrare come la questione sia risalente, non si può iniziare il ragionamento senza riportare un brano di una conversazione del Presidente Richard Nixon in un meeting ad alto livello tenutosi nel 1971, in cui si parlava del possibile avvio di un'indagine antitrust nei confronti di ITT:

> «I [il Presidente Nixon] want something clearly understood, and, if it's not understood, McLaren's [allora al vertice dell'Antitrust Division del Dipartimento di giustizia] ass is to be out within one hour. The ITT thing---stay the hell out of it. Is that clear? That's an order .... I do not want McLaren to run around prosecuting people, raising hell about conglomerates, stirring things up at this point. Now you keep him the hell out of that» [24].

Il brano appena riportato ci ricorda che l'influenza politica può in primo luogo propagarsi all'interno dei processi decisionali delle autorità preposte alla tutela della concorrenza, le quali avviano (o si risolvono a non avviare) indagini e assumono provvedimenti le cui motivazioni reali non paiono legate tanto ad obiettivi di tutela della concorrenza, celando piuttosto ragioni di diversa natura, spesso (ancorché non sempre) sulla base di pressioni più o meno esplicite di governi e coalizioni politiche.

Gli esempi sono molteplici. Basti pensare ad alcune decisioni della Commissione europea in materia di concentrazioni, quali Alenia De Havilland, Boeing/McDonnell Douglas, GE/Honeywell [25], tutte dettate – secondo le critiche americane – da interessi protezionistici a favore dell'industria aeronautica europea [26], mentre da questo lato dell'Atlantico venivano salutate come interventi volti a proteggere i reali valori dell'antitrust, la libertà di scelta dei consumatori e la predilezione di un mercato plurale capace di sviluppare una effettiva pressione competitiva [27].

---

[24] La trascrizione dell'incontro tra il Presidente Nixon, John Ehrlichman e George Schultz può leggersi al seguente indirizzo: www.nixonlibrary.gov.

[25] Cfr. Commissione europea, decisione 2 ottobre 1991, M053, *Alenia/De Havilland* (incompatibilità); decisione 30 luglio 1997, M877, *Boeing/McDonnell Douglas* (compatibilità a seguito di impegni); decisione 3 luglio 2001, M2220, *General Electric/Honeywell* (incompatibilità). Come è noto, al di là di singole decisioni, la tesi circa un uso politico e protezionistico dei poteri antitrust da parte della Commissione è stata esaminata (e rigettata) anche da un punto di vista empirico. Si v. A. BRADFORD-R.J. JACKSON, JR.-J. ZYTNICK, *Is E.U. Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis*, in 15 *Journal of Empirical Legal Studies*, 2018, pp. 165-191.

[26] Si vedano ad es. D.E. PATTERSON-C. SHAPIRO, *Transatlantic Divergence* in *GE/Honeywell: Causes and Lessons*, in 15 *Antitrust*, 2001, pp. 18-25: «In North America, mergers expected to lead to lower prices are regarded as procompetitive; in the EU, such mergers can be branded anticompetitive based on the fear that added pressure on rivals will ultimately cause them to exit the market. We believe the EU approach is unsound as a matter of competition policy, and that it is more accurately regarded as a form of industrial policy», nonché soprattutto le aspre critiche mosse alle decisioni della Commissione da parte di W. KOLASKY, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way From Chicago to Brussels*, discorso tenuto al George Mason Symposium, Washington DC, November 9, 2001; W. KOLASKY, *GE/Honeywell: Narrowing, but Not Closing*, the Gap, in 20 *Antitrust*, Spring 2006, pp. 69-76. Kolasky peraltro fu Deputy Assistant Attorney General dell'Antitrust Division del Ministero di giustizia americano e responsabile dei rapporti e dell'enforcement a livello internazionale dell'agenzia proprio nel periodo in cui la Commissione vietò (in realtà, per un mancato accordo sugli impegni) la concentrazione tra GE e Honeywell. Per un quadro più completo delle critiche rivolte alla Commissione europea sia consentito il rinvio a F. GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 1099-1140.

[27] Si confrontino le seguenti dichiarazioni, di tenore diametralmente opposto: «(i)f it appears that the European Commission is unfairly blocking mergers between US companies principally to protect the position of European competitors, then the subcommittee will need to reexamine the open market the US has maintained for those sorts of acquisitions» (Senatore Jay Rockefeller IV (D-WV), allora chairman dello US Senate Aviation Subcommittee); «I deplore attempts to misinform the public and to trigger political intervention. This is entirely out of place in an antitrust case and has no impact on the Commission whatsoever. This is a matter of law and economics, not

Ancora, come non citare, guardando all'influenza della politica *tout court*, la scelta dell'Antitrust Division, durante la prima amministrazione Trump, di opporsi alla concentrazione tra ATT e Time Warner, che allora controllava la rete televisiva CNN, considerata vicina ai democratici e contro cui si era scagliato il candidato repubblicano in campagna elettorale, perché fonte di 'fake news' nell'ambito di una operazione tale da creare 'too much concentration of power in the hands of too few' e, di conseguenza, suscettibile di 'destroy democracy' [28].

O, infine, venendo all'Italia, come non rammentare taluni provvedimenti della nostra Autorità garante della concorrenza durante la stagione delle grandi privatizzazioni, quali ad esempio *Edizione Holding/Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade* [29] o *Mannesmann-Innse* [30]. Si trattava di operazioni idonee a rafforzare posizioni dominanti o addirittura creare monopoli sul mercato e quindi chiaramente anticompetitive, che tuttavia sono state verosimilmente autorizzate nel superiore interesse rappresentato dalla necessità di contenere deficit e debito pubblico in vista dell'adozione dell'euro [31].

4. Influenza 'esterna' dei pubblici poteri

L'influenza dei governi e della politica sulla condotta competitiva delle imprese si materializza anche o soprattutto al di fuori delle stanze delle autorità antitrust.

Per motivi di politica industriale, protezione delle imprese nazionali, salvaguardia dei posti di lavoro, tutela di interessi locali, o di altra natura, i governi e i pubblici poteri di molti paesi, entro e fuori dall'Europa, hanno da sempre tentato di influenzare il compimento di talune operazioni, giungendo a forzare l'aggregazione o al contrario impedire la realizzazione di decine di concentrazioni, sia con strumenti di *soft power*, sia con interventi delle autorità di vigilanza o addirittura del legislatore [32].

---

politics» (Prof. Mario Monti, allora Commissario europeo per la concorrenza). Sulle critiche politiche alla decisione v. tra i molti E.T. SWAINE, *Competition, not Competitors, nor Canards: Ways of Criticizing the Commission*, in 23 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 2002, p. 597 ss.

[28] Makam Delrahim, il nuovo assistant attorney general dell'Antitrust Division nominato da Trump poche settimane dopo il suo insediamento, il quale era noto per le sue posizioni vicine alla scuola di Chicago e si era schierato a più riprese contro l'applicazione delle norme antitrust alle concentrazioni verticali, avviò immediatamente una causa per bloccare la concentrazione sgradita al Presidente. La dottrina ha unanimemente valutato che si trattasse di un caso di selective enforcement, cioè di una causa intentata esclusivamente per motivi politici, e che peraltro ha condotto dapprima la corte federale e poi la corte d'appello a rigettare la posizione del Dipartimento, definendola del tutto infondata. Cfr., tra i molti, S.C. SALOP-C. SHAPIRO, *Whither Antitrust Enforcement in the Trump Administration? The Antitrust Source*, February 2017, pp. 1-20; L. BUMGARDNER, *AT&T and Time Warner's Vertical Merger: The Court Battle and Political Undercurrent*, in 25 *J. L. Bus. & Ethics*, 2019, pp. 31-50.

[29] AGCM, provv. 2 marzo 2000, n. 8090, *Edizione Holding/Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade*, in *Boll.* 9/2000 (acquisto da parte di Edizione, impresa in posizione dominante nel campo della ristorazione autostradale, di Autostrade, operatore largamente dominante, in regime di concessione, del sistema nazionale di autostrade e trafori a pedaggio e tra l'altro responsabile dell'assegnazione in subconcessione dei servizi di ristoro autostradale).

[30] AGCM, provv. 15 febbraio 1996, n. 3622, *FiatImpresit-Mannesmann-Teching/Italimpianti*, in *Boll.* 7/1996 (acquisto di Innse da parte del gruppo Mannesmann con conseguente monopolizzazione del mercato rilevante, rinforzata dalla titolarità delle uniche due tecnologie a disposizione nel settore delle costruzioni di impiantistica per tubi senza saldatura).

[31] Per una ricostruzione v., tra i molti, E. BARUCCI-F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Carocci, Roma, 2007.

[32] Si ricorderà il Decreto 'anti EDF': per contrastare l'acquisizione di Edison da parte di EDF,

Emblematiche, guardando al passato, sono le vicende bancarie che hanno riguardato il nostro Paese [33], il Portogallo e la Spagna, come pure le interferenze avvenute nei settori dell'energia e del gas in Francia, Belgio e Germania [34].

E, per venire a tempi recentissimi, non si può non menzionare l'ostilità con cui è stato accolto dal governo federale tedesco il tentativo di Unicredit di scalare Commerzbank o, ancora, le minacce di ritorsione rivolte dal governo spagnolo a BBVA se avesse proseguito nella offerta pubblica di acquisto su Sabadell [35].

Il catalogo delle vicende su cui soffermarsi sarebbe amplissimo, così come gli strumenti in concreto utilizzati per indirizzare o influenzare l'esito di talune operazioni di mercato, di volta in volta definiti di veto formale, 'interferenza informale', 'deterrenza sistemica' o 'ritorsiva'.

Peraltro, l'intreccio tra concorrenza, politica economica e politica tout-court nel corso del tempo è andato via via articolandosi e complicandosi, portando ad una vera e propria confusione di obiettivi e di ruoli. Il discorso ci porterebbe lontano, ma si deve quantomeno segnalare come molti studiosi considerino ormai il diritto antitrust uno 'strumento' di lotta commerciale a livello internazionale [36]. E dalla ricostruzione dottrinale si è in breve tempo passati all'applicazione concreta, se è vero che il provvedimento con cui la Commissione europea ha condannato Google a pagare una sanzione per avere realizzato una condotta abusiva in Europa [37] ha sollecitato il presidente degli Stati Uniti ad invocare – ai sensi della Section 301 del Trade Act 1974 – una multa di pari ammontare nei confronti dell'Europa «per annullare le ingiuste sanzioni irrogate a delle imprese che pagano le tasse negli Stati Uniti» [38].

---

il Decreto sterilizzò i diritti di voto dell'impresa francese, impedendole di esercitare il controllo in Edison. Sulla vicenda EDF v. G. AMATO-M. MOTTA-G. ROSSI-M. SIRAGUSA, *Forum: "L'EDF in Italia: è un problema antitrust?"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, pp. 535 ss.

[33] Vengono in mente le prese di posizione, alla fine degli anni '90 del secolo scorso, dell'allora Governatore della Banca d'Italia, che illustrando la strategia della banca centrale tesa a proteggere la "italianità" delle nostre banche, orgogliosamente rivendicava al proprio operato di avere fermato i tentativi di acquisizione da parte di operatori esteri, affermando: «io li ho fermati. Se il Parlamento non è d'accoro me lo dica, e lasciamo entrare tutti» (A. FAZIO, *Audizione del Governatore della Banca d'Italia nell'ambito della indagine conoscitiva sui più recenti sviluppi del processo di ristrutturazione del sistema bancario italiano*, presso la VIª Commissione permanente (Finanze e tesoro), Senato, XIIIª legislatura, 20 aprile 1999).

[34] Per un'analisi di alcune delle vicende principali a cavallo tra gli anni '90 e il 2000 sia consentito rinviare a F. GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni*, cit., p. 1118 ss., nonché, per una rassegna dei casi più recenti, F. GHEZZI-M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 1047-1088.

[35] Su questo trend protezionistico e nazionalistico di alcuni governi europei nei confronti, in particolare, delle imprese finanziarie, e sulla scarsa capacità di reazione delle autorità europee, cfr. B. MUNSTER, *How a failed Italian bank merger exposed the EU's struggle to enforce its economic vision*, in *Politico*, July 31, 2025; sulle due specifiche operazioni, cfr. L. SCIPIONE, *Golden Power*, cit., pp. 27-29.

[36] Cfr., ad esempio, S. MARIOTTI, *Competition policy in the new wave of global protectionism. Prospects for preserving a fdi-friendly institutional environment*, in *J. Ind. Bus. Econ.*, 2023, pp. 227-241.

[37] Google ha ricevuto una sanzione pari a 2,95 miliardi di euro per avere favorito i propri servizi di tecnologia pubblicitaria per la visualizzazione online a discapito dei concorrenti. Cfr. Commissione europea, 5 settembre 2025, AT-40670, *Google – Adtech and Data-related practices*.

[38] Questo è il testo del post sul social Truth scritto il 5 settembre 2025 dal Presidente Trump (@realDonaldTrump): «Europe today "hit" another great American company, Google, with a $3.5 Billion Dollar fine, effectively taking money that would otherwise go to American Investments and Jobs. This is on top of the many other Fines and Taxes that have been issued against Google and other American Tech Companies, in particular. Very unfair, and the American Taxpayer will not stand for it! As I have said before, my Administration will NOT allow these discriminatory actions to

5. Le speciali esenzioni dai divieti antitrust per motivi di interesse generale

Ciò posto, e al di là di ogni valutazione critica sull'(eccesso di) influenza interna o esterna sui processi di aggregazione tra imprese, si deve ricordare che molti Paesi prevedono invece *esplicitamente* un correttivo rispetto all'esito della valutazione concorrenziale delle concentrazioni per motivi di ordine pubblico o interesse generale.

Più precisamente, la maggior parte degli ordinamenti contempla, nell'ambito della legislazione antitrust o in norme speciali, la facoltà di governi o ministri competenti di eccezionalmente autorizzare/esentare concentrazioni che sarebbero altrimenti da vietarsi sotto il profilo concorrenziale.

In Italia conosciamo l'art. 25, legge n. 287/1990 (con un meccanismo *ex ante* mai utilizzato in concreto [39]), ma interventi correttivi dei governi di fronte a concentrazioni altrimenti vietate sono stabiliti – per limitarsi ai casi europei più significativi – in Francia, Germania, Inghilterra, Olanda e Spagna [40].

Il contrasto con i principi di tutela della concorrenza è qui particolarmente evidente. Il presupposto è che l'istruttoria antitrust abbia appurato che una determinata aggregazione sia idonea a produrre un danno tendenzialmente permanente alla struttura dei mercati interessati e per il benessere del consumatore, tanto da meritare un divieto. Tuttavia, grazie al successivo intervento dei pubblici poteri, il 'bene' concorrenza viene sacrificato sull'altare di altri obiettivi ritenuti nel caso di specie da privilegiare.

Solitamente, vi è una netta scissione delle competenze applicative e delle conseguenti responsabilità. Le autorità compiono la valutazione concorrenziale senza considerare obiettivi 'altri' rispetto a quelli tipici dell'analisi antitrust. I pubblici poteri intervengono successivamente, di propria sponte o su richiesta delle imprese, per valutare se l'operazione vietata è meritevole comunque di

---

stand. Apple, as an example, was forced to pay $17 Billion Dollars in a Fine that, in my opinion, should not have been charged — They should get their money back! We cannot let this happen to brilliant and unprecedented American Ingenuity and, if it does, I will be forced to start a Section 301 proceeding to nullify the unfair penalties being charged to these Taxpaying American Companies».

[39] Il comma 1 dell'art. 25, legge n. 287/1990, stabilisce che il Consiglio dei Ministri possa determinare in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità garante della concorrenza può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione altrimenti vietate, sempreché esse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. Tuttavia, quando il Governo ha voluto autorizzare, per ragioni di interesse generale, una concentrazione che sarebbe stata presumibilmente vietata sotto il profilo antitrust, lo ha fatto con un apposito atto legislativo. Si veda il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, recante 'Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi', come convertito con modificazioni in legge dall'art. 1, comma 1, legge 27 ottobre 2008, n. 166, in realtà diretto al salvataggio di Alitalia tramite una fusione in CAI, il quale prevedeva che «le operazioni di concentrazione [che] […] rispondono a preminenti interessi generali […] sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 […]». Cfr. L. STECCHETTI, *Low cost: ripercussioni della legge 'Salva Alitalia'*, in *M.C.R.*, 2008, pp. 517 ss. Lo stesso è avvenuto in relazione al salvataggio della Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca. Nel 2017, il d.l. 25 giugno 2017, n. 99, ha infatti previsto che qualora l'eventuale acquisizione non rientrasse nell'ambito di applicazione delle norme europee in materia di concentrazione, «essa si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale». Su quest'ultima vicenda v. F. GHEZZI-M. BOTTA, *Standard di valutazione*, cit., pp. 1074-1077.

[40] Per un conciso esame delle discipline di alcuni Stati Membri dell'Unione v. F. GHEZZI-M. BOTTA, *Standard di valutazione*, cit., p. 1062 ss.

autorizzazione, soppesando il costo di una lesione concorrenziale permanente con i benefici derivanti dal perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali l'occupazione, la sicurezza, la stabilità delle forniture, ecc. [41]. È pertanto netta la separazione tra preliminare istruttoria 'tecnica' antitrust e successivo ed eventuale intervento 'politico' da parte dei pubblici poteri. In questo senso, tali ultime forme di intervento correttivo sono senz'altro da preferirsi rispetto alle forme di influenza 'interna' o 'esterna' ricordate in precedenza, non solo perché meno opache, ma anche perché le autorità antitrust non sono costrette a giustificare sotto il profilo della tutela della concorrenza decisioni e provvedimenti assunti invece al fine di perseguire obiettivi diversi.

6. La apparente neutralità concorrenziale del Golden Power

Da un punto logico, il procedimento Golden Power, pur mantenendo la medesima netta distinzione di ruoli e responsabilità tra autorità di tutela della concorrenza e pubblici poteri, opera in una direzione opposta rispetto a quella appena esaminata. Proprio per questo motivo, il meccanismo del Golden Power potrebbe essere ritenuto neutrale o comunque meno distorsivo e dannoso per il gioco della concorrenza rispetto ai poteri di esenzione esaminati nel paragrafo precedente.

Si consideri, infatti, la misura più radicale prevista dal procedimento Golden Power, ossia il veto all'acquisto della partecipazione di controllo in una impresa per motivi di sicurezza o di ordine pubblico.

È evidente che non si tratta, in questo caso, di salvare operazioni di concentrazione (o condotte di imprese) anticompetitive e quindi vietate perché ledono il benessere del consumatore e la struttura concorrenziale del mercato, ma si tratta, invece, di un potere che interviene a vietare operazioni (e condotte) che sotto il profilo concorrenziale sono considerate lecite.

Il *vulnus* alla concorrenza e al mercato, se esistente, appare dunque, a prima vista, marginale. L'esercizio del Golden Power consiste infatti, al più, nel vietare ad un potenziale acquirente di effettuare un'operazione (non lesiva della concorrenza) e ciò, quindi, non altera in senso peggiorativo la preesistente struttura del mercato, né peraltro impedisce in futuro ad altri soggetti di presentare una proposta di acquisto degli asset/imprese rilevanti.

Tuttavia, la tesi secondo la quale l'esercizio del Golden Power sarebbe per nulla o scarsamente invasivo, almeno se paragonato allo speciale potere di autorizzazione di concentrazioni altrimenti vietate, merita di essere ulteriormente indagata, non solo con riferimento al potere di veto, ma anche in relazione alle eventuali prescrizioni e rimedi imposti nell'ambito del procedimento. Infatti, essa non tiene conto del fatto che le concentrazioni possono avere effetti pro-competitivi, in termini ad esempio di incrementi di efficienza o di sviluppo

[41] Su questi aspetti v. O Budzinski-A. Stohr, *Public Interest considerations in European Merger Law*, in D. Bosco-M.S. Gal (ed. by); *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 184-205; A. Capobianco-G. Lapenta, *The Boundaries of Public Interest in Merger Control: Taking Into Account non-Competition Issues Including Industrial Policy and Environmental Protection*, in I. Kokkoris, C. Lemus, *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, Elgar, Cheltenham, 2022, pp. 324-342; per taluni aspetti riguardanti il diritto eurounitario della concorrenza, V. Meli, *Il public interest,* cit., pp. 449-470; per quanto concerne, infine, le esperienze statunitense e cinese, v. Q. Li, *Public Interest Considerations in Merger Control. A comparative analysis of U.S., EU, Chinese Competition Laws and Policy*, Nomos, Baden-Baden, 2023.

dell'innovazione e degli investimenti; né considera, in aggiunta, che le specifiche caratteristiche del soggetto acquirente non sono indifferenti sotto il profilo dell'impatto dell'operazione sul grado di concorrenza nel mercato e sull'innovazione.

Inoltre, l'intervento Golden Power potrebbe generare effetti distorsivi della concorrenza nel disegno di eventuali rimedi e prescrizioni. Su questi aspetti si tornerà tra breve. Prima, tuttavia, occorre una ultima notazione generale. Non solo, infatti, il meccanismo Golden Power è (almeno apparentemente) meno invasivo e più rispettoso della distinzione dei ruoli se paragonato ad altri interventi dei pubblici poteri nei mercati, ma esso è presente anche in paesi e sistemi con assai maggiori tradizioni antitrust e di libero mercato rispetto al nostro.

7. La apparente complementarità tra Golden Power e antitrust

Tornando al rapporto Golden Power-antitrust, la sua presenza nel nostro ordinamento e in quelli degli altri paesi europei non è necessariamente da considerarsi eterodossa rispetto al diritto della concorrenza e al principio di libertà di iniziativa economica. Motivi di sicurezza pubblica e interesse generale possono certamente giustificare interventi correttivi e con finalità diverse da quello a tutela del buon funzionamento dei mercati [42]. In questo senso, il Golden Power pare coessenziale a un sistema di libero di mercato.

Nulla di eterodosso, inoltre, anche guardando agli ordinamenti in cui il diritto antitrust è considerato la '*magna charta*' della libertà di impresa [43].

Infatti, un meccanismo assai simile esiste da ormai cinquant'anni negli Stati Uniti [44] e tutte le amministrazioni, democratiche e repubblicane, sono intervenute con una elevata e crescente frequenza al fine di vagliare, condizionare e

[42] L'esempio di scuola – che più volte si è sentito nelle aule universitarie – è quello di un ente finanziario nord-coreano intenzionato ad acquistare il controllo di una grande banca europea. È palese che un'autorità antitrust nulla avrebbe da ridire sotto il profilo concorrenziale, ma è altrettanto chiaro che l'operazione con ogni probabilità desterebbe forti perplessità sotto altri profili, sia prudenziali che di sicurezza nazionale, ed è quindi opportuno prevedere la possibilità di un intervento correttivo.

[43] Si tratta della notissima affermazione del giudice Thurgood Marshall, ad avviso del quale: «[a]ntitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms». Cfr. United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 610 (1972).

[44] Il Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), istituito nel 1975 dal Presidente Gerald Ford, è presieduto dal Segretario al Tesoro ed è composto dai rappresentanti di alcuni importanti ministeri (difesa, commercio, sicurezza interna, tra gli altri) e dai vertici di diverse agenzie federali. Sul funzionamento e l'attività del CFIUS cfr. in generale P. CONNELL, T. HUANG, *An Empirical Analysis of CFIUS: Examining Foreign Investment Regulation in the United States*, in *Yale J. Of Int'l Law*, 2014; C. MANN, *The global rush toward foreign direct investment screening: lessons from the United States*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct*, cit., p. 15 ss.; A. GUACCERO, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti. Spunti di comparazione tra Stati Uniti ed Europa*, ivi, p. 141 ss. (anche per la sua evoluzione, dovuta al Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA), adottato il 13 agosto 2018). Il CFIUS può approvare le operazioni, eventualmente a seguito di un accordo con le parti in cui sono imposte delle 'misure di mitigazione' dei rischi alla sicurezza nazionale. In taluni casi critici, la decisione è demandata al Presidente. Solitamente, tuttavia, se le parti non concordano o non accettano o non possono assumere le misure proposte dal CFIUS, ritirano la notifica e rinunciano all'operazione (ciò che è avvenuto in 7 circostanze nel 2025, mentre solo in due casi la decisione è giunta nelle mani del Presidente: si veda il *CFIUS Annual Report to Congress – Report Period: CY 2024*, che si legge alla pagina https://home.treasury.gov. In ogni caso, il grado di discrezionalità di questo organismo appare ancora maggiore rispetto alle esperienze europee. V. anche L. BELVISO, *Golden power*, cit., p. 131 ss.

talvolta perfino vietare le acquisizioni di aziende americane da parte di imprese estere [45]. Ciò è avvenuto, anche di recente, non solo in settori vitali come l'acciaio, con la saga *US Steel/Japan Steel* che ha attraversato due amministrazioni e provocato continui conflitti tanto a livello federale, quanto a livello statale [46], ma pure in mercati apparentemente meno strategici, come quello della macellazione e produzione di carne di maiale [47].

Per altro verso, è stata la stessa custode dell'antitrust europeo, la Commissione, a spingere per l'adozione e/o il rafforzamento di questi strumenti a livello nazionale per tutelare e proteggere risorse e tecnologie considerate 'critiche', sollecitando gli Stati Membri a incrementare i controlli nei confronti di imprese extraeuropee, ma successivamente anche rispetto a imprese europee qualora esse fossero in modo diretto o indiretto la filiazione di entità extraeuropee [48]. Interventi e linee guida con queste finalità sono stati certamente giustificabili nel corso delle crisi, ma hanno poi rappresentato la base, in molti Stati membri, per rendere perpetue disposizioni che erano state disegnate, anche nel loro ambito di applicazione, per avere una durata temporale limitata [49].

---

[45] Oggi, soprattutto cinesi, specialmente a seguito di una serie di atti e ordini emanati dal Presidente Trump nel corso del 2025. Cfr. E.A. DA SILVA, *CFIUS Tailored to the US-China Strategic Rivalry: Investment Screening and Regulatory Convergence in the Shadow of the Liberal International Order*, in N. BAKARE-A. SAUD (eds.), *China's Globalisation and the New World Order*, Palgrave, Macmillan, Singapore, 2025, nonché C.C. WANG-U. LIU-H.H. DONG, *The United States' Strengthened National Security Review Of Chinese Investment: Implications From the Tech War*, in *Amer. Univ. Int. Law Rev.*, 2025.

[46] L'acquisto di US Steel da parte di Japan Steel è stato recentemente autorizzato con un ordine esecutivo del 13 giugno 2025 dal Presidente Trump, che ha così annullato il precedente veto emesso dal Presidente Biden, su indicazione del CFIUS. Nell'accordo Japan Steel si impegna a fare nuovi investimenti negli Stati Uniti, a riservare i ruoli apicali dell'impresa a cittadini americani, a non spostare la sede della società, e soprattutto a dare al Governo una 'golden share' che consentirà di esercitare il veto su alcune decisioni strategiche. L'ordine esecutivo può leggersi alla pagina: www.whitehouse.gov.

[47] I timori che nel 2013 avevano determinato molte interrogazioni parlamentari e poi l'intervento del CFIUS nell'acquisizione di Smithfield Foods da parte di Shuanghui, un'impresa di stato cinese, erano legati a questioni sanitarie e di sicurezza alimentare, ma – secondo alcuni commentatori – anche al fatto che la carne di maiale rientra nel rancio tipico delle truppe americane; dunque, lasciare la produzione delle braciole in mani cinesi avrebbe potuto rivelarsi pericoloso per la difesa del suolo nazionale (e peraltro taluni avevano avanzato il sospetto di spionaggio, perché molti dei siti di macellazione si trovavano non troppo distanti da basi militari dell'aviazione e della marina). V. ad es. la lettera inviata al CFIUS dai rappresentanti dei principali sindacati di allevatori e agricoltori degli Stati centrali americani, che può leggersi in www.r-calfusa.com/wp-content/uploads/pdf/130709SmithfieldDeal.pdf. Quanto ai rischi legati alla sicurezza alimentare, v. N. GARVER KREBSBACH, *Protecting National Security: How the United States Government put Our Nation at Risk by Approving the Acquisition of Smithfield Foods by Shuanghui International*, in *San Joaquin Agricultural Law Rev.*, 2014, pp. 125-158.

[48] Cfr. Commissione europea, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli interventi esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452*, COM (2020) 1981 final, 20 marzo 2020; Commissione europea, *Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni (Regolamento (UE) n. 833/2014 del Consiglio, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina (GU L 229 del 31.7.2014, pag. 1) e successive modifiche e regolamento (CE) n. 765/2006 del Consiglio, del 18 maggio 2006, concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia (GU L 134 del 20.5.2006, pag. 1) e successive modifiche*, GU C 51 I, del 6 aprile 2022, p. 1.

[49] Sulla portata di questi interventi, che di fatto hanno condotto ad una estensione dell'ambito di applicazione dei sistemi di controllo degli investimenti esteri negli Stati membri, comportando un mutamento della *ratio* originaria dell'istituto, divenuto strumento ordinario piuttosto che

8. Frequenza, estensione, e modo in cui lo strumento Golden Power è applicato possono tuttavia ingiustificatamente ledere l'assetto concorrenziale dei mercati

Se, quindi, non vi è certamente incompatibilità ontologica tra diritto della concorrenza e Golden Power, come anche l'esperienza internazionale dimostra, rimangono aperte alcune questioni sul modo in cui questo strumento è applicato e sul suo ambito di applicazione. Se è consentito, in una battuta, parafrasare il titolo di un bellissimo libro di Giuliano Amato, si potrebbe dire, 'benvenuto Golden Power, ma…'.

Il punto da cui muovere attiene al ruolo che si intende affidare alla tutela della concorrenza. Sotto questo profilo, se si vuole raggiungere un esito positivo in termini di benessere, occorre preservare un mercato in cui le imprese sono libere, anzi stimolate, a competere, adottando le loro strategie per crescere e prosperare.

In questo discorso rientrano anche le strategie di crescita esterna. Interventi che impediscano o costringano in qualche misura tali strategie, limitando il ruolo del mercato del controllo societario, hanno un impatto negativo sulla concorrenza, sugli incentivi a competere, e anche sulla capacità di competere.

In altri termini, come ha sottolineato pure la nostra Autorità garante della concorrenza, condizionare lo svolgimento delle attività economiche sulla base di considerazioni, logiche e criteri esterni ed estranei al mercato può incidere tanto sugli incentivi diretti a competere, quanto sulle pre-condizioni che generano un ambiente concorrenziale, posto che meccanismi di mercato appaiono essenziali per la formazione e disciplina degli assetti proprietari e di controllo delle imprese [50].

In proposito, si possono individuare almeno quattro effetti potenzialmente negativi che derivano – meglio, potrebbero derivare – dall'utilizzo del Golden Power.

In primo luogo, come in parte già accennato, i poteri di veto possono inibire operazioni concorrenzialmente del tutto lecite. Questo esito, pur forse meno grave rispetto a quello derivante dai poteri di esenzione, è comunque rilevante non solo ai fini del buon funzionamento del mercato del controllo, ma anche in relazione ai possibili effetti procompetitivi sotto il profilo delle efficienze e dello sviluppo dell'innovazione. Le operazioni di concentrazione possono infatti rappresentare il mezzo più celere ed efficace per raggiungere la scala efficiente, per integrare tecnologie complementari, per ampliare i mercati in cui si opera. Inoltre, i benefici dei processi di aggregazione non sono indifferenti rispetto all'impresa acquirente, così come non è indifferente il momento in cui tale operazione viene effettuata. A seguito di un veto, gli effetti positivi per il benessere generale potrebbero non essere più disponibili o quantomeno non generarsi nella stessa misura o non generarsi con la medesima immediatezza. È chiaro

---

eccezionale, v. già R. CHIEPPA, *Conclusioni*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screenings. Il controllo degli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 188; ID., *La nuova disciplina del Golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione del 20 maggio 2022 n. 51*, in *Federalismi*, 8 giugno 2022; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 287; J. FORTUNA, *L'espansione della disciplina e dei casi di applicazione dei golden powers nella dimensione europea e italiana tra crisi pandemica, eventi geopolitici e cybersecurity*, in *Riv. Dir. Comp.*, 2025, p. 157 ss. Cfr. inoltre D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, Annali Aisdue, 2022, p. 204 ss., il quale già segnalava come l'estensione temporale delle misure facesse sorgere la questione della compatibilità con il diritto UE.

[50] V. R. RUSTICHELLI, *Presentazione della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2023*, Roma 17 aprile 2024; si v. più ampiamente A. ARGENTATI, *Relazione*, cit., p. 4 ss.

che quanto è più ampio il potere di intervento, e quanto più è utilizzato (sia nella forma assoluta del potere di veto, sia nella forma più blanda delle prescrizioni), tanto maggiori possono risultare i danni sotto il profilo concorrenziale.

In secondo luogo, veti e soprattutto rimedi e misure imposte, se mal calibrati, possono determinare effetti restrittivi del libero gioco della concorrenza, imponendo – quando invece non è necessario – condotte che generano costi per le imprese e per l'intero tessuto economico riducendone, pertanto, l'efficienza.

Alcuni esempi vengono forniti proprio dall'esame della lettera che contiene la Valutazione preliminare della Commissione europea al Governo italiano in relazione alla vicenda Unicredit-Banco BPM. Si considerino, in particolare, le prescrizioni sul mantenimento del rapporto depositi/impieghi.

Le prescrizioni individuate sembrano rappresentare, per un verso, una misura inutile. Osserva, infatti, la Commissione, alla luce dell'analisi concorrenziale, che, seppure «l'entità risultante dalla concentrazione dovesse ridurre la sua attività di prestito in Italia dopo l'(o)perazione, i clienti italiani continuerebbero a beneficiare dell'accesso a un'ampia gamma di prestatori alternativi consolidati. L'indagine della Commissione non ha evidenziato alcun motivo per cui i concorrenti dell'entità risultante dalla concentrazione non possano aumentare la loro offerta di prestiti in risposta a una strategia dell'entità risultante dalla concentrazione volta a tentare di limitare l'offerta o di aumentare i prezzi. Alla luce di questo panorama di prestiti diversificato e competitivo, è difficile comprendere come un'ipotetica riduzione dei prestiti da parte dell'entità risultante dalla concentrazione possa rappresentare una minaccia reale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società italiana» [51]. E ciò anche in considerazione del fatto che le stesse concorrenti di Unicredit avevano dichiarato di «ritenere che la fusione proposta rappresenti un'opportunità per aumentare i prestiti alle PMI che non vogliono rimanere clienti della banca risultante dalla concentrazione» [52].

Per altro verso, la misura individuata dalla Presidenza del Consiglio italiana, motivata con un rischio connesso a una potenziale riduzione dei prestiti, sarebbe in realtà idonea a danneggiare immotivatamente la concorrenza nel mercato rilevante. Infatti, con queste prescrizioni, UniCredit non sarebbe in grado di adattarsi in modo flessibile ed efficiente «alle mutevoli circostanze di mercato. L'imposizione di un rapporto statico a UniCredit e BPM limita la capacità dell'ente risultante dall'operazione di aumentare o diminuire i prestiti senza aumentare o diminuire anche i depositi che accetta. Per contro, se i depositi dell'ente risultante dall'(o)perazione crescessero in modo significativo, essa sarebbe tenuta a emettere nuovi prestiti per importi significativi al fine di mantenere il rapporto prescritto. Ciò potrebbe comportare la necessità di offrire prestiti a clienti insolvibili o in perdita per aumentare i prestiti emessi portandoli al livello richiesto», comportando evidentemente una distorsione della concorrenza sul mercato e incidendo sulla redditività delle banche coinvolte [53].

---

[51] Commissione europea, *Valutazione preliminare del 14.7.2025 a norma dell'articolo 21, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del protocollo 21 dell'accordo SEE (Caso M.12052 – Unicredit/Banco BPM (Art. 21(4))*, § 105. E, peraltro, la prescrizione o non è consentita dal diritto europeo in quanto dettata soltanto da motivazioni economiche, che peraltro qui non sembrano nemmeno esservi, o invece si giustifica per assicurare l'interesse pubblico e generale alla stabilità e al buon funzionamento dei mercati e dei sistemi finanziari, ma se così fosse, questo compito dovrebbe rientrare nelle competenze esclusive delle autorità di vigilanza europee, che infatti hanno sotto questi profili vagliato e autorizzato l'operazione. V., nel medesimo senso, A. ARGENTATI, *Relazione*, cit., p. 10.

[52] Commissione europea, *Valutazione preliminare*, cit., § 142.

[53] Commissione europea, *Valutazione preliminare*, cit., § 130. Ciò, peraltro, in aggiunta ai possibili profili inerenti alla sana e prudente gestione.

Le stesse considerazioni valgono per l'obbligo concernente il livello degli investimenti di Anima – società controllata da Banco BPM – in titoli di emittenti italiani [54]. Un obbligo inutile, secondo la Commissione, a motivo della concorrenzialità del mercato, e che ingessa le strategie future dell'impresa, penalizzandola sotto il profilo della sua capacità di agire o rispondere a stimoli concorrenziali dei rivali [55].

In terzo luogo, le misure imposte potrebbero favorire un equilibrio di natura collusiva a danno dei consumatori. Il fatto di conoscere che una impresa, per un certo periodo, dovrà seguire talune strategie e non potrà adottarne altre, o comunque la sua libertà di azione sul mercato ne sarà vincolata o limitata, può indurre i concorrenti a prediligere strategie di 'quiet life' o più accomodanti. Si tratta di questioni note nella letteratura economica e già rilevate ad esempio da Michele Grillo quando era componente dell'Autorità garante della concorrenza in relazione ad alcune misure applicate dalla Banca d'Italia al fine di autorizzare operazioni di concentrazione in campo creditizio [56]. Vincoli alla capacità, alla crescita e alle strategie perseguibili segnalano ai rivali come calcolare i punti di equilibrio in modo da spartirsi i mercati o massimizzare congiuntamente i profitti.

Da ultimo, imprese con elevati potenziali di crescita, se costrette in un ambiente caratterizzato da un mercato del controllo soggetto ad interventi 'politici', poco trasparente e condizionato dall'intervento pubblico potrebbero incontrare maggiori difficoltà nell'attrarre investimenti a motivo dell'incertezza sulle regole del gioco. Ciò soprattutto ove le ragioni dell'intervento pubblico fossero immotivate, opache o discriminatorie [57].

Diversamente da quanto inizialmente ipotizzato, dunque, l'utilizzo del Golden Power può determinare molteplici effetti distorsivi e restrittivi del libero gioco della concorrenza. Queste conseguenze potenzialmente negative dipendono sostanzialmente dalla profondità e dalla frequenza degli interventi di vaglio ai sensi della disciplina del Golden Power. Tanto più si interviene esercitando poteri di veto o imponendo prescrizioni, quanto più il gioco della concorrenza ne viene, direttamente o indirettamente, negativamente influenzato.

Ma vi è un fattore che andrebbe ulteriormente considerato in questa analisi: esso attiene, in particolare, alla possibile selettività dell'intervento, ossia alla eventualità che non vi sia uniformità sul quando e sul come intervenire, essendo l'intervento piuttosto mirato a favorire o sfavorire una delle parti in gioco. È chiaro che casi di intervento selettivo incidono soprattutto, e in modo radicale,

---

[54] Obbligo che avrebbe impedito a UniCredit di ridurre il livello degli investimenti di Anima in titoli degli emittenti italiani nei successivi cinque anni, impedendo alla società di utilizzare almeno una parte del suo patrimonio per investire in titoli di emittenti esteri, discriminando tali investimenti anche in relazione ad emittenti di altri Stati membri. Cfr. Commissione europea, *Valutazione Preliminare*, cit., § 188.

[55] Cfr., in particolare, Commissione europea, *Valutazione preliminare*, cit., § 193: «anche se Anima dovesse ridurre i propri investimenti in titoli di emittenti italiani dopo l'operazione, non è chiaro quale sarebbe l'impatto sulla sicurezza pubblica. L'indagine della Commissione nel caso M.11830 non ha sollevato preoccupazioni in relazione ai mercati della gestione patrimoniale in Italia. Tali mercati rimangono competitivi, il che significa che gli emittenti italiani continueranno a beneficiare dell'accesso a un'ampia gamma di gestori di attivi in concorrenza tra di loro».

[56] V., ad esempio, M. GRILLO, *Le banche, le concentrazioni e la concorrenza*, in *Lavoce.info* del 29 marzo 2006, ma già ID., *Conclusioni*, in M. POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 693 ss.

[57] Potrebbe inoltre innescarsi un duplice effetto distorsivo dovuto alla diversa propensione ad investire tra Paesi (a seconda dell'ampiezza, pervasività e discrezionalità in materia di controllo degli investimenti esteri) e settori (con i settori soggetti allo screening discriminati rispetto ad altri, ciò che evidentemente è accettabile nel caso dei comparti della difesa e della sicurezza ma molto più opinabile negli altri). Cfr. sotto questo profilo F. PRENESTINI, *Golden Power e meccanismi difesa dall'acquisto del controllo*, in *Federalismi.it*, 2/2022, p. 72 ss.

sul quarto aspetto citato e quindi sulla fiducia degli operatori nel corretto funzionamento dei meccanismi di mercato e sulla conseguente propensione ad entrare ed investire in tali mercati [58].

L'insieme delle considerazioni svolte dovrebbero indurre a una prudenza estrema nel disegno dell'ambito di applicazione del Golden Power, sotto il triplice profilo dei mercati/asset nei confronti dei quali si può intervenire, dei motivi che possono giustificare l'intervento, nonché della proporzionalità dell'intervento, in particolare nella individuazione delle misure e dei rimedi eventualmente imposti alle imprese soggette alla procedura. In questo senso, un dialogo preventivo più stretto con le autorità di regolazione e con l'autorità antitrust sarebbe auspicabile, specialmente in ordine alle prescrizioni concrete da imporre, le quali dovrebbero essere individuate tra quelle non restrittive della concorrenza o, ove questo non fosse possibile, tra quelle che raggiungono l'obiettivo di tutela della sicurezza con il minor sacrificio possibile al buon funzionamento dei mercati [59].

In linea di principio, inoltre, non si può che concordare con chi, con riferimento all'ambito di applicazione del Golden power, ha scritto che l'intervento dovrebbe avere carattere eccezionale e in settori specifici [60]; dovrebbe essere indirizzato esclusivamente alla difesa contro acquisizioni predatorie, senza rimettere in discussione l'opera di privatizzazione condotta a partire dagli anni '90 con riferimento tanto agli investimenti diretti dello Stato nell'economia, quanto al ruolo neutrale del governo rispetto alle strategie competitive delle imprese; e infine, e conseguentemente, dovrebbe essere volta esclusivamente a fronteggiare operazioni pericolose di soggetti appartenenti a paesi 'terzi' [61].

9. Golden Power, strumento essenziale per la protezione degli asset strategici europei, oppure degli asset strategici nazionali anche nei confronti dell'Europa?

Proprio in ordine alla definizione di paesi 'terzi' si innesta una ultima questione, rilevante in generale, ma in particolare sotto il profilo del mantenimento di un ambiente competitivo vivace e soprattutto non distorto, ossia di un *level playing field* in cui tutte le imprese europee hanno pari opportunità quanto alle possibili strategie competitive, ivi incluse quelle legate alla crescita esterna mediante operazioni di aggregazione transfrontaliera.

La questione è evidentemente legata a quanto gli Stati Membri credono

---

[58] Cfr. A. BURNSIDE-A. KIDANE, *Merger control meets DFI: the multi-shop expands*, ElgarOnline, August 2022, pp. 68-76, nonché Chieppa, in O. PALLOTTA-G.M. POLITO, *Intervista a Roberto Chieppa*, cit., p. 497, il quale ribadisce anche in questa sede che lo strumento non era stato pensato e non dovrebbe essere utilizzato per decidere, in positivo, chi debba essere il proprietario di un determinato asset, ma solo per verificare se una data operazione sia compatibile con gli interessi nazionali.

[59] Valorizzando e dando contenuto a quanto già previsto dall'art. 2-*bis*, comma 1, d.l. 15 marzo 2012, n. 21, il quale come noto stabilisce che le autorità collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'esercizio delle funzioni di scrutinio di cui alla disciplina del golden power.

[60] R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del Golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione del 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi*, 8 giugno 2022; G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments*, cit., pp. 121-137; L. VASQUEZ, *Golden Power: Alcune note a margina della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, p. 132 ss. ASSONIME, *Documento Programmatico: Proposta di revisione della normativa in materia di poteri speciali*, 2025, p. 35.

[61] Così, A. ARGENTATI, *Relazione*, cit., pp. 2-3.

effettivamente nel progetto europeo. I Trattati europei, quando parlano – ora nel protocollo 27 del TFUE – di concorrenza non falsata, la riferiscono al 'mercato interno', inducendo a ritenere che sia necessario operare ai fini della trasformazione dei singoli mercati nazionali in un mercato unico, in cui le imprese degli Stati membri competono ad armi pari adottando le loro strategie di crescita nei limiti del rispetto delle norme antitrust e degli altri vincoli derivanti dal diritto comunitario.

Idealmente, in un mercato unico europeo, la difesa degli asset e l'applicazione del Golden Power dovrebbe avvenire nell'ambito, e nel superiore interesse di tale mercato unico e quindi, almeno in linea di principio, solo ed esclusivamente nei confronti di imprese, direttamente o indirettamente, extra-europee. Attualmente, tuttavia, la disciplina del Golden Power è applicata, non solamente in Italia, anche ad operazioni intra-UE e, con una interpretazione estensiva davvero poco comprensibile, anche ad operazioni interamente domestiche, come ha evidenziato da ultimo la vicenda Unicredit-Banco BPM [62].

Ora, da un lato è innegabile che anche i Trattati europei riconoscono che la sicurezza nazionale è e rimane competenza degli Stati Membri, come enuncia chiaramente l'art. 4 TUE [63]; ma il pur complesso e non certamente statico perimetro della nozione di sicurezza dovrebbe essere individuato sulla scorta dei principi europei, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [64]. Dovrebbe essere evitato, pertanto, un utilizzo protezionistico, strumentale e partigiano dello strumento Golden Power, trasformandolo in una sorta di valvola di sfogo per esigenze di politica (economica) interna [65], utilizzata per favorire le imprese nazionali o, peggio, per agevolarne alcune a danno di altre per ragioni certamente non legate alla sicurezza, nazionale o europea che sia [66].

D'altro lato, l'esperienza di questi anni mostra che gli Stati Membri beneficiano

---

[62] Non è affatto chiaro, come invece ha sostenuto la Presidenza del Consiglio italiana, secondo quali principi possa considerarsi straniera una società per via del fatto che molti suoi azionisti rilevanti (ma tutti di minoranza e senza poteri di governance) siano 'stranieri', quando invece la sede dell'impresa, i suoi amministratori e il centro della sua attività siano certamente incardinati nel nostro paese. E come nota A. BAGLIONI, *Il governo entra*, cit., «la tesi secondo cui occorrerebbe difendere i risparmi degli italiani, custoditi in Banco BPM, dall'assalto dello straniero appare ancor più paradossale se si considera che il nostro governo non ha avuto nulla da eccepire sul fatto che Credit Agricole abbia richiesto l'autorizzazione ad aumentare la sua partecipazione (attualmente poco sotto il 20 per cento) nel Banco BPM. Pare quindi che Unicredit sia una banca straniera e Credit Agricole una banca italiana: una bella contorsione».

[63] L'art. 4, paragrafo 2, TUE stabilisce infatti che l'Unione «rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare quelle che riguardano la salvaguardia dell'integrità territoriale, il mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». Inoltre, l'art. 65 TFUE consente l'adozione di misure limitatrici della libertà di circolazione se proporzionali, necessarie, trasparenti e non discriminatorie.

[64] In linea, del resto, con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Xella*. Cfr. Corte di Giustizia UE, 13 luglio 2023, C-106/22, *Xella*. La Corte ha ribadito che le restrizioni alle libertà fondamentali sono ammesse esclusivamente se la misura nazionale sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale (cfr. par. 60). Di conseguenza, le restrizioni agli investimenti esteri devono rimanere nei limiti delle disposizioni del trattato che disciplinano il mercato interno e non possono essere applicate in assenza di una minaccia reale e sufficientemente grave a un interesse fondamentale della società. Motivi di natura puramente economica, di mera logica industriale, non valgono come giustificazione adeguata (cfr. par. 64). Tali eccezioni devono essere intese 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 (cfr. par. 66).

[65] Si v., in questo senso, L. SCIPIONE, *Golden Power*, cit., 18.

[66] È opinione piuttosto diffusa che il Decreto riguardante l'offerta di Unicredit su Banco BPM sia stato adottato per favorire una determinata aggregazione bancaria che il successo dell'offerta Unicredit avrebbe invece impedito, sorpassando i confini del regolatore neutrale e rappresentando invece un esempio paradigmatico di intervento selettivo. V. in questo senso, tra i molti, A. BAGLIONI, *Il governo entra a gamba tesa nella partita delle banche*, in lavoce.info del 25 luglio 2025.

della partecipazione all'Unione europea, ma non sono (ancora) disposti a correre il rischio di vedersi espropriare ricchezza, risorse e assetti nell'interesse superiore del progetto comune europeo (e tantomeno nell'interesse di singoli Stati Membri).

Si è correttamente osservato che l'unico modo di indurre gli Stati membri a modificare i propri orientamenti in materia di Golden Power e la loro tendenza a proteggere gli interessi nazionali anche a dispetto degli obiettivi comuni europei consisterebbe in uno sforzo comunitario che omogenizzi i singoli ordinamenti. Infatti, nessuno Stato membro «modificherà le carte in tavola se non in una logica di reciprocità, perché ciascuno vorrà proteggere i propri campioni nazionali, anche se poi sul piano internazionale finiscono tutti in serie B» [67].

Tuttavia, in momenti di forte ritorno di spinte nazionalistiche e protezionistiche, è difficile credere che l'attuale atteggiamento di chiusura possa evolversi verso una rinnovata adesione ad una visione eurocentrica e quindi ad una applicazione dello strumento Golden Power con essa coerente [68]. In altri termini, gli Stati Membri 'resistono' e difficilmente si piegheranno a cedere competenze su temi percepiti come fondativi della sovranità [69].

Però, se tutto quanto precede è corretto, i tanti governi nazionali e forze politiche che, nel Parlamento europeo, avevano salutato in modo quasi entusiastico le spinte e i suggerimenti derivanti dai vari rapporti Draghi e Letta [70], dando mandato alla Presidente della Commissione europea di trasformare e rendere concreti tali suggerimenti in azioni politiche, dovrebbero forse interrogarsi e magari provare a curare un atteggiamento che evidentemente si è spinto ai (e forse oltre i) limiti dello schizofrenico [71].

---

[67] Così F. VELLA, *Golden Power non fa rima con mercato unico dei capitali*, in *lavoce.info*, 18 luglio 2025.

[68] Questa pare pure l'amara conclusione dell'Autorità garante della concorrenza, se è vero che nella sua Relazione annuale per l'anno 2023, si legge che «dal mutato quadro geopolitico e dalla più accesa competizione internazionale stanno emergendo alcune tendenze che, lungi dal rafforzare la competitività europea, rischiano in prospettiva di minare il level playing field sul quale si fonda il mercato unico (…). Una seconda rilevante criticità discende dall'utilizzo crescente dei poteri speciali per la tutela degli interessi strategici grazie ai quali le esigenze di tutela delle industrie nazionali tendono a prevalere sugli obiettivi di apertura dei mercati, integrazione economica e concorrenza alla base del mercato unico». Cfr. AGCM, *Relazione annuale per l'anno 2023*, Roma, 17 aprile 2024. Per quanto riguarda più specificamente le banche, v. inoltre R. HAMAUI, *Risiko bancario: lo Stato rischia di essere il grande vincitore e non solo in Italia*, in *Firstonline*, giugno 2025, il quale segnala la frizione crescente tra le esigenze di coordinamento sovrastale di natura politico-economica che riaffermano, anche nell'era della finanza globalizzata, l'importanza delle logiche nazionali.

[69] Cfr. già G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in questa *Rivista*, 2019, p. 2.; S. SANTAMARIA, *Il controllo degli investimenti esteri diretti tra la protezione degli assets strategici e la tutela degli investitori. Questioni di compatibilità*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 196 ss., e per un quadro aggiornato, L. SCIPIONE, *Il Golden Power*, cit., pp. 17-22.

[70] Cfr. E. LETTA, *Much more than a market – Speed, Security, Solidarity Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, 2024, che può leggersi in consilium.europa.eu; M. DRAGHI, *The Future of European competitiveness, Part. A*, 2024, reperibile in commission.europa.eu.

[71] V., in senso conforme, F. VELLA, *Golden Power non fa rima con mercato unico dei capitali*, in *lavoce.info*, 18 luglio 2025, ad avviso del quale «(b)isogna allora decidersi: o si conservano discipline della allocazione dei diritti proprietari fondate sulle giurisdizioni nazionali ed esposte agli umori del governo di turno (ma allora bisogna avere la consapevolezza che tutte le belle parole dei vari rapporti Letta e Draghi e gli impegni sulla Unione dei capitali corrono il rischio di rimanere, appunto, belle parole), oppure si intraprende una coraggiosa strada di riforme». Si v. inoltre il testo del discorso tenuto da Mario Draghi alla *High Level Conference – One year after the Draghi report: what has been achieved, what has changed*, organizzato dalla Commissione europea il 16 settembre 2025, reperibile in commission.europa.eu. Nel discorso emerge chiaramente come buona parte delle resistenze al cambiamento siano in realtà dovute agli atteggiamenti degli stessi Stati che persistono nell'idea di dare risposte nazionali a problemi che dovrebbero essere centralizzati a livello europeo.



Regolazione tariffaria ed eterointegrazione dei contratti*

Tariff regulation and heterointegration of contracts

di *Simone Lucattini***

ABSTRACT

Il saggio getta luce sull'incidenza della regolazione tariffaria delle autorità indipendenti rispetto ai contratti in essere nei settori economici sensibili dell'energia, dei rifiuti, del servizio idrico e delle autostrade, riflettendo sul principale problema dell'eterointegrazione costituito dalla potenziale lesione dell'affidamento riposto dalle imprese esercenti il servizio nelle condizioni pattuite.

The essay sheds light on the impact of tariff regulation by independent authorities on existing contracts in sensitive economic sectors such as energy, waste, water services, and highways, reflecting on the main problem of heterointegration, which is the potential damage to the trust placed by service providers in the agreed conditions.

Sommario: 1. Autorità indipendenti ed eterointegrazione: tra pubblico e privato. – 2. Dalla regolazione per contratto alla regolazione per autorità indipendente. – 3. Nel dominio della regolazione: l'impatto del metodo tariffario nei settori regolati. – 4. Dalla concessione contratto al contratto di concessione eterointegrato. Nel prisma della buona fede e dell'affidamento.

1. Autorità indipendenti ed eterointegrazione: tra pubblico e privato

L'eterointegrazione dei contratti, tema tipico e classico di diritto civile, diviene tema di confine – tra diritto pubblico e diritto privato – nel momento in cui la legge, innescando il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali previsto dall'art. 1339 c.c., autorizza le autorità amministrative indipendenti a eterointegrare, con propri atti di regolazione, i contenuti dei contratti di servizio tra le amministrazioni-concedenti e le aziende erogatrici dei servizi [1]. In

* Il presente scritto è destinato al volume che raccoglierà gli atti del convegno, tenutosi il 29 novembre 2024 presso l'Università di Siena-Dipartimento di Giurisprudenza, dal titolo "Problemi di confine. Il dialogo pubblico-privato alla prova dei fatti". Le opinioni espresse sono a titolo strettamente personale.

** Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università di Siena.

[1] L'art. 1339 c.c. «nel menzionare le clausole imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata»: Cass. civ., Sez. VI, 31 ottobre 2014, n. 23184. Pertanto le previsioni regolatorie, laddove i rapporti negoziali non vengano consensualmente modificati in

questo ampio orizzonte, oggetto specifico di studio è l'incidenza della sopravvenuta regolazione tariffaria rispetto ai negozi contrattuali in essere nei settori economici sensibili affidati alla cura delle amministrazioni regolatrici e, quindi, a livello effettuale, l'impatto della nuova disciplina sulle scelte degli operatori economici e sui legittimi affidamenti maturati.

L'ampia parabola storico-evolutiva entro la quale s'inscrive il fenomeno in esame è quella di un diritto amministrativo che, nato dal potere autoritativo – dal «castello» –, si è poi spinto, dapprima, verso il *service public* – «il mulino» – e ha, infine, «raggiunto il mercato», penetrando nel dominio del diritto civile fin lì considerato come il tipico diritto dei fatti economici [2]: l'Adunanza Plenaria, del resto, ha recentemente ricordato che la regolazione tariffaria, di per sé, «sottrae il corrispettivo del gestore alle libere negoziazioni di mercato» [3], erodendo dunque uno spazio altrimenti riservato al diritto dei privati.

I continui riferimenti della dottrina a "confini" (da difendere), "frontiere" (entro cui rinserrarsi), "territori" (da proteggere), tuttavia, evocano, anche nella terminologia impiegata [4], steccati disciplinari eretti su geometriche, ma sempre più sfuggenti, partizioni teorico-generali (pubblico/privato) [5] che talora impediscono

---

attuazione della sopraggiunta regolazione, si sostituiscono automaticamente alle clausole difformi, da qualificare come nulle per contrarietà a norma imperativa, secondo la previsione dell'art. 1419, comma 2, c.c. Sull'eterointegrazione del contratto e sui suoi meccanismi di funzionamento, possono leggersi i contributi di G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 492 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il contratto*, *Trattato a cura di P. Rescigno*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 1019 ss.; R. SACCO, voce *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., Utet, Torino, 2012, p. 996 ss. Sul più specifico tema dell'eterointegrazione dei contratti ad opera di atti delle autorità indipendenti, si vedano, invece, da diverse angolature, G. GITTI, voce *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012; D. SIMEOLI, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg., Utet, Torino, 2014; M. ORLANDI, *Autorità indipendenti e fonti sussidiarie*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 5 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012; M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, ESI, Napoli, 2015.

[2] In questi suggestivi termini, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 27. Sulla concezione del diritto privato come diritto comune dei rapporti economici, a prescindere dalla natura dei soggetti e degli interessi perseguiti, insiste F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 1, Cedam, Padova, 1977, p. 129 s.

[3] Cons. St., Ad.plen., 7 novembre 2025, n. 16, in materia di regolazione tariffaria del servizio idrico. La pronuncia della Plenaria appare, sotto diversi aspetti, rilevante, anche laddove torna (par. 6) sull'ormai "classico" tema dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sul potere regolatorio.

[4] Sui confini del diritto amministrativo, si legga l'ampia indagine svolta da F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, p. 247. Sui confini del diritto privato, oltre al classico studio di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, p. 351 ss., si veda, specialmente, G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I. *Teoria generale e storia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 60 s., il quale, pur rinunciando «a definire ulteriormente le nozioni delle due categorie, a tracciarne confini sempre più incerti», nell'«insufficienza dei singoli criteri distintivi», nella «labilità delle formule», nella «mobilità delle categorie», muove alla ricerca di possibili «elementi o fattori unificanti» idonei a «evidenziare le intersezioni, le sovrapposizioni, le osmosi delle due partizioni del diritto». Osserva, più in generale, S. CASSESE, *Regolazione e autonomia privata, ovvero come liberare la cultura giuridica dai lacci nazionalistici e positivistici: il contributo di Marco D'Alberti*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 546, che «non hanno più ragion d'essere frontiere, barriere, recinti nei quali come giuristi ci siamo difesi o siamo rimasti prigionieri».

[5] Ragion per cui si dovrebbe, piuttosto, procedere – sensibili alle contaminazioni (cfr. A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo, si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, p. 781;

di muoversi nelle intersezioni, «alla luce dei problemi da risolvere», in una prospettiva pratica e pragmatica [6] necessaria per affrontare i problemi di confine, quale, tipicamente, l'eterointegrazione ad opera di atti delle autorità di regolazione. In questa rinnovata visione, lo stesso contratto – e l'autonomia privata che lo sorregge – «non è un dogma, ma una creatura del tempo», ragion per cui, in concreto, «*le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto*» [7]. Del contratto pare dunque preclusa «una lettura chiusa, quasi che le parti, rinserrandosi nei suoi confini, potessero negare la loro appartenenza al mondo» [8], ossia al mutevole contesto di riferimento che, nei settori sensibili, è ormai quello dello Stato regolatore, lo Stato delle autorità indipendenti munite di poteri di regolazione tariffaria e della qualità dei servizi di pubblica utilità [9], entrambi incisivi sui contratti in essere.

Mettendo a fuoco la visuale d'indagine, si può osservare come sia la fonte-"soggetto" eterointegrante – i regolatori indipendenti dei mercati – che l'"oggetto" dell'eterointegrazione – il contratto (di servizio) – si collochino, in maniera esemplare, al confine tra diritto pubblico e privato. Le concessioni di servizi costituiscono, infatti, da sempre un istituto sospeso tra *imperium* pubblico e volontà del privato, tra costruzione unilaterale-pubblicistica e costruzione privatistica [10]. Calandosi, dalla teoria della concessione amministrativa [11] alla pratica della regolazione dei servizi d'interesse economico generale, l'istituto di riferimento è, propriamente, il contratto di servizio, tipizzato per la prima volta dalla

---

G. VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quad. fiorentini*, 2022, p. 473 ss.) – alla ricerca di quei «fattori unificanti» di cui parla il già citato G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, comunque rinvenibili anche nell'ambito della «grande dicotomia» (N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, p. 2187 ss.) che costituisce, nel suo insieme, una «unità vivente e vitale, un organismo»: così S. PUGLIATTI voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc.dir.*, Milano, 1998, p. 697.

[6] In tal senso, G.D. COMPORTI, *La strana metafora della "terra di nessuno": le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 529 ss.; sulla «strana voglia di confini» che ancora oggi spesso emerge nei discorsi degli studiosi, può leggersi, dello stesso Autore, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir.econ.*, 2024, p. 11 s.

[7] N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., p. 1. Sull'intreccio di fonti, pubbliche e private, che contribuiscono ormai a comporre la disciplina del contratto, si veda U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 394 ss.

[8] S. RODOTÀ, nell'*Introduzione*, XIII, a *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004 (ristampa integrata dell'edizione originaria del 1969).

[9] Regolazione tariffaria e della qualità sono competenze espressamente richiamate, con funzione ricognitiva, dall'art. 6, comma 1, del testo unico dei servizi pubblici locali (d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), a conferma di un sistema interconnesso in cui disciplina tariffaria, della trasparenza e della qualità sono dirette, sinergicamente, a perseguire gli obiettivi di carattere economico, sociale e ambientale della regolazione di settore. Il sistema della regolazione, fissando determinati standard di qualità nell'erogazione del servizio, deve, infatti, scongiurare il rischio che i gestori reagiscano ad azioni regolatorie volte a contenere i costi abbassando la qualità dei servizi offerti.

[10] Cfr. G. PERICU, *Le concessioni tra pubblico e privato*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 6 ss.

[11] Sull'importanza del dibattito sulla natura della concessione amministrativa, financo per la formazione dei "principi di sistema" del diritto amministrativo, si concentra F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1273 ss.; *recentius*, M. RENNA, *Le concessioni autostradali: spunti a partire dai contributi di Marco D'Alberti*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 717, ricorda come le concessioni amministrative abbiano costituito «una sorta di palestra in cui "mettere alla prova" l'attitudine delle categorie a spiegare i fenomeni i fenomeni che il diritto positivo e la sua applicazione pratica sottoponevano, e tuttora sottopongono, all'approfondimento degli studiosi».

normativa comunitaria dei trasporti [12], che rappresenta una sorta di «anello di congiunzione tra la regolazione e la gestione» e al quale viene riconosciuta una natura ibrida d'«istituto bicefalo, in parte contratto ed in parte provvedimento»: con una parte paritetica dedicata ai reciproci diritti ed obblighi e l'altra, autoritativa, che definisce invece le regole della gestione e i poteri di verifica e controllo della parte pubblica [13].

Volgendo lo sguardo alla fonte-"soggetto" dell'eterointegrazione, non si può, poi, non ricordare come, fin dal seminale studio di Predieri, le autorità indipendenti inverino le istituzioni dello «Stato osmotico», inteso come quel modello di Stato che tende a realizzare una compenetrazione dello Stato apparato con il mercato, le imprese, la società [14], sino a far emergere nuove funzioni statali di eterocorrezione ed eterocomposizione del mercato [15]. Lungo questa linea di pensiero il *proprium* della regolazione è stato in seguito individuato nel potere di adottare atti amministrativi sostitutivi di negozi privati [16], posti in essere per ristabilire la *par condicio* concorrenziale [17]. Una più che decennale giurisprudenza, affrontando *ex professo* il tema dei rapporti tra regolazione indipendente (del settore energetico) e autonomia contrattuale, ha, quindi, descritto il diritto della regolazione come ontologicamente «eterogeneo» e «misto, collocato a cavallo tra sistema pubblico e privato». Gli effetti della regolazione indipendente si manifestano, difatti, su più livelli. Sicché, innanzitutto, «La regolazione investe un determinato mercato di rilevanza economica, con l'effetto di "conformarne" le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura». La regolazione è, però, destinata a incidere oltre la morfologia dei mercati, per penetrare fino «a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela)». In quest'ottica, pertanto, «regolare il mercato significa incidere anche sulla disciplina dei contratti», elevando gli atti di regolazione (tariffaria) a fonti sussidiarie. Ragion per cui – conclude il giudice amministrativo – il «fenomeno di "amministrativizzazione" del contratto vede la regolazione intenta, non solo a condizionare lo svolgimento dell'autonomia privata, ma talvolta anche a limitarne il campo elettivo di esplicazione (consistente nel determinare il contenuto delle pattuizioni)» [18].

---

[12] Cfr. l'art. 14, regolamento n. 1191/69/CE. Nella legislazione nazionale, il contratto di servizio è espressamente previsto in vari articoli del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, ossia negli artt. 8, 9, 17, 18 e nell'art. 19, che elenca i principali contenuti del contratto di servizio.

[13] Cfr. M. DUGATO, *Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore*, in F. ROVERSI MONACO-G. CAIA (a cura di), *Il traporto pubblico locale*, Volume I, *Principi generali e disciplina di settore*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 23. In simili termini, cfr. già C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, p. 84 s.

[14] A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, pp. 5 ss. e 53.

[15] A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 83 s.

[16] F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 69: «la pubblica amministrazione, *sub specie* di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative».

[17] E ciò nella logica della regolazione mimetica, che mima una concorrenza inesistente in natura (dove c'è il monopolio naturale), anche mediante l'imposizione di obblighi di *third party access,* per consentire la connessione di terzi- "nuovi entranti" alle infrastrutture essenziali che l'autonomia privata, da sola, non riesce a garantire.

[18] In questi perspicui termini si è espresso TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 14 marzo 2013, n.

Regolatori indipendenti, la funzione di regolazione, l'"ossimorico" contratto di concessione e l'eterointegrazione in via amministrativa dei negozi sono, dunque, tutti istituti che si collocano – presi singolarmente e nel loro complesso intreccio – sull'ormai denso confine tra diritto pubblico e diritto privato, ponendo rilevanti questioni pratiche da risolvere. Su queste basi, nei paragrafi che seguono si getterà, quindi, luce sulla meccanica dei sistemi di regolazione dei servizi, visti essenzialmente nel profilo dinamico dell'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria di fonte pubblica sui contratti in essere, in termini di tutela della buona fede e dell'affidamento: principi-cardine della regolazione amministartiva dei mercati che affondano, anch'essi, le proprie radici nel diritto privato.

2. Dalla regolazione per contratto alla regolazione per autorità indipendente

L'eterointegrazione dei contratti, prima ancora che sul continuo flusso della regolazione nei settori regolati, consente di concentrare l'attenzione sul momento in cui un determinato settore entra nel dominio della regolazione indipendente, quando la sopraggiunta disciplina tariffaria – fonte eteronoma del contratto – va a impattare sull'autonomia contrattuale, nella transizione da una regolazione "per contratto" ad una "per autorità indipendente", che segna l'evoluzione dell'assetto di governo dei servizi da una dimensione essenzialmente locale-comunale ad una accentrata (sul regolatore nazionale) o anche duale (imperniata cioè su regolatori locali-enti di governo d'ambito e regolatore nazionale) [19], ma comunque "a trazione nazionale", con un regolatore terzo e indipendente posto al vertice del sistema della regolazione – creatore e verificatore (allorché approva la proposta tariffaria degli enti d'ambito) del metodo tariffario –, a garanzia dell'efficienza e della redditività delle gestioni. In questa prospettiva, il profilo davvero sensibile è dato dall'incidenza delle nuove determinazioni tariffarie rispetto ai contratti in essere (contratti di servizio/concessioni-contratto), nella misura in cui le sopraggiunte previsioni regolatorie sono destinate a penetrare all'interno del regolamento pattizio.

---

683 (la controversia decisa dal giudice amministrativo ruotava attorno al potere dell'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente-ARERA) di eterointegrare i contratti di fornitura di energia elettrica, prevedendo un corrispettivo pecuniario "CMOR" che, in caso di passaggio del cliente finale da un venditore ad un altro, il venditore "entrante" può, entro sei mesi, riscuotere dal cliente finale moroso nei confronti del venditore "uscente"). Sul «contratto amministrato» nel settore dei servizi di pubblica utilità e sulla possibile coesistenza tra potere normativo delle autorità indipendenti – che si manifesterebbe mediante atti amministrativi "negoziati" – e autonomia contrattuale, degno d'interesse appare il tentativo ricostruttivo, in chiave neocorporativa, di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID., *Disciplina contrattuale del mercato e decisione robotica*, Morcelliana, Brescia, 2020, p. 82 ss.

[19] La norma centrale per la definizione di un simile modello di regolazione duale, applicato nel settore idrico, dei rifiuti e del trasporto pubblico locale, è costituita dall'art. 3-*bis*, d.l. 16 settembre 2011, n. 138 (convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148) che, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede un modello organizzativo per ambiti o bacini territoriali ottimali (comma 1) governati da enti d'ambito, cui spettano le funzioni di organizzazione del servizio, scelta della forma di gestione, affidamento e controllo della gestione, nonché di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza (comma 1-*bis*). A chiusura e al centro del sistema, un simile modello di *governance* multilivello prevede, indefettibilmente, un regolatore centrale indipendente, rendendo in tal modo applicabili le norme contenute nell'art. 3-*bis*, in materia di ambiti e organizzazione dei servizi locali, «ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente», ivi compreso il settore dei rifiuti (comma 6-*bis*).

Poiché l'eterointegrazione avviene per mezzo di atti amministrativi generali-manifestazione del potere (tariffario), la conseguenza giurisdizionale non può che essere il sindacato del giudice amministrativo su tali atti che si realizza, essenzialmente, applicando i classici principi limitatori della discrezionalità, legalità e affidamento *in primis*. Il principio di legalità viene, quindi, in rilievo sotto il consueto profilo della raffrontabilità dei poteri esercitati dal regolatore rispetto al precetto normativo. Sul punto la giurisprudenza, dopo aver ripetuto che «la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi a che da un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti», è giunta a negare la sussistenza di impliciti poteri d'eterointegrazione, affermando che «deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione *ab externo* sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa» [20].

Ciò posto, la storia recente della regolazione idrica, dei rifiuti e dei trasporti insegna che il primo problema che sempre si pone quando un settore entra nella sfera della regolazione è quello dell'incidenza delle nuove determinazioni tariffarie sui contratti già in essere e, quindi, della potenziale lesione dell'affidamento riposto dalle imprese esercenti il servizio nelle condizioni pattuite. È, dunque, un problema di efficacia della regolazione nel tempo, di retroattività e di certezza che, in giurisprudenza, viene affrontato alla luce del doppio scrutinio di legalità/prevedibilità, superato il quale la regolazione, anche ove peggiorativa delle precedenti pattuizioni, deve essere recepita in tutti gli atti convenzionali che informano il rapporto sinallagmatico. Più che sulla natura di un potere cangiante – tra accertamento tecnico di costi efficienti e scelta politico-discrezionale [21] –, merita, pertanto, soffermarsi sugli effetti del potere tariffario, specialmente quando esso si manifesta per la prima volta, facendo attrito con la logica conservativa del *pacta sunt servanda*. Un potere che impatta su rapporti sinallagmatici cristallizzati, infatti, è di per sé suscettibile di ledere l'affidamento e pregiudicare la certezza del diritto, nelle rispettive dimensioni soggettiva e oggettiva. Sotto il primo profilo, la tutela dell'affidamento si realizza, come noto, accordando protezione alla «pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente» [22] che si tende a mantenere. Nella prospettiva oggettiva della certezza del diritto, la buona fede si pone invece, non soltanto come fonte legale d'integrazione del contratto [23], ma anche

---

[20] Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2020, n. 4385, che conclude: «In definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti». In senso conforme, cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330. Il problema dei poteri impliciti d'eterointegrazione non sfugge neppure alla dottrina civilistica: cfr., specialmente, A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, I, 2020, p. 194 ss. e, in termini più generali, V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, ESI, Napoli, 2008, p. 1623, e E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 268.

[21] Su questo profilo – nodale e assai dibattuto – negli studi sulla regolazione (tariffaria), si vedano, da diverse posizioni, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, p. 154 ss., e G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2025, p. 454 ss.

[22] Così, chiaramente, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in questa *Rivista*, 2016, p. 14.

[23] In tema, può leggersi *amplius* C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000,

come «norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa, regolamentare e ora anche comunitaria» [24] e, per questa via, la certezza delle regole si può ergere a «norma principio di chiusura» dell'ordinamento europeo [25]. Il principio, invero, «si colloca 'a monte', e non 'a valle' anche della disposizione legislativa che definisce il potere» [26] e, pertanto, da tempo «viene tutelato, sia nel diritto costituzionale che nel diritto amministrativo, perché esiste un principio generale di buona fede che ne impone la ponderazione al momento di legiferare o di emanare un provvedimento amministrativo» [27]. Seguendo queste chiare coordinate, a risultare potenzialmente critico è, in effetti, tanto il momento in cui la legge attribuisce *ex novo* un potere tariffario incisivo dell'autonomia contrattuale, quanto il successivo momento d'esercizio di tale potere. Ciò per l'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria, in termini di diritto intertemporale, nonché per il condizionamento rispetto alle scelte imprenditoriali che il mutamento del metodo tariffario inevitabilmente produce, nella irriducibile tensione tra la attesa stabilità della precedente metodologia e l'instabilità generata da un fattore – il nuovo metodo tariffario –, in ipotesi anche astrattamente prevedibile, ma pur sempre suscettibile di modificare risultati economici programmati.

La stessa legittimità della sopravvenienza regolatoria, come detto, va sindacata alla luce dei principi di legalità – *sub specie* di predeterminazione normativa – e dell'affidamento-prevedibilità, per verificare se la fiducia riposta dagli operatori economici nelle superate prospettazioni tariffarie possa essere legittimamente delusa. Ed è ciò che ha fatto, trasversalmente nei diversi settori regolati, la giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto alle autorità indipendenti poteri di eterointegrazione dei contratti in essere soltanto in presenza di una puntuale base normativa legittimante e ritenuto, quindi, legittimo il loro esercizio solo ove improntato al canone della prevedibilità, commisurato alla diligenza *quam in suis* di un operatore professionale operante in un mercato regolato.

L'analisi che segue, condotta alla luce del formante giurisprudenziale, si soffermerà dunque, settore per settore, sul concreto esercizio del potere tariffario – il potere per eccellenza dei regolatori – e sulla sua (autorizzata *ex lege*) forza eterointegrante, in grado di incidere sulla libertà contrattuale *ab externo*, sconvolgendo assetti consolidati e, in ultimo, la certezza dei mercati [28].

---

p. 500 ss., nonché M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, I, 1994, p. 2168.

[24] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 8.

[25] F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 9.

[26] A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 12.

[27] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 251.

[28] Con riferimento al settore idrico, il meccanismo d'inserzione nel contratto di determinazioni tariffarie di fonte pubblica (ARERA, nella specie) si staglia in Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2024, n. 6744 (ord.). Un simile meccanismo opera, come sopra accennato, anche per le determinazioni adottate in ordine ai livelli di qualità del servizio le quali «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» (art. 2, comma 37, legge n. 481/1995). La Cassazione (Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 896, con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, p. 909 ss.) ha affermato, al riguardo, che l'integrazione, *ex* art. 1339 c.c., del regolamento di servizio – ossia delle condizioni generali di contratto cui debbono adeguarsi i singoli contratti di utenza – si risolve in via mediata in una integrazione autoritativa dello stesso contratto d'utenza, a condizione che si tratti di norme di contenuto dispositivo, e non imperativo, e che l'eterointegrazione avvenga a favore degli utenti (per Cass., Sez. III, n. 16401/2011, l'eterointegrazione è, pertanto, «da

3. Nel dominio della regolazione: l'impatto del metodo tariffario nei settori regolati

Il fine ultimo della regolazione può essere rinvenuto nella certezza: creare un quadro regolatorio coerente e stabile e infondere fiducia nei contesti di riferimento, quali condizioni essenziali per ogni razionale programmazione economica delle imprese e per attrarre investimenti infrastrutturali connotati da lunghi tempi di ritorno. Se si accoglie questa prospettiva, l'effetto virtuoso della regolazione è costituito, in primo luogo, dal segnale preventivo diffuso nei mercati: in tal senso, la regolazione è «necessariamente 'preventiva'» [29], a garanzia di investimenti di lungo periodo. Nel caso dell'eterointegrazione, la regolazione (tariffaria) è, invece, oltreché *esterna*, nel senso che promana da un soggetto terzo rispetto alle parti del rapporto concessorio, anche necessariamente *successiva* rispetto alle condizioni pattuite nelle convenzioni in essere.

Esterna, perché nel modello della concessione-contratto lo Stato, nella sua veste di concedente, è parte di un contratto di durata, mentre nella sua configurazione indipendente (Stato regolatore) adotta il metodo tariffario, predefinendo le voci di costo, e seleziona, quindi, gli interventi da remunerare in tariffa, instaurando un collegamento trasparente e uniforme su tutto il territorio nazionale tra variazioni dei corrispettivi tariffari, obblighi assunti dai gestori e qualità delle prestazioni erogate.

Successiva, perché il tema dell'eterointegrazione dei contratti ad opera di atti delle autorità indipendenti porta naturalmente a ragionare sul momento, cruciale nella dinamica intertemporale della regolazione, in cui la disciplina regolatoria eterointegra, con effetti sostitutivi *ex post*, i rapporti sinallagmatici (*ex* artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.). In proposito, si può, nondimeno, osservare come la regolazione, per la sua intrinseca connotazione procedurale (la legalità procedurale del *notice and comment* che anticipa al mercato i contenuti essenziali del progetto regolatorio), nonché per l'ineludibile vincolo della legalità sostanziale/predeterminazione normativa [30], non perda mai del tutto il proprio carattere "preventivo", per quanto l'alterazione di pattuizioni ritenute ormai cristallizzate ponga, inevitabilmente, a rischio l'affidamento.

Tracciate queste essenziali coordinate, pare possibile gettare luce sulla meccanica di funzionamento del sistema di regolazione, nel suo profilo dinamico e intertemporale dato dall'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria, con una analisi mirata settore per settore. S'impone, allora, per forza di cose, un metodo d'indagine «fenomenologico» [31], aderente alla realtà effettuale dei differenti ambiti regolati e sensibile al dato giurisprudenziale. A cominciare dalla più risalente

---

restringere sotto il profilo funzionale in senso unidirezionale, cioè sia limitata ad una deroga a favore dell'utente o del consumatore»). La questione risolta dalla Suprema Corte nasceva dalla delibera 200/1999 con cui l'(allora) Autorità per l'energia aveva imposto al gestore «di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» (art. 6, comma 4). Sui presupposti del potere d'integrazione si sofferma, a partire dalla stessa Cass. n. 16401/2011, M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'Angelo-V. Roppo, Giappichelli, Torino, 2013, p. 54 ss.

[29] A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche*, cit., p. 20.

[30] Sulla legalità, nelle diverse forme procedurale e sostanziale e sui loro rapporti, si appunta l'analisi di G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir.amm.*, 2021, p. 749 ss.

[31] Che mira alla «continua aderenza ai fatti, ai dati, agli sviluppi e alle tendenze evolutive della realtà»: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 9.

vicenda della regolazione idrica dove, tuttavia, la questione della tutela dell'affidamento si è posta in termini meno problematici rispetto a quanto avvenuto in settori limitrofi. L'art. 3, comma 1, lett. e), d.P.C.M. 20 luglio 2012, con cui sono state dettagliatamente individuate le funzioni spettanti ad ARERA nel settore, infatti, espressamente consentiva al regolatore di modificare le clausole contrattuali regolative del rapporto tra enti d'ambito e gestori [32]. Una simile previsione manca, invece, nel settore dei rifiuti, con l'effetto di porre *ab initio* ineludibili questioni di diritto intertemporale (retroattività) e di protezione dell'affidamento, alla luce del rilevante condizionamento che ogni regolazione tariffaria esercita sull'attività di gestione del servizio, orientandone le scelte di fondo [33]. La nuova regolazione tariffaria dei rifiuti ha, fin da subito, fatto attrito su fattispecie non ancora esauritesi – i contratti in essere – (retroattività impropria) e su fattispecie esaurite – le componenti a conguaglio 2018-2019 – (retroattività propria), in modo potenzialmente pregiudizievole delle situazioni soggettive dei gestori del servizio che hanno immediatamente impugnato il primo metodo tariffario (la delibera 443/2019/R/rif) dinanzi al giudice amministrativo per violazione del principio di affidamento, nonché del principio di legalità [34].

Al tempo, lo scarno quadro giurisprudenziale era essenzialmente costituito dalla giurisprudenza formatasi in tema di regolazione energetica, piuttosto restia nel riconoscere ad ARERA poteri di eterointegrazione contrattuale in assenza di una puntuale base normativa legittimante, sull'assunto di fondo che «essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attributo dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiederebbe un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti» [35]. I ragionamenti della

---

[32] «[…] impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2 c. 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009 n. 191».

[33] Sulla tutela dell'affidamento nei mercati regolati energetici, si segnalano, ad esempio, Cons. Stato, Sez.VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, che ha giudicato illegittima la modifica operata dall'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas al sistema di valorizzazione dell'energia elettrica, in quanto incidente «su contratti di fornitura già stipulati», nei confronti di soggetti che non potevano «programmare in modo diverso la propria attività imprenditoriale»; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 marzo 2006, n. 538, incentrata sul principio di irretroattività del provvedimento «che contenga statuizioni di minor favore per il destinatario», «tanto più valido nei casi in cui incida […] su un'attività di impresa che viene svolta in affidamento su una predefinita quantificazione dei costi di fruizione di servizio ad essa necessario». Ritiene, invece, insussistente un legittimo affidamento dell'impresa Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2260, sulla base dell'assunto per cui, nella fattispecie, «L'imprevedibilità è da respingere sulla base della consultazione con gli operatori economici che ha preceduto le delibere gravate», con «la presenza di vari elementi di conoscenza o conoscibilità di possibili modifiche del sistema, secondo l'apprezzamento imposto dalla diligenza media dell'operatore economico».

[34] Tra i principali motivi di ricorso, articolati in tre distinti ricorsi (tutti respinti, o dichiarati inammissibili, con sentenze TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 30 giugno 2020, nn. 1247, 1248, 1249), figura la doglianza relativa alla operata riduzione retroattiva della tariffa ritenuta, quindi, insuscettibile, come tale, di essere inserita dal gestore del servizio nel piano economico finanziario, con l'effetto di non garantire la remunerazione dei costi e del margine di profitto con riferimento agli anni 2018 e 2019; alla luce delle prospettazioni dei ricorrenti, le determinazioni tariffarie assunte da ARERA sarebbero state, dunque, adottate in violazione del principio del legittimo affidamento.

[35] Cfr. il già citato TAR Lombardia, Milano, n. 683/2013. Sull'impossibilità, in assenza di norme che contemplino la traslazione in capo ai *traders* dell'obbligazione gravante sui clienti finali, di ricorrere, a tal fine, al potere di eterointegrazione dei contratti intercorrenti tra soggetti della filiera elettrica, si vedano la successiva pronuncia del TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 gennaio 2017, n. 237, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; più di recente, alla luce di coordinate ricostruttive analoghe, in punto di conformazione amministrativa del contratto, a quelle di TAR Lombardia, Milano, n. 683/2013, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891.

giurisprudenza erano, allora, tutti incentrati sul profilo della raffrontabilità dei poteri esercitati dal regolatore rispetto al precetto normativo, senza troppo indugiare sugli altri principi-limitatori immanenti all'ordinamento economico, ossia la tutela soggettiva dell'affidamento e l'oggettiva certezza del diritto. La giurisprudenza in materia di rifiuti accorda, invece, rilievo, per la prima volta, oltre che alla sussistenza del potere (tariffario), alla prevedibilità del suo esercizio. In questo modo, la tutela dell'affidamento prende forma attraverso «una figura dai confini non sempre certi, come è la "prevedibilità" di un evento o di una disciplina» [36] che, se non può tradursi in una statica immodificabilità del sistema tariffario [37], comporta, comunque, una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità del regime giuridico sopravvenuto. Utilizzando tale parametro, il giudice amministrativo ha quindi ritenuto che, risalendo al 2017 (art. 1, comma 527, lett. f), legge n. 205/2017) la norma attributiva del potere tariffario (secondo lo schema della tariffa-corrispettivo) ed essendo stato pubblicato già il 27 dicembre del 2018 (713/2018/R/rif) il primo documento di consultazione contenente «orientamenti preliminari per la definizione dei provvedimenti tariffari»[38], gli operatori di settore erano stati, a suo tempo e in varie forme, avvertiti degli effetti – caducatori del vecchio metodo normalizzato – connessi alla sopravvenuta regolazione tariffaria. Assumendo, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, la prevedibilità come «elemento significativo ai fini della ponderazione fra i vari interessi contrapposti» [39], la nuova disciplina è, pertanto, risultata, nel suo complesso, non lesiva dell'affidamento, soprattutto nei confronti di operatori professionali tenuti alla specifica diligenza professionale; a maggior ragione, nella misura in cui l'esercizio del potere tariffario da parte di ARERA è sembrato, altresì, rispondere al canone della proporzionalità inveratasi nel gradualismo e nella asimmetria caratterizzanti la nuova regolazione. Per queste ragioni il giudice amministrativo ha ritenuto, dunque, «prevedibile e ragionevole rispetto alle ragioni imperative di interesse generale con esso perseguite» anche l'applicazione retroattiva del nuovo metodo. L'Autorità, infatti, aveva per tempo reso noto agli esercenti il servizio che il vecchio metodo normalizzato sarebbe sopravvissuto soltanto fino all'approvazione della nuova metodologia, «per cui la sopravvenienza regolatoria non è idonea ad ingenerare in loro alcun affidamento sulla stabilità dei costi riconosciuti». Inoltre, nella logica del minimo mezzo, «la previsione di criteri di gradualità nell'applicazione del recupero del conguaglio tariffario su base pluriennale» è stata ritenuta «idonea ad attenuare gli eventuali effetti perversi sull'organizzazione dei fattori di produzione». Per il giudice l'avvenuta eterointegrazione dei contratti di durata in corso di esecuzione è

[36] Cfr., in generale, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 19.

[37] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4069, in materia di canoni d'utilizzo della rete ferroviaria, dove si afferma, decisamente, che «non può sussistere un diritto dell'impresa all'"immodificabilità" del sistema tariffario».

[38] ARERA, nel procedimento che ha portato all'adozione del primo metodo tariffario, ha peraltro messo in campo un vero e proprio campionario di strumenti partecipativi, in forma scritta e orale, con *round* multipli di consultazione a progressiva focalizzazione, dando vita ad un dialettico confronto con le associazioni degli enti d'ambito e degli operatori attraverso un seminario nazionale e la creazione di appositi *focus group* con i gestori, utilizzati per affrontare specifiche problematiche (ad es. la gradualità delle componenti tariffarie a conguaglio, il riconoscimento dei costi per le attività di prevenzione *ex* art. 9, direttiva 2008/98/CE).

[39] Così A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 19.

risultata, in definitiva, «compatibile con l'efficacia retroattiva del metodo regolatorio», poiché «rientra nello sforzo esigibile dal gestore del servizio la previsione di razionali sviluppi dell'intervento regolatorio, in relazione alle finalità fissate dal legislatore, e la relativa conformazione ad esso dell'attività imprenditoriale» [40].

Anche nel settore autostradale, l'intervento tariffario dell'Autorità di regolazione dei trasporti sulle concessioni in essere ha richiesto una apposita base normativa legittimante, costituita dall'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 16, d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla legge 16 novembre 2018, n. 130 [41]. Tale disposizione, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza, ha attribuito all'Autorità dei trasporti «un potere particolarmente invasivo di incidenza sugli equilibri delle concessioni autostradali […] esteso anche ad ogni aggiornamento o revisione delle concessioni in essere, con attribuzione di un potere puntuale di incidenza su equilibri contrattuali in essere» [42]. Le delibere del regolatore dei trasporti adottate nell'esercizio di tale potere sono state più volte sottoposte al vaglio di legittimità del giudice amministrativo che, a fronte dell'incisione di rapporti negoziali cristallizzati, ha individuato il punto di equilibrio nel «principio della certezza del diritto, del quale è espressione la tutela del legittimo affidamento» il quale «imporrebbe piuttosto, in presenza di interventi normativi incidenti in maniera sfavorevole sui destinatari, che la norma sia chiara, precisa e prevedibile quanto agli effetti che gli sono propri senza, tuttavia, legittimare un pieno affidamento circa il fatto che non potrà mai intervenire nel futuro alcuna modifica legislativa impattante sulla disciplina vigente» [43]. Non sembra sussistere, in altri termini, un diritto dell'impresa all'"immodificabilità" del regime tariffario, ragion per cui un sistema che contempli l'efficacia sostitutiva dello *jus superveniens* di fonte regolatoria su ogni clausola diversa o contraria, *ex* art. 1339 c.c., è da ritenersi, in astratto, perfettamente legittimo dal punto di vista (anche) costituzionale ed unionale [44]. Ciò posto, in via generale, un sindacato giurisdizionale che abbia di mira anche la tutela dell'affidamento non può non prendere in considerazione le modalità concrete impiegate dal regolatore per realizzare l'effetto prefigurato dalla norma attributiva del potere. Sicché «sussiste una legittima pretesa dell'impresa a che il passaggio tra i due regimi tariffari tenga conto degli effetti che ciò può creare sul proprio equilibrio finanziario, se del caso attraverso misure quali la previsione di un regime transitorio, tempistiche dilazionate nel tempo ed eventuali oneri spalmati su più anni» [45]. La giurisprudenza tende, quindi, a mettere in rilievo l'utilità di «norme "transitorie", che consentano di rendere meno traumatico il passaggio dalla precedente normativa a quella nuova, permettendo ai soggetti interessati di adeguarsi allo *jus superveniens* senza subirne un pregiudizio eccessivo» [46].

---

[40] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, n. 1249/2020 cit.

[41] L'impatto del nuovo metodo tariffario sui rapporti in essere ha subito posto una questione di tutela dell'affidamento, messa in luce da G. GRASSO, *Le nuove dinamiche regolatorie del regime tariffario tra "efficienza" ed "affidamento*", in D. GRANARA (a cura di), *Le autostrade. La linea diritta e le linee del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 245 ss.

[42] TAR Piemonte, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 384. In merito, si vedano, altresì, TAR Piemonte, Sez. II, 1 febbraio 2019, n. 117; TAR Veneto, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 1128.

[43] Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3484. Si vedano anche i sopracitati TAR Veneto, Sez. I, n. 1128/2020 e TAR Piemonte, Sez. II, n. 117/2019.

[44] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3484/2022, che sul punto si rifà alle pronunce della Corte costituzionale n. 89 del 26 aprile 2018, e della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 11 giugno 2015, n.98.

[45] Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2022, n. 8765.

[46] Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4069.

Nello specifico, il giudice amministrativo sembra aver valutato la legittimità dell'intervento regolatorio alla luce di due principali elementi: l'efficacia temporale delle nuove previsioni, se retroattiva o valevole soltanto per il futuro; il complessivo percorso riformatore che, dalla regolazione per contratto, fa transitare il settore autostradale nel dominio della regolazione indipendente, tenuta a costruire le regole attraverso il processo conoscitivo del *notice and comment*. Un modello partecipativo, quest'ultimo, di matrice anglosassone che, oltre a innervare la legalità procedurale delle autorità e colmare le asimmetrie informative che inevitabilmente le affliggono, serve proprio a scongiurare il rischio che gli operatori economici si trovino a subire *ex abrupto* una regolazione imprevedibile, non disponendo del tempo necessario per programmare la propria attività, adeguandosi alle nuove regole.

Sotto il primo profilo, di diritto intertemporale, il Consiglio di Stato, «riconosciuta l'esistenza di esigenze di interesse pubblico alla ridefinizione del sistema tariffario vigente», ha stabilito che «la nuova disciplina tariffaria, non si presenta come imprevedibile né interviene con effetti retroattivi sulle tariffazioni», disponendo «unicamente *pro futuro*» [47], senza incidere dunque in alcun modo su effetti già prodotti o su rapporti o periodi esauriti. Quanto alla prevedibilità delle intervenute modifiche tariffarie, il giudice amministrativo ha, piuttosto, osservato come l'«illustrato percorso» (il giudice ripercorre in dettaglio le tappe del percorso riformatore che ha condotto alla ridefinizione del regime tariffario) e «la obiettiva rilevanza delle esigenze che lo determinavano, da lungo tempo oggetto di dibattito, escludono che possa rinvenirsi un profilo di imprevedibilità o di sorpresa o di irragionevolezza nelle scelte oggi censurate»; tanto più che «Il procedimento avviato dall'Autorità in attuazione della richiamata disciplina normativa con la delibera n. 16/2019 … si sviluppava mediante indizione di una consultazione pubblica in esito alla quale intervenivano 17 soggetti …» [48]. Gli operatori più accorti avrebbero, pertanto, avuto tutto il tempo per conformarsi alla sopravvenuta disciplina tariffaria, ampiamente preannunciata, a livello istituzionale, eppoi posta in consultazione nelle sue previsioni di maggiore dettaglio.

Analizzata nel suo complesso, la giurisprudenza formatasi nel settore autostradale fa emergere, con rifermento alla tutela dell'affidamento, significativi elementi di continuità con la giurisprudenza costituzionale, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo della tecnica del bilanciamento e della ponderazione tra gli interessi. Una simile tutela "ponderativa" è stata, però, sottoposta a severa critica nella misura in cui pare suscettibile di offuscare l'auspicata tutela «forte» dell'affidamento «in quanto tale», intesa come «corollario del carattere 'generale' ormai riconosciuto al principio» [49]. Il riferimento a *potiori* «esigenze di interesse pubblico alla ridefinizione del sistema tariffario vigente» [50] (che compare anche nella giurisprudenza in materia di rifiuti) può, infatti, fornire al regolatore un grimaldello utile per penetrare *ad libitum* negli assetti negoziali predefiniti,

---

[47] Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3484.

[48] Cons. Stato, Sez. VI, n. 3484/2022 cit.

[49] A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 16 s.

[50] Il Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 3484/2022 cit.) condivide, qui, la posizione del giudice di primo grado secondo cui il «principio di immodificabilità del contratto, in presenza di rapporti di diritto pubblico di durata pluriennale, trovi un ragionevole contemperamento quando si verta in tema di gestione di beni comuni di "*rilievo strategico*" e si renda necessario, in ragione di ciò, garantire il rispetto di *standard* di efficienza ed economicità a tutela dell'interesse degli utenti al mantenimento di adeguati livelli qualitativi del servizio».

finendo in questo modo per deprimere la più rigorosa protezione dell'affidamento dei privati, sul «postulato che l'interesse generale, in linea di principio, possa giustificare sempre il sacrificio dell'interesse individuale» [51]. Presa sul serio, la tutela dell'affidamento non dovrebbe invece esimere il giudice, pur in presenza di accertate esigenze sistemiche di ridefinizione del regime tariffario, da un puntuale e intenso sindacato in ordine alla legittimità di atti suscettibili di incidere anche retroattivamente su situazioni consolidatesi in relazione a periodi (quadranti regolatori) esauriti: la regolazione, teleologicamente orientata al "grande fine" della stabilità e della certezza, non dovrebbe poter stravolgere la programmazione degli operatori economici violando il divieto di retroattività propria [52]. In quest'ottica, non dovrebbe essere sufficiente a legittimare un atto tariffario retroattivo neppure la circostanza che esso sia prevedibile, o perché diretto a colmare in via retroattiva il vuoto di disciplina creatosi a seguito di un giudicato di annullamento di un precedente atto tariffario generale [53], o in quanto formalmente rispettoso della legalità procedurale, ritenuta idonea e sufficiente per affermare la prevedibilità di poteri (solo implicitamente) attribuiti ai regolatori. Altrimenti, una simile concezione debole – di tipo formale-procedurale – della prevedibilità potrebbe servire a sanare pressoché ogni lesione dell'affidamento, anche in presenza di labili basi normative legittimanti (poteri impliciti) [54],

---

[51] «Postulato» messo in discussione, quale riflesso della tecnica del bilanciamento e di una tutela «ponderativa» dell'affidamento, da A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 25.

[52] L'invito a prendere sul serio la tutela dell'affidamento è chiaramente formulato da A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 29: «Quando sono in gioco istituzionalmente attività economiche, utilizzare il canone generale del 'bilanciamento' significa optare per un sistema che enfatizza il 'rischio' rinunciando a un equilibrio effettivo con la 'fiducia'. In assenza di una ragione giuridica apprezzabile, viene sacrificata una tutela effettiva ('seria') dell'affidamento».

[53] Sul punto, in chiave critica, A. MARRA, *Ottemperanza al giudicato e regolazione retroattiva*, in questa *Rivista*, 2015, p. 199 ss.

[54] «fondati cioè sulla base di una previsione legislativa che solo 'implicitamente' li preveda, in quanto legati da un nesso di strumentalità con il potere esplicito»: Cons. Stato, Sez. II, n. 2255/2024 cit. La tentazione di esercitare poteri non espressamente attribuiti, in presenza di norme costruite su concetti giuridici indeterminati, principi, clausole o finalità generali, è sempre latente nella regolazione dei mercati. Meritevoli d'interesse appaiono, in tal senso, le recenti delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti n. 74 e n. 75/2025, di avvio della consultazione per la definizione del nuovo sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni autostradali, laddove il regolatore, in nome di generali finalità di contenimento dei costi per gli utenti (art. 37, comma 2, lett. a), d.lgs. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), sembra volersi spingere – in una sorta di visione "olistica" della regolazione di settore – oltre l'esercizio dei poteri tariffari (sulla base delle competenze intestate dalle lett. g) e g-*bis*) del medesimo art. 37, comma 2), per conformare in via amministrativa il profilo dell'equilibrio economico-finanziario dei rapporti concessori. Se non ci s'inganna, una simile prospettiva regolatoria emerge anche dalla *Relazione illustrativa* delle citate delibere che, al paragrafo n. 3, manifesta l'intenzione di ART di «scongiurare che eventuali casi di sovra compensazione dovuti a benefici economici non giustificati possano incidere sulla corretta traslazione del rischio operativo in capo al soggetto concessionario», ipotizzando, a tal fine, «l'adozione di un meccanismo di recupero [*id est*, obbligo sul concessionario di accantonare poste nel passivo dello stato patrimoniale del bilancio di esercizio in un fondo vincolato a disposizione dell'ente concedente per determinati scopi] finalizzato a preservare, da un lato, la redditività per il concessionario, e a garantire, dall'altro lato, che l'eventuale sovra-compensazione sia restituita nella disponibilità del concedente, a beneficio del sistema autostradale e degli utenti»; in caso di sotto-rendimento, si prevede, invece, che «intervengono le norme sulla revisione del contratto ai sensi dell'articolo 192 del Codice», ossia le ordinarie previsioni del d.lgs. 31 marzo 2025, n. 36. ART sembra, quindi, prospettare, in caso di sovra compensazioni, l'introduzione una misura di riequilibrio automatica

come se il *posterius* – la consultazione nell'esercizio del potere – potesse (in una sorta di inversione logico-giuridica) fondare o innervare il *prius*, ossia la necessaria previa attribuzione del potere da parte della legge [55].

4. Dalla concessione contratto al contratto di concessione eterointegrato. Nel prisma della buona fede e dell'affidamento

L'analisi che precede ha mostrato come, nel settore dei servizi di pubblica utilità, l'ibrido contratto di servizio sia ormai divenuto l'"oggetto privilegiato" della eterointegrazione, dando vita ad un regolamento contrattuale costruito sempre più anche per mezzo degli atti adottati dalle autorità indipendenti dotate di ampi poteri normativo-tariffari.

Il contratto di servizio è l'ultimo "volto" assunto dall'istituto, d'antica dogmatica, della concessione amministrativa (di servizi), fin dai più risalenti studi collocato sul confine tra diritto pubblico e diritto privato, in un territorio liminale su cui, come detto in apertura, concettualmente insiste la stessa eterointegrazione in via amministrativa del contratto. In un fondamentale studio d'inizio Secolo, Forti già muoveva dalla premessa secondo cui nella concessione amministrativa si rinviene «la coesistenza e l'influenza scambievole dei due diritti»: «una parte puramente convenzionale, che riguarda i soli rapporti tra l'Amministrazione ed il concessionario, ed una parte che concerne in modo diretto il pubblico servizio e le relazioni tra le due parti contraenti ed il pubblico». Da un simile intreccio, nella ricostruzione fortiana, prende forma il contratto di diritto pubblico [56], connotato da un «fondo contrattuale», ma con significativi elementi pubblicistici, che non consentono il «radicale ribaltamento in senso contrattualprivatista degli equilibri dogmatici ormai assestati nel solco profondo dell'unilateralismo pubblicistico» [57].

– da attivarsi al raggiungimento di determinate soglie –, che prescinderebbe dal normale *iter* delle procedure di riequilibrio che si snoda dall'istanza di riequilibrio fino all'eventuale accordo tra l'amministrazione-concedente ed il concessionario.

[55] Non si può che condividere, allora, il già citato Cons. Stato, Sez. II, n. 2255/2024, quando afferma che «Il deficit di legalità sostanziale non può essere «compensato» da una declinazione 'procedurale' del principio di legalità».

[56] Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, 1900, IV, spec. cc. 422 e 425, il quale muove, sulla scorta della dottrina tedesca, distinguendo tra concessioni unilaterali di beni pubblici (in tema *recentius* G.D. COMPORTI, *La concessione di beni pubblici: quel che resta dell'antico ius privilegium dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2024, p. 249 ss.) e concessioni bilaterali di servizi (p. 378 ss.) con obblighi, a carico tanto del concedente quanto del concessionario, di gestione del pubblico servizio ed in cui la volontà dell'amministrazione e quella del privato «s'intrecciano in modo da stabilire qualcosa di comune», avente «fisionomia giuridica di una forma contrattuale» (p. 396 ss.). La tesi di Forti verrà ripresa successivamente da G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 39, lungo un sentiero di ricerca puntualmente descritto da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 57 ss.

[57] M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, p. 132 ss., secondo cui vanno comunque «rivalutate le premesse generali dello sforzo teorico di Forti», nella specie «la sua critica compiuta alle distinzioni tradizionali tra pubblico e privato» basata sul criterio dell'*utilitas* (per Forti, p. 420 e nota 2012, il criterio discretivo tra pubblico e privato non è, infatti, rinvenibile nel fine di pubblica utilità che l'amministrazione può perseguire anche quando «si spoglia della sua qualità di ente pubblico e *jure privatorum utitur*») che «se applicata fermamente alla problematica del diritto amministrativo, avrebbe potuto produrre la totale disintegrazione delle costruzioni tradizionali, fondate …sul presupposto del nesso necessario fra perseguimento dell'interesse pubblico e adozione

In seguito, maggiore fortuna rispetto alla tesi del contratto di diritto pubblico incontrò, soprattutto in giurisprudenza, la costruzione dualistica su cui si impernia la teoria della concessione contratto [58], con la presenza di due distinti atti-fonte: un provvedimento amministrativo concessorio e un atto convenzionale, accessorio e complementare, nella perdurante primazia riconosciuta all'elemento pubblicistico [59]. Tale doppia struttura, di cui fin da subito si colse l'intrinseca contraddittorietà [60], con la sua caratteristica natura anfibia, era destinata a riflettersi nelle oscillazioni che per lungo tempo hanno caratterizzato lo statuto disciplinare delle concessioni di pubblico servizio, tra specialità e diritto comune [61], che giungono fino al tempo presente. Oggi, tuttavia, sulla scorta del diritto unionale, il profilo sinallagmatico sembra ormai divenuto prevalente, con ciò che ne consegue in termini di regime giuridico (e, potenzialmente, di riparto di giurisdizione) [62]. La parabola della concessione amministrativa sembra, allora, doversi chiudere (almeno per il momento) con l'attrazione della concessione di servizi nella sfera del diritto contrattuale, sotto l'influsso del diritto positivo unionale – che, espressamente, si riferisce a «contratti di concessione» (art. 1, direttiva 2014/23/UE) –, e alla rischiarante luce del codice dei contratti

da parte dell'amministrazione di atti imperativi di diritto pubblico». Sulla modernità della concezione di Forti, insiste anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 60 s., il quale osserva come nel contratto di diritto pubblico «Sembra già di intravedere quegli accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento che vedranno la luce in Italia novant'anni dopo». La traiettoria del contatto di diritto pubblico, «dalle origini alla legge sul procedimento amministrativo», è stata ripercorsa da G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 9 ss.

[58] Come precisato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 188, la giurisprudenza utilizzerà il termine "concessione-contratto" «come sinonimo breve dell'espressione "contratto privatistico accessivo a provvedimento concessorio unilaterale"». Con riferimento alla concessione contratto come «invenzione giudiziale» vedasi, ancora, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 175 ss. In dottrina, la costruzione dualistica è accolta, tra gli atri, esemplarmente, da F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

[59] Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 189.

[60] Sul punto, cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483: «la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell'attività svolta dal concessionario veniva a confliggere con l'ineliminabile bilateralità dell'accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per motivi di pubblico interesse. Si trattava di una contradditorietà insita nell'istituto e che sembrava mettere in dubbio la praticabilità stessa della dicotomia pubblico-privato, fin tanto, almeno, che quella dicotomia si appoggiava, da una parte, all'autorità e all'impero, dall'altra al consenso e all'accordo».

[61] Cfr. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir.amm.*, 2012, p. 567 ss.; più di recente, in tema, prendendo spunto dagli specifici profili che interessano la fase esecutiva delle concessioni, possono leggersi, con diversità di accenti e posizioni, G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 11 ss.; E. BOSCOLO, *Stabilità nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, II, p. 281 ss.; M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, p. 76 ss.

[62] Fa il punto sulle evoluzioni dell'istituto concessorio, G. GRECO, *La "depubblicazione" delle concessioni di lavori e servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2023, p. 487: «risulta ormai completato (salvo ripensamenti, che non si possono mai escludere) il processo di privatizzazione di dette concessioni. Si tratta anzi di un contratto con un'impronta privatistica e mercatoria ancora più spiccata di quella dell'appalto, dato che il suo elemento differenziatore e caratterizzante è costituito dalla traslazione del rischio operativo e, comunque, dalla assunzione da parte del concessionario di rischi superiori a quelli normalmente sopportati dall'appaltatore». In tal senso, sulla scorta del diritto europeo, ma dall'angolo visuale del diritto privato, cfr. già V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2009, p. 173 s.

pubblici del 2023 che, in linea con la stessa disciplina europea, ha espunto dalle previsioni relative alla «risoluzione e al recesso» i poteri pubblicistici di autotutela amministrativa e sostituito il riferimento alla revoca con quello all'istituto civilistico del recesso (art. 190) [63].

In questo rinnovato orizzonte, che assimila le concessioni a moduli sinallagmatici, una sorta di (parziale) recupero dell'elemento pubblicistico pare potersi realizzare, come emerge dalla paradigmatica normativa in tema di concessioni autostradali, per via di differenziate forme di incidenza della legge sui rapporti convenzionali: ora attraverso il meccanismo tecnico della eterointegrazione; ora a prescindere, invece, dalla conformazione in via amministrativa del contratto. Si rilevano, quindi, in primo luogo, interferenze prodotte da sopraggiunte disposizioni di legge, al di fuori dell'eterointegrazione civilistica; come nel caso dell'art. 1, d.l. 28 settembre 2018, n. 109 [64], che ha escluso il diritto, convenzionalmente previsto, del concessionario di ripristinare l'«infrastruttura collassata» (c.d. "Ponte Morandi") [65]. Si registrano, d'altronde, anche ipotesi di eterointegrazione in senso tecnico *ex* art. 1339 c.c. – ma non necessariamente ad opera di atti autorizzati delle autorità indipendenti –, quale quella che prende forma mediante l'inserzione automatica della specifica clausola prevista dall'art. 11, comma 3, legge 16 dicembre 2024, n. 193 («Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023») [66] che, in caso di estinzione del rapporto concessorio per «inadempimento del concessionario», impone la sostituzione delle clausole contrattuali difformi che divengono nulle per contrarietà a norma imperativa (*ex* art. 1419, comma 2, c.c.), e «senza che possa operare … alcuna risoluzione di diritto». Per effetto dell'eterointegrazione, ove l'estinzione derivi appunto da inadempimento del concessionario, si applica, pertanto, la previsione dell'art. 190, comma 4, lett. a), del codice dei contratti pubblici per cui al concessionario spetterà «il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario». Tale complesso meccanismo, in sostanza, mira a sterilizzare gli effetti delle piuttosto diffuse clausole convenzionali che conferivano al concessionario autostradale uscente il diritto al pagamento di un indennizzo/risarcimento da parte del concessionario subentrante, salvo che in caso di grave inadempimento del concessionario, con l'effetto di rendere assai difficoltoso il subentro di un nuovo concessionario, paralizzando in tal modo la dinamica concorrenziale.

---

[63] Cfr., di nuovo, G. GRECO, *La "depubblicazione" delle concessioni di lavori e servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, cit., p. 486 ss.

[64] Convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130. La norma in questione è stata giudicata costituzionalmente conforme da Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168.

[65] Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 7, secondo cui «Il Commissario straordinario [nominato, ai sensi del comma 1, «al fine di garantire, in via d'urgenza, le attività per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario», ndr] affida, ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici diversi dal concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali e, comunque, giacché non può escludersi che detto concessionario sia responsabile, in relazione all'evento, di grave inadempimento del rapporto concessorio …».

[66] Una analoga ipotesi di eterointegrazione è prevista dall'art. 35, comma 1, d.l. 30 dicembre 2019, n.162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8.

Un costante e pervasivo recupero dell'elemento pubblicistico ha, poi, luogo mediante il (qui studiato) continuo flusso regolatorio che proviene dalle autorità indipendenti, confluendo in atti autorizzati dalla legge ad eterointegrare i contratti di servizio. In quest'ottica, il provvedimento amministrativo non risulta più, come nelle antiche teorizzazioni unilateralistiche, preminente rispetto al negozio accessorio e, quindi, assorbente in termini di disciplina (pubblicistica) applicabile. Il rapporto tra pubblico (atto amministrativo o legge) e privato (contratto) sembra, oggi, piuttosto doversi leggere nella prospettiva del «concorso di fonti» regolative [67], dell'intarsio di discipline di matrice negoziale, normativa o provvedimentale, che contribuiscono a comporre – talora con interventi che si succedono nel tempo, a "formazione progressiva" – il regolamento dell'"ossimorico" contratto di concessione, ponendo, anche in maniera forse più spinosa rispetto al passato, quei problemi di tutela dell'affidamento generati dalle sopravvenienze (legislative o provvedimentali) rispetto ad assetti negoziali definiti.

L'*excursus* condotto, dalla concessione contratto al contratto di servizio, dimostra come nei settori economici regolati le interferenze sui negozi privati tendano, negli ultimi anni, ad aumentare per (varietà di) forme e per intensità. Di fronte a un simile fenomeno, la buona fede, oltre a rimanere la principale fonte legale d'integrazione del contratto, sempre più sembra poter divenire, in funzione di tutela della certezza, anche «norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto» [68], nell'esercizio tanto del potere legislativo che amministrativo. La sopravvenuta disciplina tariffaria che scaturisce dal potere regolatorio va, dunque, immessa nel prisma dei principi della buona fede e dell'affidamento, per verificare se la fiducia riposta dagli operatori nelle superate determinazioni possa essere legittimamente delusa, perché il mutamento di regime è stato previsto dalla legge e la sopravvenienza è in concreto prevedibile. Solo così la regolazione potrà realizzare il suo fine ultimo, di infondere certezza e tutelare i legittimi affidamenti dei gestori dei servizi, nel complesso bilanciamento tra flessibilità e coerenza di metodologie e regole imposto dal flusso continuo di conoscenze ed esperienze che provengono dai mercati.

[67] Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 72 ss.

[68] Si riprende l'efficace formulazione di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 8.



Il Digital Networks Act, fra nuove tecnologie, nuove dinamiche di mercato e vecchi principi regolatori

The Digital Networks Act: new technologies, new market dynamics and old regulatory principles

di ***Antonio Manganelli****

ABSTRACT

Il contributo considera il Digital Networks Act (DNA) come nuovo snodo nell'evoluzione della regolazione europea delle comunicazioni elettroniche, in continuità e al tempo stesso in discontinuità rispetto al Codice europeo. Il lavoro si concentra su due profili sostanziali. In primo luogo, la ridefinizione della disciplina dell'accesso alle reti come specifica declinazione del principio di proporzionalità, volta a ribilanciare in modo dinamico il rapporto fra promozione della concorrenza e incentivazione degli investimenti infrastrutturali, trasformando la regolazione asimmetrica ex ante in una "rete di sicurezza" residuale – ma sempre disponibile per il regolatore e rilevante per le dinamiche di mercato. In secondo luogo, l'adattamento del principio di neutralità tecnologica (e di mercato) all'ecosistema esteso delle reti digitali, segnato dalla convergenza fra operatori di telecomunicazioni, OTT, fornitori di cloud, CDN, reti private e costellazioni satellitari, nonché dalla crescente centralità dei CAP dominanti nella catena del valore di Internet. Su queste basi, il contributo non mira ad anticipare i contenuti di dettaglio del futuro regolamento, ma piuttosto a evidenziare come, pur essendo destinato a introdurre cambiamenti significativi nella regolazione del settore, il DNA continuerà a fondarsi sui medesimi principi regolatori che hanno orientato l'evoluzione del diritto europeo delle comunicazioni negli ultimi due decenni.

This article looks at the Digital Networks Act (DNA) as a new turning point in the evolution of EU electronic communications regulation, both in continuity with and, at the same time, in partial discontinuity from the European Electronic Communications Code. The analysis focuses on two substantive dimensions. First, the redefinition of access regulation as a specific application of the proportionality principle, aimed at dynamically rebalancing the relationship between the promotion of competition and the incentivisation of infrastructure investment, by transforming asymmetric ex ante regulation into a residual "safety net" – yet available to regulators and relevant for market dynamics. Second, the adaptation of the principle of technological (and market) neutrality to the broader digital networks' ecosystem, shaped by the convergence between telecommunications operators, OTTs, cloud providers, CDNs, private networks and satellite constellations, as well as by the growing centrality of dominant CAPs along the Internet value chain. On this basis, the article does not seek to anticipate the detailed content of the future regulation, but rather to show how, while it is expected to introduce significant changes in sector-specific regulation, the DNA will

* Professore Straordinario di Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Siena.

continue to rest on the same regulatory principles that have guided the evolution of European communications law over the last two decades.

Sommario: 1. Introduzione: il nuovo regolamento per le reti digitali. – 2. L'importanza crescente degli investimenti e la declinazione del principio di proporzionalità. – 2.1. L'evoluzione del rapporto fra obiettivi di promozione della concorrenza e di incentivo agli investimenti. – 2.2. Il principio di proporzionalità dell'azione e la sua declinazione. – 3. L'adattamento del principio di neutralità tecnologica (e di mercato) all'ecosistema delle reti digitali. – 3.1. La vecchia e la nuova convergenza tecnologica: verso l'ecosistema delle reti digitali. – 3.2. La neutralità tecnologica e la neutralità della rete. – 4. Breve conclusione: il DNA comune dell'Europa digitale.

1. Introduzione: il nuovo regolamento per le reti digitali

La Commissione europea presenterà, a inizio del 2026, una proposta di Digital Networks Act (DNA), segnando un ulteriore passo nell'evoluzione della regolazione delle comunicazioni elettroniche. In preparazione dell'iniziativa legislativa, durante l'estate 2025 la Commissione ha avviato e concluso una *call for evidence* [1] sulle possibili opzioni di policy, delineate in via preliminare lungo quattro assi: (i) semplificazione; (ii) *level playing field* nell'ecosistema allargato; (iii) regolazione dell'accesso; (iv) governance istituzionale. Tali direttrici si collocano in continuità con il White Paper pubblicato nel febbraio 2024 [2].

La Commissione ha l'intenzione di dare alla nuova disciplina la forma del regolamento, segnando un'evoluzione rispetto al ricorso, finora prevalente, allo strumento della direttiva, che dalla stagione delle liberalizzazioni degli anni Novanta sino all'adozione del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (Codice europeo) [3] ha rappresentato il principale veicolo di armonizzazione delle regole a livello dell'Unione.

Le direttive avevano, infatti, lo scopo di lasciare margini di discrezionalità agli Stati membri sulle modalità con cui perseguire gli obiettivi in esse contenuti – modalità che, tuttavia, sono state definite in maniera sempre più dettagliata dalle direttive stesse.

Nonostante il ravvicinamento delle normative nazionali *ex* art. 114 TFUE e l'istituzione di procedimenti amministrativi a dimensione europea [4], l'assetto

[1] Commissione UE, *Call for Evidence for an evalutaion and impact assessment*, 2025, Ref. Ares(2025)4545535 – 06/06/2025.

[2] Commission UE, *White Paper – How to master Europe's digital infrastructure needs?*, 2024, COM(2024) 81 final. Questo documento, come i precedenti "libri bianchi" della Commissione, contiene proposte per azioni e politiche future ed ha lo scopo di avviare un dibattito con le parti interessate, tra cui ovviamente il Parlamento europeo e il Consiglio europeo. Non è vincolante, neanche per la Commissione stessa (a differenza delle Comunicazioni e gli altri atti di *soft law*) ma invia un segnale concreto sulle possibili azioni della Commissione. Il Libro bianco del febbraio 2024, a sua volta, si basa in gran parte sui risultati della Consultazione «esplorativa» sul futuro delle Comunicazioni elettroniche e delle sue infrastrutture, svoltasi nella prima metà del 2023.

[3] Direttiva 2018/1972 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (Codice europeo).

[4] Il Codice europeo definisce procedure di attuazione decentrata della disciplina di settore, affidata ad Autorità nazionali di regolazione indipendenti, AGCOM in Italia. L'attuazione decentrata è tuttavia mitigata da (i) una forte integrazione procedimentale, art. 32 ss. del Codice europeo e (ii) poteri generali di armonizzazione e normalizzazione in capo alla Commissione (attraverso l'emanazione di ulteriori raccomandazioni e decisioni di armonizzazione da parte della Commissione) – art. 38 Codice europeo. Per quanto concerne, l'integrazione procedimentale, è

regolatorio delle comunicazioni elettroniche è tuttavia considerato dalla Commissione eccessivamente frammentato e ancorato a specificità nazionali, che trascendono i soli profili di mercato e riflettono differenziate politiche regolatorie interne. La Commissione intenderebbe, dunque, mediante il ricorso al regolamento, imprimere un cambio di passo nel superamento della frammentazione normativa e attuativa tra Stati membri – una criticità strutturale, profonda e persistente – in ragione della quale «gli utenti finali e gli operatori dell'UE non possano sfruttare appieno il potenziale del mercato unico» [5].

Questo approccio è tuttavia stato oggetto di opposizione preventiva da parte di diversi governi nazionali [6], la qual cosa potrebbe indurre la Commissione a rivedere la sua posizione di partenza.

Un'ulteriore motivazione che spinge la Commissione verso lo strumento regolamentare è che questo approccio avvicinerebbe le comunicazioni elettroniche ai mercati e servizi digitali che, in ragione della loro omogeneità a livello continentale (se non globale), sono stati disciplinati *ab origine* attraverso regolamenti [7].

Questa convergenza non si limita, tuttavia, agli strumenti, ma sottende una tendenza verso un avvicinamento anche della sostanza delle regole all'interno di un "esteso ecosistema digitale". Il DNA si inserirà infatti in questa traiettoria convergente, assumendo come presupposto la progressiva permeabilità dei confini tra segmenti e attori e il correlato processo di convergenza tra reti e servizi abilitanti nell'intero ecosistema, come delineato nel recente White Paper.

Il passaggio dalle "reti di comunicazione elettronica" alle "reti digitali" non costituisce, dunque, un mero aggiornamento terminologico, ma riflette una trasformazione tecnologica e di mercato di natura sostanziale.

L'obiettivo di armonizzazione è quindi duplice: da un lato, si ambisce ad un'armonizzazione ulteriore delle regole e della loro attuazione, al fine di ridurre ulteriormente le divergenze nazionali [8]; dall'altro lato, il nuovo regolamento guarda ad una generale coerenza dell'intero sistema del diritto dell'economia digitale, in cui la regolazione delle reti digitali andrà pienamente ad inserirsi.

Questa dinamicità evolutiva della regolazione del settore non solo riflette il

---

parte necessaria del procedimento di regolazione dell'Autorità nazionale una fase di controllo, in cui la proposta di provvedimento viene notificata alla Commissione che, oltre a sollevare osservazioni sulla proposta, può avanzare «seri dubbi» sulla sua compatibilità con la disciplina europea, e opporre un «veto» ostativo dell'emanazione del provvedimento finale.

[5] COMMISSIONE UE, *Call for Evidence*, cit.

[6] Si vedano i "non-paper on the Digital Network Act" di Austria, Francia, Germania, Ungheria, Italia e Slovenia del 26 novembre 2025 (WK 16225/2025 INIT) e della Repubblica Ceca, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lussemburgto e Slovenia del 11 dicembre 2025 (WK 17183/2025 INIT).

[7] Si pensi, *inter alia*, al Digital Markets Act (DMA) regolamento (UE) n. 1925/2022 su mercati contendibili ed equi nel settore digitale; al Data Act: regolamento (UE) 2023/2854 recante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo; al Digital Services Act (DSA): regolamento (UE) n. 2065/2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE; ed al AI ACT: regolamento (UE) 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

[8] L'art 114 TFUE resterà la base giuridica del DNA come lo è stato delle precedenti direttive. Come noto, solo le primissime direttive di liberalizzazione degli anni Novanta del secolo scorso, che hanno richiesto l'abrogazione degli esistenti diritti speciali ed esclusivi degli ex-monopolisti legali, è avvenuta per mezzo di direttive *ex* art. 106(3) TFUE. Esse hanno progressivamente esteso l'ambito della liberalizzazione dai terminali (direttiva 88/301/EEC), ai servizi di fonia fissa a valore aggiunto (90/388), all'apertura della rete dell'incumbent (90/387), alle comunicazioni satellitari (94/46), ai servizi via cavo (95/51), ai servizi di fonia mobile (96/2) fino al passaggio cruciale, nel 1996, fissato con la direttiva sulla piena concorrenza (96/19), che ha liberalizzato il servizio principale del settore: la telefonia fissa.

ben noto attivismo normativo euro-unitario, ma costituisce altresì il riflesso oggettivo delle rapide e complesse trasformazioni tecnologiche e di mercato che hanno interessato il comparto. Il settore delle telecomunicazioni rappresenta, infatti, l'ambito industriale che, più di ogni altro tra i servizi di interesse economico generale e di pubblica utilità, si è discostato dai tradizionali paradigmi del monopolio legale pubblico, tanto sul versante dei servizi quanto su quello delle infrastrutture [9].

Come noto, nel corso degli anni si sono sviluppate intense dinamiche concorrenziali, sia a valle sia a monte, la cui fisionomia si è progressivamente modificata in ragione delle continue innovazioni tecnologiche che hanno ridefinito le modalità di funzionamento e i confini stessi del mercato. La regolazione di settore si è pertanto trovata, in diverse circostanze, nella necessità di reagire a tali mutamenti, mentre in altre ha assunto una funzione proattiva di indirizzo, volta a guidare l'evoluzione della complessa e continua interazione fra tecnologia e mercato.

È proprio in questi ambiti di interdipendenza reciproca tra dinamiche economiche e innovazione tecnologica che si collocano due delle principali questioni sostanziali che il nuovo quadro regolatorio europeo si propone di affrontare.

Da un lato, il DNA si propone di incentivare i principali operatori di mercato all'innovazione ed all'investimento in «tecnologie di connettività avanzata per promuovere un ecosistema di infrastrutture adeguato all'epoca della quarta rivoluzione industriale e dell'intelligenza artificiale» [10]. In questa prospettiva, il nuovo quadro regolatorio europeo sarà chiamato a rivalutare, nuovamente, l'equilibrio tra incentivi agli investimenti e promozione della concorrenza, attraverso una ridefinizione della disciplina dell'accesso alle reti, quale rimedio asimmetrico chiave per trasmettere e modulare una varietà di incentivi economici, sì da bilanciare al meglio obiettivi di promozione e conservazione della concorrenza con quelli di espansione innovativa delle nuove reti e dei nuovi servizi [11].

Dall'altro lato, il DNA è chiamato a delineare un quadro regolatorio organico capace di abbracciare l'intero ecosistema delle reti e dei servizi digitali, caratterizzato oggi dalla presenza di una pluralità di attori economici soggetti a regimi regolatori molto eterogenei. In tale prospettiva, la nuova disciplina dovrà procedere a una revisione dell'ambito di applicazione della normativa settoriale, con l'obiettivo di assicurare parità di condizioni – un *level playing field* – a tali attori economici. Al contempo, sarà necessario evitare gli effetti distorsivi che deriverebbero dall'applicazione indifferenziata di strumenti regolatori identici a mercati e imprese diversi, per caratteristiche economiche, modelli di business e capacità tecnologiche [12].

---

[9] Per una panoramica evolutiva si rimanda a E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, 2010, Giappichelli, Torino; C. Cambini-A. Manganelli-G. Napolitano-A. Nicita (a cura di), *Economia e diritto della regolazione. Reti, piattaforme e servizi di pubblica utilità*, Il Mulino, Bologna, 2024.

[10] Commissione UE, *Call for Evidence*, cit.

[11] Cfr. A. Manganelli-A. Nicita, *The governance of telecom markets*, Palgrave Macmillan, London, 2020, p. 100 ss.

[12] Questa ridefinizione del quadro regolatorio dovrà individuare un punto di equilibrio tra due diverse propensioni strutturali della regolazione: da un lato, la propensione verticale, caratteristica delle industrie a rete tradizionali, comprese le comunicazioni elettroniche, fondata su interventi specificamente calibrati su un singolo settore; dall'altro, la propensione che trova un chiaro riscontro nei nuovi strumenti regolatori dell'ecosistema digitale, quali il Digital Markets Act (DMA) e il Digital Services Act (DSA), che non disciplinano un unico mercato o un'unica industria, ma una serie di mercati e servizi digitali. Si può pertanto definire tale approccio come semi-

Parallelamente a tali obiettivi e in sinergia con le finalità di armonizzazione normativa, il DNA persegue anche un intento di semplificazione e razionalizzazione del quadro regolatorio vigente, caratterizzato da una struttura composita e stratificata nel tempo. L'intervento mira, infatti, a superare la dispersione normativa che tuttora – nonostante la "codificazione" del 2018 – contraddistingue la disciplina del settore, attraverso la sostituzione non solo dell'attuale Codice europeo, ma anche di una serie di atti normativi complementari esterni ad esso. In particolare, il DNA dovrebbe assorbire e – soprattutto – coordinare disposizioni contenute nel Regolamento BEREC [13], nella Direttiva e-Privacy [14] (la cui abrogazione appare probabile), nonché nel Gigabit Infrastructure Act [15] e nel Regolamento Open Internet [16].

L'analisi sviluppata nel presente contributo, che prende le mosse dalla consultazione pubblica, precede l'adozione da parte della Commissione della proposta di Digital Networks Act. Sebbene le linee generali di intervento appaiano sufficientemente delineate, le opzioni di policy e di disegno regolatorio rimangono tuttora molteplici e in larga parte incerte, anche in considerazione del fatto che i co-legislatori europei sono destinati a esercitare un ruolo di rilievo non marginale nel processo di definizione del quadro normativo finale.

In tale prospettiva, il presente contributo non mira tanto ad anticipare i contenuti di dettaglio del futuro regolamento, quanto piuttosto a ricostruire le basi teoriche e le direttrici delle sue possibili linee evolutive, mettendo in luce i principali *trade-off* regolatori, sia preesistenti sia emergenti. L'obiettivo è quindi quello di evidenziare le potenziali continuità e discontinuità rispetto all'attuale Codice europeo, con particolare attenzione alle scelte dei principi e dell'architettura regolatoria.

A questo proposito, appare opportuno anticipare uno dei risultati centrali dell'analisi: il Digital Networks Act, pur essendo investito del compito di introdurre cambiamenti significativi nella regolazione del settore, continuerà a fondarsi sui medesimi principi che hanno orientato l'evoluzione del diritto europeo delle comunicazioni negli ultimi due decenni, in particolare, il principio di proporzionalità dell'intervento regolatorio e il principio di neutralità tecnologica. Tali principi generali imporranno un adattamento delle regole di dettaglio alla luce delle profonde trasformazioni tecnologiche e di mercato.

Al fine di motivare questa tesi, la sezione successiva analizzerà le possibili modifiche alla disciplina dell'accesso, interpretandole come una specifica espressione del principio di proporzionalità, in quanto strumento di bilanciamento tra gli obiettivi di promozione della concorrenza e quelli di incentivazione agli investimenti infrastrutturali. La terza sezione sarà invece dedicata al principio di neutralità tecnologica, esaminandone la portata applicativa rispetto alla regolazione dell'ecosistema esteso delle reti e dei servizi digitali. Infine, la

---

orizzontale, per distinguerlo dalla regolazione pienamente orizzontale, che si applica a tutti i settori e mercati – come avviene, ad esempio, nel caso del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) o del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Su questi aspetti si veda, A. MANGANELLI-A. NICITA, *Teorie della regolazione*, in C. CAMBINI-A. MANGANELLI-G. NAPOLITANO-A. NICITA (a cura di), *Economia e diritto della regolazione*, cit., p. 53 ss.

[13] Regolamento (UE) 2018/1971 che stabilisce il BEREC e l'agenzia di supporto (ufficio del BEREC).

[14] Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla protezione della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

[15] Regolamento (UE) 2024/1309 recante misure volte a ridurre i costi di installazione delle reti di comunicazione elettronica Gigabit.

[16] Regolamento (UE) 2015/2120 che stabilisce misure relative all'accesso a un'internet aperta.

sezione conclusiva delineerà le principali implicazioni sistemiche che il nuovo quadro regolatorio potrà determinare nel medio periodo, focalizzando sui fondamentali obiettivi di armonizzazione e consolidamento del mercato unico.

2. L'importanza crescente degli investimenti e la declinazione del principio di proporzionalità

2.1. L'evoluzione del rapporto fra obiettivi di promozione della concorrenza e di incentivo agli investimenti

A seguito della liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni, la promozione della concorrenza è stato l'obiettivo primario della regolazione di settore. La liberalizzazione, eliminando gli ostacoli giuridici all'entrata per nuove imprese, aveva posto le precondizioni per sviluppare una concorrenza sostenibile nel mercato. Tuttavia, al fine di rimuovere o diminuire gli ostacoli economici e consentire una entrata effettiva ed una concorrenza immediata su un piano di parità, obblighi asimmetrici di accesso sono stati imposti agli ex-monopolisti (liberalizzazione sostanziale) [17].

In questo contesto, l'incentivazione regolatoria degli investimenti non era considerata un obiettivo in sé, ma uno strumento per promuovere una concorrenza sostenibile e duratura, basata sulle infrastrutture, ossia fra operatori verticalmente integrati (rete e servizi) [18]. La premessa di questo approccio era stata il riconoscimento, nell'ambito della liberalizzazione delle telecomunicazioni, della possibilità e desiderabilità di una duplicazione delle reti esistenti, sia mobili sia fisse.

Per quanto concerne le reti fisse, l'infrastruttura dell'operatore storico, ex-monopolista, era già stata costruita e i costi fissi irrecuperabili per la sua costruzione erano già stati sostenuti. I concorrenti potevano quindi entrare nel mercato nel breve termine semplicemente rimborsando il costo dell'accesso alla rete esistente [19]. Essi potevano peraltro costruire, progressivamente, segmenti di reti alternative per sviluppare una concorrenza più intensa e maggiormente sostenibile. In questo contesto, l'incentivazione regolatoria degli investimenti (dei concorrenti) e la promozione della concorrenza erano obiettivi perfettamente sinergici e complementari [20].

---

[17] Su questo concetto sia consentito rimandare a A. MANGANELLI -G. NAPOLITANO, *Politiche per la concorrenza, in Economia e diritto della regolazione*, cit., p. 157 ss.

[18] L'art. 8(2)c della direttiva quadro infatti recitava: «Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza … tra l'altro … incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione».

[19] Cfr. M. ARMSTRONG-D. SAPPINGTON, *Regulation, competition and liberalisation*, in *Journal of Economic Literature*, vol. XXXII, 2006, pp. 353-380.

[20] In realtà questa sinergia era costruita anche dal modello regolatorio, in cui l'obiettivo di breve periodo era quello di rendere relativamente facile e poco costoso, per gli operatori alternativi nuovi entranti, accedere alla rete dell'operatore storico e sviluppare rapidamente una concorrenza basata sui servizi attraverso la regolazione dell'accesso. Questo avrebbe consentito loro di sviluppare gradualmente una base di clienti ed una scala minima che fungesse da "trampolino di lancio" (*stepping stone*) per pianificare lo sviluppo di una propria rete alternativa ed una concorrenza infrastrutturale. Si mirava quindi a bilanciare gli effetti positivi di breve termine di una concorrenza a valle sui servizi, e quelli di medio-lungo termine degli investimenti in innovazione, inquadrando in una evoluzione temporale la tensione tra i guadagni di efficienza allocativa della

Tuttavia, con lo sviluppo delle reti di nuova generazione, anche e soprattutto gli investimenti degli ex-monopolisti, che coprono tutto il territorio ed a cui sono in genere intestati obbligo di servizio universale [21], sono divenuti rilevanti per il benessere sociale.

L'effetto complessivo della concorrenza basata sull'accesso è divenuto quindi più complesso e soggetto a rilevanti *trade-off* [22]. Si è infatti progressivamente palesato il rischio che gli obblighi di accesso potessero influire negativamente sugli incentivi agli investimenti degli operatori storici [23], in particolare, in ragione del fatto che questi ultimi sopportano il rischio dell'investimento, mentre i suoi potenziali benefici sono goduti anche da coloro che accedono alle loro reti. Questo rischio è peraltro aumentato dal fatto che l'intensificarsi della concorrenza inevitabilmente riduce il ritorno di tali investimenti.

In risposta a tali trade-off, il quadro regolatorio è stato progressivamente adattato al fine di trovare un bilanciamento fra i diversi obiettivi di investimento e innovazione, da un lato, e promozione della concorrenza, dall'altro [24]. Il Codice europeo rappresenta, per adesso, l'ultimo e più avanzato passo in questo percorso. Esso ha infatti definito l'incentivazione regolatoria degli investimenti come un autonomo obiettivo generale della regolazione, sulla base del quale le Autorità nazionali, così come il BEREC, la Commissione europea e gli Stati membri, sono stati incaricati di «promuovere la connettività, l'accesso e

---

concorrenza e quelli di efficienza dinamica derivanti dell'innovazione e dagli investimenti. Questo approccio regolatorio, che poi ha mostrato i suoi limiti, aveva preso il nome di "scala degli investimenti" (*ladder of investments*). Cfr M. CAVE, *Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment*, in *Tele-communications Policy*, 30, 2006, pp. 223-237; M. CAVE, *The Ladder of Investment in Europe, in retrospect and prospect*, in *Telecommunications Policy*, 38(8-9), 2014, pp. 674-683; A. MANGANELLI, *Co-investimento, Wholesale-only e "Rete unica": un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 2022, fasc. 1/2022, p. 127 ss.

[21] Un tema fondamentale affrontato a seguito (o contestualmente) alle liberalizzazioni è stato quello del mantenimento dell'universalità del servizio anche in un contesto di libero ingresso e concorrenza, in cui non era più possibile sfruttare economicamente sussidi incrociati da aree più profittevoli, in quanto la concorrenza che si concentra in tali aree ne riduceva la rendita. Sono stati introdotti quindi obblighi di servizio universale (OSU), funzionali, in un contesto liberalizzato, ad assicurare una «rete di sicurezza» per garantire che un insieme di servizi di base sia disponibile per tutti gli utenti finali a un prezzo accessibile, anche in quelle aree che un mercato liberalizzato non servirebbe. Per quanto riguarda la definizione degli obblighi di servizio universale, alle ANR è affidato il compito di designare l'impresa tenuta a fornire il servizio universale. Se il costo netto degli obblighi di servizio sostenuti dalla società designata è ritenuto eccessivamente elevato, le ANR possono introdurre un meccanismo di compensazione a favore di tale fornitore, finanziato attraverso fondi pubblici (oppure distribuendo tale costo su tutti i fornitori di servizi di comunicazione elettronica) (artt. 89-90 Codice europeo).

[22] Fra i molti, il seminale J.-J. LAFFONT-J. TIROLE, *Competition in Telecommunications*, The MIT Press, Cambridge, 2001.

[23] Cfr, C. CAMBINI-Y. JIANG, *Broadband investment and regulation. A literature review*, in *Telecommunications Policy*, 33, 2009, pp. 559-574.

[24] Con l'entrata in vigore della *Better Regulation Directive*, nel 2009 (direttiva 2009/140/CE) anche gli investimenti degli *incumbent*s, congiuntamente al riconoscimento di una loro adeguata remunerazione, sono stati considerati fattori chiave per una regolazione efficiente ed efficace, al fine di risolvere i *trade-off* che stavano emergendo. La Direttiva del 2009 ha infatti inserito l'art. 8(5)d stabilendo che: «Nel perseguire le finalità programmatiche … le autorità nazionali di regolamentazione applicano principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, tra l'altro: … promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio di investimento sostenuto dalle imprese e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione».

l'adozione di reti ad altissima capacità … da parte di tutti cittadini e imprese dell'Unione» [25]. A tal fine, il Codice europeo ha introdotto alcune nuove specifiche disposizioni regolatorie che le ANR devono applicare per dare forma a questo nuovo bilanciamento fra obiettivi [26].

Il DNA probabilmente rappresenterà un ulteriore passo per la graduale ridefinizione della relazione tra concorrenza e investimenti. In tale prospettiva, coerentemente con la visione del Digital Decade Policy Programme [27], così come recentemente integrata ed ampliata dal Competitiveness Compass [28], l'obiettivo primario sarà quello di dotare l'Europa delle infrastrutture digitali di cui ha bisogno, mantenendo sostenibili dinamiche concorrenziali.

2.2. Il principio di proporzionalità dell'azione e la sua declinazione

Alla luce di questa evoluzione, nel dibattito di policy è sorta la preoccupazione che un bilanciamento degli obiettivi regolatori troppo a favore degli obiettivi di investimento possa portare ad un arretramento rispetto ai percorsi di liberalizzazione sostanziale degli ultimi decenni [29].

A questo riguardo, sembra tuttavia importante evidenziare come oltre ai *trade-off* fra investimenti e concorrenza, esiste un altro bilanciamento dinamico, endogeno alla governance di settore, ossia quello fra regolazione e tutela della concorrenza – la cui importanza è spesso sottostimata dai regolatori di settore [30].

---

[25] Art. 3, comma 2, Codice europeo.

[26] Ad esempio, fornire una migliore remunerazione degli investimenti ("tasso di rendimento ragionevole") e un'adeguata considerazione del rischio di investimento, in particolare per quanto riguarda la VHCN, quando le ANR decidono se imporre obblighi di accesso e definire prezzi di accesso (art. 3, comma, 4; artt. 73 e 74 Codice europeo); oppure consentire vari accordi di cooperazione tra investitori e le parti che richiedono accesso al fine di condividere i costi di investimento e diversificare il rischio di investimento, assicurando allo stesso tempo che siano salvaguardate la concorrenza nel marcato ed il principio di non discriminazione (art. 3, comma 4, Codice europeo); oppure promuovere i coinvestimenti in VHCN deregolamentando gli operatori SPM (eliminando tutti gli obblighi di accesso) che si sono impegnati in un'offerta aperta per i co-investimenti a condizioni FRAND consentendo l'accesso anche ai non co-investitori (art. 76 e 79 Codice europeo).

[27] Decisione (UE) 2022/2481 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030. Per incentivare e monitorare il processo di digitalizzazione nell'Unione europea, nel 2022 l'Unione ha lanciato il Programma per la politica del decennio digitale 2030 (Digital Decade Policy Programme – DDPP), quale quadro giuridicamente vincolante che rappresenta l'attuale tabella di marcia complessiva dell'UE per la trasformazione digitale. Il programma mira ad allineare i progressi digitali con gli obiettivi politici più ampi dell'Unione, in materia di competitività, sovranità tecnologica, resilienza e inclusione. Per tradurre tali principi in impegni concreti e verificabili, la Commissione europea ha definito una serie di obiettivi quantitativi articolati lungo quattro assi strategici: (i) una popolazione e forza lavoro digitalmente competenti; (ii) infrastrutture digitali sicure e sostenibili; (iii) trasformazione digitale delle imprese; (iv) digitalizzazione dei servizi pubblici. Per quanto riguarda le infrastrutture digitali, gli obiettivi comprendono: (a) la connettività gigabit per tutte le famiglie e la copertura 5G in tutte le aree popolate; (b) il raggiungimento del 20% del valore della produzione mondiale di semiconduttori all'interno dell'Europa; (c) il dispiegamento di 10.000 nodi edge altamente sicuri e a impatto climatico neutro; (d) la realizzazione, entro il 2025, del primo computer europeo accelerato quantistico.

[28] EU Commission, A Competitiveness Compass for the EU, 2025 – COM(2025) 30 final.

[29] Si veda ad esempio la risposta del BEREC alla "call fo input della commissione": BEREC, Input to the European Commission's Call for Evidence on the Digital Networks Act, 2025, BoR(25)101.

[30] È opportuno sottolineare come questo bilanciamento dinamico si distingua profondamente dal bilanciamento statico, ben più discusso e consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza,

La dimensione pro-concorrenziale della regolazione di settore è infatti definita non solo dal fine, ossia la promozione della concorrenza, ma anche dalla necessaria proporzionalità dell'azione regolatoria, nella duplice e connessa accezione di modalità di azione e presupposto di intervento.

Per quanto concerne, le modalità di azione, il Codice europeo prevede che la ANR «impongono obblighi regolamentari *ex ante* unicamente nella misura necessaria a garantire una concorrenza effettiva e sostenibile nell'interesse dell'utente finale e li attenuano o revocano non appena sia soddisfatta tale condizione» [31]. Coerentemente, il presupposto dell'intervento regolatorio è rappresentato da (*i*) assenza di concorrenza effettiva nel mercato (presenza di imprese con significativo potere di mercato) e (*ii*) non sufficienza dell'azione di tutela della concorrenza per risolvere il problema concorrenziale [32].

In ottemperanza al "principio di proporzionalità", la regolazione pro-concorrenziale è quindi *ab origine* destinata a ritrarsi progressivamente, parallelamente all'aumentare della concorrenza nei mercati ed al consolidamento degli operatori alternativi, lasciando al solo diritto della concorrenza la disciplina concorrenziale dei comportamenti delle imprese dominanti [33].

Del resto, una regolazione asimmetrica che faciliti in maniera permanente l'entrata di nuovi operatori nei mercati a valle, senza adattarsi alla mutata struttura concorrenziale del mercato, correrebbe, prima o poi, l'alto rischio di andare a sovracompensare il vantaggio competitivo dell'ex-monopolista, incentivando un'entrata inefficiente. Peraltro, non tutti i vantaggi competitivi possono essere efficientemente eliminati, in quanto il confine fra creare un perfetto *level playing*

---

che si configura quale complementarità funzionale tra intervento regolatorio e tutela antitrust. Quest'ultima trova la propria espressione, sotto il profilo giuridico, nella possibile applicazione del diritto della concorrenza anche nei settori regolati, in ragione di obiettivi sinergici ma distinti e, nel contesto dell'Unione europea, in virtù del differente posizionamento nella gerarchia delle fonti tra disciplina regolatoria e diritto della concorrenza. Fra i molti, si veda G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Competition Law Review*, n. 2, 2008, p. 123; A. DE STREEL, *Antitrust and Sector-Specific Regulation in the European Union: The Case of Electronic Communications*, in R. DEWENTER-J. HAUCAP (a cura di), *Access Pricing: Theory and Practice*, Emerald Group, Leeds, 2008, p. 327; G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2/2011, 2011, pp. 367-377. Sotto il profilo economico, tale complementarità si traduce nella riduzione del rischio di condotte anticoncorrenziali, in quanto la regolazione *ex ante* limita preventivamente l'insieme dei comportamenti consentiti all'impresa in posizione dominante. Nel caso in cui, tuttavia, la regolazione settoriale non riesca a indurre l'impresa dominante al rispetto delle proprie "speciali responsabilità", il diritto della concorrenza interviene in modo complementare, esercitando una funzione correttiva ex post, volta a inibire e sanzionare i comportamenti ulteriori non consentiti dall'ordinamento. Su quest'ultimo aspetto specifico, sia consentito rimandare a A. MANGANELLI, *L'interazione fra regolazione e tutela della concorrenza: il caso delle comunicazioni elettroniche e della tariffazione a '28 giorni'*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2021, p. 205 ss.

[31] Art. 3.4, lett. f), Codice europeo, ovvero «conformemente al principio di proporzionalità, un'autorità nazionale di regolamentazione sceglie il modo meno intrusivo di affrontare i problemi individuati nell'analisi del mercato» (art. 68 Codice europeo). La proporzionalità nelle modalità di azione rende la complementarità economica fra regolazione e tutela della concorrenza estremamente importante. La minimizzazione del rischio di abusi va infatti bilanciata con la minore restrizione dei comportamenti dell'impresa. Cfr. A. MANGANELLI, *L'interazione fra regolazione e tutela della concorrenza*, cit.

[32] Artt. 67 e 68 Codice europeo.

[33] Infatti, il quadro regolatorio «si prefigge di ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato e, in ultima istanza, di garantire che le comunicazioni elettroniche siano disciplinate esclusivamente dal diritto della concorrenza» (considerando 29 Codice europeo).

field concorrenziale e rallentare lo sviluppo dell'industria nel suo insieme può risultare molto labile.

Per queste motivazioni inerenti all'evoluzione degli assetti di mercato, la regolazione asimmetrica *ex ante* potrebbe essere riformulata, nell'ambito del DNA, come una "rete di sicurezza", attivabile nel caso in cui l'autorità nazionale accerti in concreto, attraverso analisi di mercato, l'esistenza di un collo di bottiglia strutturale fonte di problemi concorrenziali a valle.

Si darebbe quindi priorità alle regole simmetriche, sia tramite il Gigabit Infrastructure Act [34] sia attraverso le forme di accesso simmetrico già esistenti nel Codice europeo, ad esempio, quando la duplicazione degli elementi di rete è "economicamente inefficiente" e/o per l'accesso e uso di infrastrutture di ingegneria civile [35], lasciando comunque alle autorità nazionali la possibilità di intervenire asimmetricamente, secondo l'approccio del significativo potere di mercato [36].

Questa evoluzione appare del tutto coerente con il principio di proporzionalità dell'intervento regolatorio, che nella sua essenza non significa de-regolazione, ma adattamento dell'*an* e del *quomodo* degli obblighi regolatori alle mutevoli situazioni di mercato.

Peraltro, il cambiamento delle condizioni di intervento, che affida alle Autorità l'onere della prova della necessità di un intervento asimmetrico, è in realtà realizzabile anche con l'attuale quadro regolatorio, riducendo a zero il numero dei mercati suscettibili di regolazione *ex-ante* [37]. Tali mercati, per i quali è presunta

---

[34] Regolamento (UE) 2024/1309 recante misure volte a ridurre i costi di installazione delle reti di comunicazione elettronica gigabit, che sostituisce ed aggiorna la direttiva sulla riduzione dei costi (DRC) del 2014. Il GIA stabilisce le condizioni per l'accesso alle infrastrutture fisiche con uno schema basato sui contratti commerciali e sui modelli di business esistenti. Gli operatori di telecomunicazioni possono fornire un accesso attivo all'ingrosso, anziché concedere l'accesso fisico alla propria infrastruttura, nelle aree con un'unica rete in fibra ottica (FTTH/P). Il GIA prevede procedure limitate nel tempo, fino a quattro mesi, per risolvere le controversie quando le parti coinvolte non riescano a trovare un accordo sulle condizioni di accesso. Inoltre, disciplina gli Organismi indipendenti di risoluzione delle controversie, che devono agire in modo indipendente e oggettivo. È stata tuttavia sollevata la scarsa efficacia in termini di risultati sul mercato del GIA, che dovrebbe quindi essere oggetto di un'attenta analisi da parte della Commissione in sede di formulazione della proposta di DNA.

[35] In risposta alla riduzione della regolazione asimmetrica (applicata ai soli operatori SPM), la regolazione simmetrica diventa uno strumento fondamentale per promuovere condizioni di accesso equo e concorrenziale, soprattutto, alle infrastrutture civili di tutti gli attori. Già il Codice europeo aveva operato estensione dell'ambito di applicazione della regolazione dell'accesso da imporre potenzialmente a tutti gli operatori, e non solo agli SPM e anche a soggetti che non sono fornitori di reti di comunicazioni elettroniche, quando la duplicazione degli elementi di rete è "economicamente inefficiente" o "fisicamente impraticabile" (art. 61, commi 3 e 4, Codice europeo); oppure l'imposizione di obblighi alle imprese per soddisfare richieste ragionevoli di accesso e uso di infrastrutture di ingegneria civile (come l'accesso ai cavidotti, torri, ecc.) che supportano direttamente lo sviluppo di infrastrutture competitive, che può essere imposto come rimedio autonomo indipendentemente dal fatto che le infrastrutture facciano parte del mercato di riferimento analizzato nella procedura (art. 72 del Codice europeo).

[36] Si deve peraltro osservare che la regolazione "simmetrica", sia nel GIA sia nel Codice, non necessariamente implica obblighi applicati a tutte le imprese attive nel mercato. Il significato della simmetria, o non asimmetria, risiede nel fatto che l'imposizione degli obblighi può prescindere dalla identificazione di un significativo potere di mercato, nel mercato rilevante specifico – ma tuttavia identifica dei "colli di bottiglia". Quindi tali obblighi possono ben essere comunuqe applicati, in concreto, ad una sola impresa – restando nella sostanza asimmetrici.

[37] Come noto, il quadro normativo definisce un procedimento regolatorio che ha come fase preliminare l'emanazione, da parte della Commissione, di una raccomandazione in cui si individuano i mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi suscettibili di una regolamentazione ex ante (art. 64.1 del Codice europeo). Su questo atto prodromico si instaura poi il procedimento istruttorio

la necessità di regolazione in caso di SPM, sono adesso individuati periodicamente dalla Commissione attraverso raccomandazioni: una nuova raccomandazione è in fase di elaborazione a valle della consultazione pubblica terminata a settembre 2025 [38].

Sembra quindi evidente che questo scenario non implichi una rottura rispetto all'attuale approccio alla regolazione dell'accesso, ma una sua evoluzione, sebbene marcata, dettata dalle trasformazioni del mercato.

Sotto una prospettiva di policy, un tale approccio si potrebbe anche rappresentare come un'attuazione equilibrata della raccomandazione formulata nel rapporto Draghi [39], che ha invitato a preferire l'intervento *ex post* rispetto a quello *ex ante*. Sebbene questa posizione sia stata, in alcuni casi, interpretata come un invito ad abbandonare del tutto la regolazione settoriale in favore della sola deterrenza ed attuazione del diritto antitrust, una lettura più costruttiva ed equilibrata suggerisce invece una riformulazione della regolazione: più selettiva, in stretta attuazione del principio di proporzionalità e dinamicamente coordinata, in modo complementare, al diritto della concorrenza.

Tale approccio, peraltro, attraverso un ampliamento di fatto dei poteri di intervento vincolante della Commissione sulle decisioni nazionali – in quanto le Autorità nazionali dovrebbero provare la necessità dell'intervento regolatorio [40], avrebbe come effetto anche un rafforzamento del coordinamento verticale, conseguendo risultati anche per quanto inerente all'obiettivo di maggiore coerenza e armonizzazione a livello europeo.

3. L'adattamento del principio di neutralità tecnologica (e di mercato) all'ecosistema delle reti digitali

3.1. La vecchia e la nuova convergenza tecnologica: verso l'ecosistema delle reti digitali

Una delle implicazioni più rilevanti del primo percorso di digitalizzazione a cavallo del millennio è stata la transizione da reti dedicate a specifiche tipologie di servizio, verso reti in grado di veicolare una pluralità di contenuti e servizi eterogenei. Questa trasformazione è stata alla base della dissoluzione della tradizionale rigida corrispondenza tra tipologia di rete e natura del servizio o contenuto trasportato, che aveva storicamente contraddistinto l'era analogica.

La legislazione europea ha precocemente riconosciuto questo processo, introducendo sin dal 2002 un quadro normativo convergente, per tutte le infrastrutture di trasmissione che consentono il trasporto di segnali, definite, in modo

---

dell'Autorità nazionale che definisce concretamente i mercati, verifica l'esistenza di imprese con significativo potere di mercato (SPM) e impone uno o più dei rimedi regolatori previsti in astratto nella disciplina sostanziale. (artt. 32 e 63).

[38] L'ultima raccomandazione sui mercati è la raccomandazione (UE) 2020/2245, mentre la nuova sarà operativa in ogni caso almeno fino all'entrata in vigore del DNA.

[39] M. Draghi, *The future of European Competitiveness*, 2024; disponibile a: commission.europa.eu.

[40] Le Autorità Nazionali possono regolare anche mercati non individuati nella raccomandazione sui mercati, se verificano in tali mercati (i) assenza di concorrenza effettiva, (ii) presenza di barriere strutturali e legali all'ingresso e (iii) inefficacia della normativa della concorrenza a risolvere tali criticità ("test dei tre criteri"). Ovviamente il procedimento di regolazione diviene più oneroso ed incerto e la Commissione ha poteri di controllo su tale azione.

esteso, di comunicazione elettronica [41]. Questa generale definizione, che ha consentito di regolare in modo unitario tutte le reti, indipendentemente dalla tecnologia impiegata (fibra, rame, wireless, satelliti) e dal tipo di informazione trasportata (voce, dati, video), ha alla base un "principio di neutralità tecnologica" [42].

Sotto un profilo di mercato, la convergenza tecnologica indotta dalla digitalizzazione si è tradotta in una progressiva convergenza anche industriale ed economica, detta multimediale, fra i settori delle telecomunicazioni, dei servizi audiovisivi e dell'informatica, incidendo sull'organizzazione dei mercati e sugli assetti concorrenziali.

Come largamente noto, il mutato contesto tecnologico ha favorito l'ingresso nei mercati di nuovi operatori che hanno introdotto un'ampia gamma di prodotti e servizi digitali all'interno dell'ecosistema dell'economia di Internet. Tali soggetti economici sono comunemente identificati come Over-The-Top (OTT), poiché forniscono servizi direttamente agli utenti finali attraverso le reti di comunicazioni elettroniche, ma collocandosi "al di sopra" della tradizionale catena del valore del settore delle telecomunicazioni. Dal punto di vista giuridico, tali servizi sono generalmente qualificati come "servizi della società dell'informazione" [43] (servizi, contenuti o applicazioni digitali) e pertanto restano generalmente distinti e soggetti a regimi regolatori differenziati dai servizi di comunicazione elettronica.

I servizi della società dell'informazione, in quanto veicolati attraverso le reti di comunicazione elettronica, si sono originariamente configurati come complementari per i consumatori finali rispetto ai servizi di comunicazione elettronica e, in particolare, rispetto ai servizi di accesso a Internet [44]. Con l'evoluzione del

---

[41] Le reti satellitari, le reti terrestri fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa internet) e mobili, le reti utilizzate per la radiodiffusione e la televisione e le reti televisive via cavo, sono tutte reti di comunicazione elettronica (art. 2.1 Codice europeo).

[42] Oltre a riconoscere e valorizzare le dinamiche evolutive della tecnologia, il principio di neutralità tecnologica incorpora anche una dimensione di parità di condizioni – il c.d. *technological level playing field*, nel senso che la regolazione non deve favorire *ex ante* alcuna specifica tecnologia. Tale impostazione trova fondamento nella consapevolezza che è intrinsecamente difficile prevedere le traiettorie di sviluppo tecnologico, e, conseguentemente, determinare quale tecnologia risulterà ottimale o prevalente nel medio-lungo periodo. Il principio, dunque, presuppone che la scelta tecnologica più efficiente debba essere lasciata alla selezione operata dal mercato, nell'ambito di un contesto concorrenziale aperto e neutrale. Tuttavia, il Codice europeo sembra, almeno in parte, attenuare tale principio nella sua accezione di neutralità competitiva, laddove individua esplicitamente come obiettivo la diffusione delle reti ad altissima capacità (Very High Capacity Networks, VHCN). Tale apparente preferenza normativa, tuttavia, non introduce una vera e propria deroga al principio di neutralità, in quanto è funzionale alla definizione di prestazioni minime che garantiscano standard adeguati di connettività, oggi più facilmente raggiungibili tramite tecnologie in fibra ottica, ma non esclude l'utilizzo di soluzioni tecnologiche alternative, purché queste siano in grado di assicurare prestazioni equivalenti in termini di capacità, qualità e affidabilità del servizio. In questa prospettiva, l'articolo 82 del Codice europeo affida al BEREC il compito di emanare linee guida volte a precisare i criteri tecnici che una rete deve soddisfare per essere qualificata come rete ad altissima capacità (VHCN). Da ultimo, BEREC, Guidelines on Very High-Capacity Networks (2023) – BoR (23) 164.

[43] I servizi della società dell'informazione sono definiti all'art. 1, paragrafo 1, lett. b), direttiva (UE) 2015/1535, ossia: «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.».

[44] Come noto, i servizi di comunicazione elettronica si distinguono in: (i) servizi di accesso a internet, ossia servizi che forniscono connettività ai nodi finali di internet; (ii) servizi di comunicazione interpersonale, ossia servizi che consentono lo scambio diretto di informazioni interpersonali e interattive fra un numero finito di persone, in cui i destinatari sono determinati dai partecipanti alla stessa comunicazione; (iii) servizi consistenti interamente o principalmente nella

mercato digitale, tuttavia, gli operatori OTT hanno progressivamente sviluppato e commercializzato servizi che presentano un grado crescente di sostituibilità rispetto a quelli offerti dagli operatori tradizionali, sia nel settore delle telecomunicazioni, sia in quello dei servizi media audiovisivi [45].

Inoltre, gli operatori OTT di maggiori dimensioni – le c.d. Big Tech – hanno progressivamente esteso la propria attività anche al di là della fornitura di servizi digitali, investendo in maniera significativa in segmenti strategici delle infrastrutture di Internet. Tali segmenti si interconnettono e si pongono in continuità funzionale con le tradizionali infrastrutture di comunicazione elettronica, contribuendo a una crescente integrazione verticale tra servizi digitali e reti fisiche [46].

Le Big Tech sono oggi proprietarie e gestori diretti di reti internazionali e intercontinentali di trasporto dati, comprese le reti di cavi sottomarini, nonché di data center e Content Delivery Network (CDN) [47], che rappresentano elementi essenziali per la distribuzione efficiente dei contenuti digitali. Inoltre, alcune tra le Big Tech – così detti *hyperscaler* – detengono posizioni di rilievo nei mercati globali delle infrastrutture e dei servizi cloud, esercitando un'influenza crescente sull'architettura tecnica ed economica di Internet [48]. Non meno significativo è il loro coinvolgimento nella proprietà e gestione di costellazioni satellitari a bassa orbita (LEO), destinate a fornire servizi di connettività globale ad alta capacità, confermando il ruolo sistemico assunto da tali attori anche nel campo delle infrastrutture di rete di nuovissima generazione [49].

Analogamente a quanto avvenuto con la prima ondata di digitalizzazione, si sta oggi assistendo a un nuovo fenomeno di convergenza tecnologica, che produce effetti rilevanti sia sul piano economico sia su quello concorrenziale e di mercato. Come chiaramente riconosciuto dal White paper della Commissione «questo nuovo modello di fornitura di reti e servizi si basa non solo sui tradizionali fornitori di apparecchiature, reti e servizi di comunicazioni elettroniche, ma anche su un ecosistema complesso che include fornitori di cloud, edge, contenuti, software e componenti, tra gli altri, in cui i confini tradizionali tra questi diversi attori sono sempre più sfumati» [50].

Attualmente, ai sensi del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, tali reti di comunicazione elettronica sono qualificate come "reti private", in

---

trasmissione di segnali, quali i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina (Machine to Machine, M2M) e per la radiodiffusione, a eccezione dei servizi che forniscono o esercitano un controllo editoriale sui contenuti (artt. 1.4-1.7 Codice europeo).

[45] Tra i servizi che più manifestano tale sovrapposizione concorrenziale possono annoverarsi, a titolo esemplificativo, le comunicazioni Voice over IP (VoIP), i servizi di messaggistica istantanea, le piattaforme di video on demand e di video sharing, nonché la fornitura di spazi pubblicitari online.

[46] BEREC, *Report on the entry of large content and application providers into the markets for electronic communications networks and services*, 2024 – BoR (24) 139.

[47] Una CDN è una rete ottimizzata per la distribuzione di contenuti e applicazioni digitali in internet, che va ad aumentare le prestazioni della rete di accesso di telecomunicazioni. I fornitori di "servizi della società dell'informazione" sono i principali clienti di un fornitore commerciale di CDN. Tuttavia, negli ultimi anni, gli OTT di grandi dimensioni hanno investito enormi capitali nella costruzione di proprie infrastrutture CDN (CDN interne). Oltre alle CDN interne, i grandi CAP, come Amazon, Alibaba, Google e Microsoft, gestiscono anche CDN commerciali per supportare i servizi utilizzati dai loro clienti cloud.

[48] Cfr. *BEREC Report on Cloud and Edge Computing Services*, 2024, BoR (24) 52

[49] Al riguardo sia consentito rimandare a A. MANGANELLI-A. PERRUCCI, *La "nuova" economia dello spazio e il "caso Starlink". Profili economico-giuridici e di policy*, in questa *Rivista*, 2025, fasc.1, pp. 202-219.

[50] Commission UE, White Paper, cit.

quanto non destinate alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica al pubblico [51]. Conseguentemente, esse non rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice, né sul versante dell'offerta – con riferimento al regime degli operatori con significativo potere di mercato (SPM) e ai relativi obblighi di accesso – né sul versante della domanda – per quanto concerne la tutela degli utenti e dei consumatori. Tuttavia, è evidente che gli operatori Over-The-Top (OTT) di maggiori dimensioni offrono al pubblico, e in particolare a un pubblico di dimensioni globali, i propri servizi digitali, riconducibili alla categoria dei servizi della società dell'informazione.

Tali distinzioni concettuali e regolatorie sono state concepite ed elaborate in un contesto tecnologico ed economico radicalmente diverso da quello attuale, nel quale i proprietari delle reti private non offrivano servizi direttamente agli utenti finali e i servizi della società dell'informazione non presentavano rilevanti gradi di sostituibilità rispetto ai servizi di comunicazione interpersonale.

Gli sviluppi descritti hanno invece contribuito a ridefinire i confini tradizionali tra mercati e modelli di business, ponendo sfide inedite alla regolazione settoriale, che si trova oggi a dover bilanciare l'esigenza di parità di condizioni concorrenziali (*level playing field*) con la necessità di preservare la proporzionalità e l'adeguatezza dell'intervento normativo rispetto alla differente natura economica e tecnologica degli operatori coinvolti.

In questo contesto, assume rilievo centrale il principio di neutralità tecnologica, già posto a fondamento del passaggio concettuale e normativo dalle reti di telecomunicazione alle comunicazioni elettroniche, e destinato ora a costituire la base dell'ulteriore transizione verso le reti digitali. Con l'adozione del DNA, tale principio troverà estensione nel processo (più o meno avanzato) di convergenza infrastrutturale ed economica che caratterizza l'intero ecosistema digitale contemporaneo. In questa prospettiva, il nuovo quadro regolatorio andrà probabilmente a riconoscere l'esistenza di reti interconnesse e interoperabili di diversa natura – fisiche, logiche, *software-defined* e distribuite – destinate alla trasmissione e all'elaborazione dei dati, sulle quali si innesta una gamma di servizi digitali.

Una prima questione specifica a tal riguarda è quella inerente all'inserimento dei servizi cloud nell'ambito regolatorio delle reti digitali. Questa valutazione, in corso, deve tenere in considerazione l'esistente regolazione pro-concorrenziale e pro-consumatore già vigente sul cloud, ossia il Digital Markets Act [52] ed il Data

---

[51] Fanno eccezione a questa descrizione le reti satellitari (a bassa quota), che sono già, ai sensi del Codice europeo, considerate reti di comunicazione elettronica, ovviamente se forniscono servizi al pubblico, come nel caso di Starlink. In base alla disciplina vigente, l'autorizzazione generale alla fornitura di servizi di rete di comunicazione elettronica impone obblighi simmetrici comuni a tutti gli operatori del mercato, concernenti – tra gli altri – la trasparenza contrattuale, l'assistenza ai clienti, l'interoperabilità tecnica, la continuità del servizio e la possibilità di intercettazioni legale delle comunicazioni (obblighi di prestazioni obbligatorie per gli operatori di comunicazione verso le Autorità giudiziarie). Questo modello di regolazione simmetrica assume che tutti gli operatori agiscano in condizioni comparabili, prescindendo dal loro modello infrastrutturale (terrestre o satellitare) e dalla dimensione del mercato servito. Tuttavia, al momento non c'è estrema chiarezza sull'effettività di queste norme, che devono essere applicate da ogni regolatore nazionale, sugli operatori satellitari globali. SI veda su questi temi, A. MANGANELLI-A. PERRUCCI, *La "nuova" economia dello spazio*, cit.

[52] Il Digital Markets Act (DMA) ha istituito il nuovo quadro normativo armonizzato per alcuni dei mercati digitali più rilevanti, con l'obiettivo di migliorare la contendibilità e l'equità per gli utenti finali e gli utenti aziendali. Il DMA si concentra sui servizi di piattaforma attualmente più utilizzati dalle imprese e dagli utenti finali, denominati servizi di piattaforma base. Nonostante l'inclusione dei servizi cloud fra i servizi di piattaforma base del DMA, nessun fornitore di servizi cloud è stato

Act [53], e se queste non siano sufficienti a perseguire obiettivi e risultati similari a quelli che si vorrebbero perseguire con l'estensione del quadro regolatorio delle telco [54].

Tuttavia, sotto la luce della convergenza di mercato, si deve evidenziare come obiettivo primario di una regolazione del potere di mercato nei servizi cloud non sarebbe quello di aumentare la contendibilità all'interno dei mercati dei servizi cloud (su cui peraltro il DA ha appena iniziato a dispiegare i suoi effetti – e forse potrebbe farlo anche il DMA), ma disciplinare potenziali estensioni e *leveraging* del potere di mercato in mercati sempre più contigui, ossia i mercati delle comunicazioni elettroniche [55].

Oltre a ridefinire il campo di applicazione, includendo nuovi servizi, il DNA potrebbe procedere a una più generale ridefinizione sostanziale dei concetti regolatori di "accesso" e di "interconnessione", riconoscendo la necessità di adattarli all'evoluzione tecnologica e al mutato contesto concorrenziale.

Operativamente, ciò implicherebbe la necessità di superare l'attuale approccio regolatorio, che ancora distingue tra reti pubbliche e private di comunicazione elettronica sulla base del tipo di servizio offerto al dettaglio, applicando i principali obblighi regolatori unicamente alle prime. Analogamente, potrebbe apparire opportuno rivedere la distinzione normativa tra "servizi della società dell'informazione" e "servizi di comunicazione elettronica", nei casi in cui questi presentino un elevato grado di sostituibilità.

In primo luogo, il concetto di accesso potrebbe non essere più inteso unicamente in termini fisici, ma potrebbe comprendere anche dimensioni logiche e funzionali. Ciò implicherebbe che i fornitori di servizi digitali, quali i servizi di messaggistica istantanea o di videoconferenza, non dovrebbero essere trattati in modo così differenziato rispetto ad altri richiedenti accesso alla rete (*access seekers*), quali i concorrenti dell'operatore incumbent nella telefonia fissa o gli operatori virtuali di telefonia mobile, quando tali servizi risultino sostituibili dal punto di vista dell'utente e del mercato [56].

---

designato come *gatekeeper* nei primi due cicli di designazione, escludendo la possibilità di imposizione di rimedi regolatori. Tuttavia, la Commissione ha molto recentemente (18 novembre 2025) aperto due indagini di mercato per valutare se Amazon e Microsoft debbano essere designate come *gatekeeper* per i loro servizi di cloud computing, Amazon Web Services e Microsoft Azure; ossia, in altre parole, se agiscono come importanti gateway tra aziende e consumatori, nonostante non soddisfino le soglie quantitative presuntive stabilite dal DMA per i *gatekeeper* in termini di numero di utenti e posizione di mercato. Una terza indagine di mercato valuterà se il DMA, con i suoi attuali rimedi regolatori, possa affrontare efficacemente pratiche che potrebbero limitare la competitività e l'equità nel settore del cloud computing nell'UE – facendo presumere che la Commissione stia, in caso, valutando una eventuale estensione normativa del DMA – piuttosto che del DNA.

[53] Il Data Act è una normativa estremamente complessa e articolata che si applica ai dati relativi a diversi settori di attività. In tale contesto, gli ambiti normativi di interesse del DA nella regolamentazione pro-concorrenziale dei servizi cloud sono quelli relativi all'introduzione di obblighi dettagliati e giuridicamente vincolanti volti a: (i) rimuovere gli ostacoli al passaggio da un fornitore di servizi di trattamento dei dati all'altro per lo stesso tipo di servizio (capitolo VI); e (ii) consentire/facilitare l'interoperabilità tra fornitori di servizi di trattamento dei dati per lo stesso tipo di servizio (capitolo VIII).

[54] Sui temi della regolazione dei servizi cloud, sia consentito rimandare a A. MANGANELLI, *La composita regolazione pro-concorrenziale dei servizi cloud*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2024, fasc. 3, p. 363 ss.

[55] BEREC, *Report on the entry*, cit.

[56] Tali servizi sono definiti già attualmente come servizi di comunicazione interpersonale, ma "indipendenti dal numero", (cui non è assegnata una risorse di numerazione per il *routing* del servizio, ma eventualmente solo a livello commerciale come dientificativo) contrapponendosi ai

In secondo luogo, il concetto regolatorio di interconnessione potrebbe non limitarsi più alle sole reti pubbliche di comunicazione elettronica, così come attualmente definite dal Codice europeo, ma potrebbe estendersi a tutte le reti che offrono servizi al pubblico, indipendentemente dalla loro qualificazione formale. Tale estensione assumerebbe particolare rilievo nel caso delle Content Delivery Network (CDN) gestite dalle piattaforme digitali e delle architetture proprietarie integrate, attraverso le quali vengono veicolati contenuti e applicazioni digitali [57].

Una tale evoluzione concettuale risponderebbe alla necessità di assicurare coerenza e simmetria regolatoria in un ecosistema in cui la convergenza tecnologica ha reso sempre più labile la distinzione tra reti, servizi e piattaforme digitali, e in cui la funzionalità economica dell'accesso e dell'interconnessione tende a prevalere sulla loro forma giuridica originaria.

Nel nuovo impianto regolatorio delineato dal DNA, tali definizioni potrebbero essere aggiornate e riformulate al fine di riflettere le molteplici forme di complementarità e di sostituibilità economica e funzionale che oggi caratterizzano le relazioni tra reti e servizi degli operatori tradizionali e dei nuovi attori dell'ecosistema digitale esteso. In altri termini, il focus dell'intervento regolatorio tenderebbe a spostarsi – nuovamente – da vecchi perimetri tecnologici alla funzione economica effettivamente svolta.

3.2. La neutralità tecnologica e la neutralità della rete

Oltre alla crescente sostituibilità, prima descritta, i significativi cambiamenti tecnologici e di mercato avvenuti negli ultimi anni hanno trasformato anche la relazione di complementarietà all'interno dell'"ecosistema digitale esteso", fra i maggiori fornitori di servizi, contenuti e applicazioni digitali (CAP) e i fornitori di servizi di accesso ad Internet (ISP).

Questa relazione di complementarità è disciplinata dal regolamento Open Internet, che in estrema sintesi garantisce agli utenti finali diritti di accesso e distribuzione di informazioni, contenuti e servizi attraverso Internet [58]. Quindi è imposto agli ISP l'obbligo di «trattare tutto il traffico in modo equo ... senza discriminazioni, restrizioni o interferenze e indipendentemente dal mittente e dal destinatario, dal contenuto consultato o distribuito, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti o dalle apparecchiature terminali utilizzate» [59]. È questo il noto concetto di "neutralità della rete", che ha l'obiettivo di ridurre la possibilità degli ISP di esercitare potere di mercato, derivante dal controllo tecnico-commerciale dell'accesso agli utenti finali.

È evidente come anche un tale concetto di "neutralità della rete" sia stato concepito in un contesto di mercato in cui la distribuzione di contenuti su Internet era molto decentrata e basata su un numero molto elevato di fornitori,

---

"tradizionali" servizi di comunicazione personale dipendenti dal numero. Tuttavia, a tali servizi sono imposti obblighi molto minori, dal lato della domanda, e non sono imposti obblighi dal lato dell'offerta, proprio in ragione del fatto che sono anche servizi della società dell'informazione.

[57] A questo riguardo, risulta particolarmente rilevante la recente delibera di AGCOM, 207/25/CONS, che qualifica le Content Delivery Network (CDN) come reti di comunicazione elettronica con conseguente applicazione del regime di autorizzazione generale di cui all'art. 12 del Codice europeo. Nessun'altra autorità nazionale ha tuttavia seguito (per adesso) lo stesso approccio.

[58] Art. 3.1 del regolamento Open Internet.

[59] Art. 3.3 regolamento Open Internet.

nessuno dei quali aveva un potere di mercato consolidato.

Di fatto, oggi, i mercati e i servizi digitali sono molto concentrati e pochi fornitori di servizi e contenuti digitali (le Big tech) hanno un enorme potere di mercato, fornendo globalmente contenuti e applicazioni che sono considerate un *must-have* dagli utenti finali e, in molti casi, anche dagli utenti commerciali [60].

In una tale situazione, anche in assenza di obblighi di non discriminazione, gli ISP non possono economicamente esercitare alcun potere di mercato, nonostante il "collo di bottiglia" nella terminazione [61]. Nella maggior parte dei casi, peraltro, gli ISP sono non solo soggetti al contropotere delle Big tech, ma, in ragione dello sviluppo della concorrenza nel mercato, ricevono forti vincoli competitivi anche dagli altri ISP con cui competono nel mercato dell'accesso a Internet [62]. Sono, cioè, "colli di bottiglia competitivi" [63]. Infatti, a causa della concorrenza tra gli ISP per gli utenti finali, qualsiasi controversia commerciale con i Big tech, che andasse a comportare l'impossibilità per un ISP di far accedere i suoi clienti a contenuti/applicazioni *must-have*, sarebbe inevitabilmente "sanzionata" con il passaggio ad altro fornitore [64].

Si può quindi individuare un'importante asimmetria nell'approccio alla neutralità

---

[60] Spesso le CAP di grandi dimensioni sono piattaforme online strutturate come mercati a due (o più) lati, che fungono quindi da intermediari tra gli utenti finali e gli utenti commerciali. Fra i molti sul tema si rimanda a G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 3, 2016, p. 454 ss.; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in L. AMMANNATI-A. CANEPA-G. GRECO-U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, 2021; F. CHIRICO-A. MANGANELLI, *Mercati e servizi digitali*, in *Economia e diritto della regolazione*, cit., p. 359 ss.

[61] A questo proposito, è molto interessante il contenzioso in Germania tra Deutsche Telekom e Meta: l'ISP tedesco e il CAP globale avevano un accordo contrattuale in base al quale DT avrebbe fornito il traffico dati tra Meta e i suoi utenti finali tramite connessioni dirette a pagamento ("*paid peering*"). Durante la crisi del coronavirus, Meta ha smesso di effettuare questi pagamenti, quindi Deutsche Telekom ha intentato una causa contro di essa, che è stata accolta dal Tribunale regionale di Colonia (causa 33 O 178/23). In tale contesto, Meta ha accusato DT di sfruttare la sua posizione dominante sul mercato dei servizi di accesso ad Internet, applicando tariffe eccessive. Il tribunale, tuttavia, non ha ritenuto che Deutsche Telekom avesse abusato del suo potere di mercato ed ha ordinato a Meta di onorare il contratto relativo alle tariffe di peering a pagamento. La decisione del tribunale di Colonia si basa sul diverso potere contrattuale delle due società sul mercato dei servizi di transito dati IP, la posizione dominante di Meta nei social network e la sua designazione da parte del Bundeskartellamt (decisione B 6 – 27/21) come avente "importanza fondamentale per la concorrenza tra i mercati" ai sensi della sezione 19a(1) della legge tedesca sulla concorrenza (GWB).

[62] Un'obiezione che viene spesso sollevata rispetto all'ipotesi di rendere più flessibile il quadro di regole che governano la *net neutrality* riguarda la presunta situazione di monopolio da "terminazione" di cui godrebbero gli ISP. In analogia con la posizione che storicamente è stata riscontrata nella terminazione delle chiamate vocali, ciò consentirebbe loro di sfruttare indebitamente questo potere monopolistico a danno dei consumatori e/o dei CAP che accedono alla rete. Tuttavia, questa analogia è tecnicamente e concettualmente inesatta: nel caso della terminazione voce, il problema concorrenziale nasceva dal fatto che l'utente chiamante era obbligato a sostenere un prezzo stabilito unilateralmente dall'operatore che riceveva la chiamata, generando così una esternalità economica che l'utente (chiamante e pagante) non poteva controllare. Al contrario, nel caso dell'accesso a Internet, l'utente è pienamente in grado di reagire a scelte del proprio ISP che impattino negativamente sulla qualità del servizio, semplicemente cambiando di operatore.

[63] Questo concetto è stato profondamente descritto da M. ARMSTRONG, *The theory of access pricing in Telecommunications*, in M. CAVE (a cura di), H*andbook of Telecommunications Economics*, 2002.

[64] M. Cave, I. Vogelsang, Net Neutrality: An E.U./U.S. Comparison, 2015, in Competition Policy Internatche, come ISP, p. 85 ss. Si pensi ai servizi di Google, Meta, Amazon o Netflix e ad un fornitore di servizi di connettività, che come ISP non garantisce ai suoi utenti di accedere a tali servizi. Per quanto riguarda un eventuale coordinamento collusivo fra ISP, esistono ovviamente gli strumenti di diritto della concorrenza (art. 101 TFUE).

della rete quando esistono CAP dominanti con contenuti indispensabili: i divieti di neutralità della rete sono infatti unidirezionali, ossia impongono agli ISP l'obbligo di non discriminare il traffico dei CAP, mentre in linea di principio non vi sono limitazioni per i CAP che desiderassero discriminare gli ISP [65].

Sebbene si possa presumere che, al momento, anche i maggiori CAP, le Big tech, non abbiano incentivi alla discriminazione, in uno scenario (non così lontano ed in parte già esistente) essi potrebbero progressivamente averne. L'ingresso e integrazione verticale nei mercati delle comunicazioni elettroniche, prima descritto [66], può infatti ben dare origine ad incentivi di *self-preferencing* [67].

Peraltro, l'integrazione verticale può incidere in modo significativo anche in altro modo sugli assunti sottesi alla disciplina europea della neutralità della rete. Non sono cioè più soltanto gli ISP a poter influenzare i flussi di traffico verso gli utenti finali.

In particolare, le CDN abilitano, entro certi limiti, forme di differenziazione del servizio, collocando i contenuti quanto più vicino possibile all'utente finale, così da garantire determinati livelli di qualità [68]. Dal punto di vista dell'esperienza d'uso degli utenti finali, questi (e altri) meccanismi possono operare come "sostituti tecnologici" della gestione di rete da parte degli ISP, assicurando una qualità dell'esperienza (QoE) percepita più elevata [69]. Il fatto che i grandi CAP "acquistino" servizi da CDN commerciali oppure li "realizzino" direttamente mediante integrazione verticale, se sotto un profilo commerciale è senz'altro positivo, può essere letto, sul piano economico, come una forma di "prioritizzazione a pagamento". Tuttavia, il traffico non è prioritizzato a livello di rete dagli ISP, ma gestito tramite reti private, i CDN, e pertanto non ricade nell'ambito di applicazione del regolamento Open Internet [70].

Ne consegue che, se gli ISP non sono più gli unici operatori in grado di incidere sull'esperienza internet degli utenti finali, occorre attribuire crescente rilievo anche alle condotte degli altri soggetti lungo la catena del valore dell'ecosistema digitale. Ciò non è affatto banale, specie considerando che molti di questi attori sono al momento qualificati come CAP ai sensi del regolamento Open Internet.

In tale contesto, anche il BEREC ricorda l'importanza di garantire che il principio sancito dall'art. 3(1) del regolamento sia applicato lungo tutta la catena del valore per evitare disparità di condizioni [71]. Una valutazione simile, non più

---

[65] Se gli OTT sono in posizione dominante, esiste sempre la possibilità di applicare i rimedi antitrust (art 102 TFUE), tuttavia tale considerazione può essere avanzata anche per gli ISP, in caso di dominanza.

[66] Ad esempio, Amazon e Google forniscono già servizi mobili negli Stati Uniti, ed Amazon è attiva (soprattutto prospetticamente) nella fornitura di connettività con satelliti orbitali a bassa quota (LEO); inoltre grandi piattaforme, come Google, Microsoft, Amazon e Meta – attraverso ad esempio Skype, Teams, Whatsapp, Twitch Chat & Voice, Google Meet/Chat, Amazon Chime – già forniscono massicciamente servizi di comunicazione interpersonale, sebbene indipendenti dal numero (NIICS).

[67] Considerando uno scenario di integrazione verticale in cui i CAP iniziano a fornire servizi di accesso ad Internet, i CAP con contenuti indispensabili potrebbero avere incentivi economici a discriminare tra gli ISP, per favorire il proprio servizio di accesso.

[68] Tuttavia, le CDN on-net consentono anche di ridurre in modo cooperativo i costi di capacità per gli ISP, collocando i contenuti più vicino agli utenti finali.

[69] W BRIGLAUER, *Efficiency and Effectiveness of Net Neutrality Rules*, in *the Mobile Sector: Relevant Developments and State of the Empirical Literature*, 2024, available here.

[70] T. GARRETT-L. SETENARESK-L. PERES-L.C. BONA-E. DUARTE, *A survey of network neutrality regulations worldwide*, in *Computer Law & Security Review*, 2022, 44.

[71] BEREC, *Input to the European Commission's*, cit.

vincolata dal diritto EU, è stata effettuata anche dall'autorità di regolazione britannica, Ofcom, nell'ambito di una recente riconsiderazione del regime di neutralità della rete. Ofcom ha infatti osservato che, nell'ambito dell'attuale approccio UE, «net neutrality rules limit the actions ISPs can take, but do not restrict other parties in the value chain. Since the rules were put in place, players with strong market positions have developed throughout the internet value chain and are not constrained in the same way as ISPs by the net neutrality rules» [72].

In coerenza con i principi descritti, il DNA dovrebbe andare a adottare regole di neutralità della rete che prendano in considerazione i reali rapporti fra i vari attori dell'ecosistema digitale esteso. Questa ridefinizione potrebbe portare verso l'applicazione, anche in questo contesto, del principio di proporzionalità per non limitare precauzionalmente la varietà di strategie tecniche e commerciali agli ISP senza tenere in considerazione gli effetti reali [73].

Tuttavia, con grande probabilità si assisterà solo a variazioni marginali del regolamento Open Internet, in ragione delle difficoltà e degli alti costi politici di metter mano a tale regolamento. Questo è, giustamente, percepito come una tutela dei diritti fondamentali degli utenti del web, ma è anche un primario atto di regolazione economica, che tuttavia si basa largamente sul "principio di precauzione", non conformandosi minimamente ai principi della regolazione economica utilizzati a livello europeo.

4. Breve conclusione: il DNA comune dell'Europa digitale

L'analisi sviluppata nel presente contributo ha evidenziato come il Digital Networks Act andrà probabilmente a rappresentare un momento cruciale nell'evoluzione della regolazione europea delle reti digitali, pur mantenendo radici solide nei principi fondamentali che hanno guidato l'ordinamento delle comunicazioni elettroniche negli ultimi due decenni.

Come anticipato, molti aspetti del prospettico costrutto legislativo continueranno a poggiare sulla base concettuale dei principi cardine già presenti nell'attuale quadro regolatorio – in primis, i principi di neutralità tecnologica e di proporzionalità della regolazione, quali chiavi di lettura delle regole necessarie alla luce delle trasformazioni tecnologiche e di mercato intervenute negli ultimi anni.

Il contributo ha cercato di mostrare come il principio di proporzionalità probabilmente manterrà un ruolo essenziale nel bilanciare dinamicamente gli obiettivi di investimento e di concorrenza, mentre la neutralità tecnologica tenderà ad applicarsi all'intero ecosistema digitale convergente, divenendo parametro guida per la regolazione delle nuove interdipendenze tra infrastrutture, piattaforme e servizi.

---

[72] OFCOM, *Net Neutrality review – Statement*, 2023

[73] Ad esempio: (i) superare la rigidità dell'impianto attuale, adattandosi alle differenti funzioni e ruoli svolti dai diversi attori, magari differenziando le regole tra consumatori ed utenti business in modo da abilitare modelli differenziati, in particolare per applicazioni business-critical, senza compromettere l'accesso equo per gli utenti finali; (ii) adottare un'interpretazione più flessibile delle disposizioni, che tenga conto dell'evoluzione tecnologica e della diversificazione dei servizi digitali, soprattutto (ma non solo) per lo slicing del 5G;e (iii) consentire agli operatori di rete di differenziare la qualità del servizio offerto, ad esempio attraverso servizi premium o offerte di zero-rating, a condizione che sia l'utente finale a scegliere consapevolmente tale differenziazione. Si consenta di rimandare per maggiori dettagli a A. MANGANELLI, *Toward ne(x)t neutrality. A Re-thinking of the EU open Internet Regulation*, in *Rivista di diritto dei media – MediaLaws*, fasc. 3, 2024.

Tuttavia, il DNA dovrà anche costituire una risposta strutturale alla sfida della coesione che attraversa l'Unione europea. Persistono infatti ampie disparità tra Stati membri, non solo in termini di attuazione, ma anche rispetto ad una frammentazione normativa derivante da un recepimento disomogeneo delle direttive europee, spesso accompagnato da ulteriori livelli di regolamentazione nazionale, con conseguente eccesso di regolazione e inefficienza sistemica.

Una questione emblematica in tal senso riguarda la gestione dello spettro radio, risorsa essenziale per le comunicazioni mobili e per l'evoluzione delle reti 5G e 6G [74]. Le notevoli differenze nei costi e nelle modalità di assegnazione dello spettro tra i vari ordinamenti nazionali hanno prodotto asimmetrie concorrenziali significative, anche a causa dell'uso, da parte di alcuni governi, delle aste per lo spettro come strumento di finanza pubblica.

Oltre alle questioni sostanziali di riduzione dei costi e di creazione di condizioni di parità tra operatori europei, l'armonizzazione della gestione dello spettro a livello dell'Unione assumerebbe un valore politico e simbolico rilevante, segnalando la volontà degli Stati membri di superare interessi nazionali di breve periodo in favore di una visione comune di lungo respiro, orientata alla costruzione di un mercato unico delle telecomunicazioni pienamente integrato nel mercato unico digitale.

Questa prospettiva si colloca in linea con il rapporto Letta [75], che richiama con forza l'esigenza di un rinnovato progetto politico di coesione industriale europea. Come sottolineato da Letta, «l'Europa non è solo un mercato»: finché non si affermerà una visione politica condivisa tra gli Stati membri, capace di superare la frammentazione nei settori strategici – quali telecomunicazioni, energia e servizi finanziari, la regolazione economica, per quanto avanzata, non potrà da sola realizzare una piena unità economico-industriale.

Coerentemente, sul piano attuativo, la Commissione sembra orientata a proporre forme di maggiore accentramento dell'*enforcement*, richiamate – ancorché in termini generali – nella *call for evidence* [76]. Tentativi in tal senso erano già emersi, con esito negativo, nei precedenti cicli di riforma del quadro regolatorio [77].

---

[74] Nella sua *call for evidence*, la Commissione prospetta una serie di possibili misure riguardanti la gestione dello spettro-radio: (i) il rafforzamento della procedura di revisione (*peer-review*), garantendo la tempestiva assegnazione dello spettro radio sulla base di una tabella di marcia condivisa, nonché la definizione di procedure e condizioni comuni per l'autorizzazione nazionale dello spettro; (ii) una maggiore durata delle licenze e procedure di rinnovo semplificate, orientando la progettazione delle aste per lo spettro verso criteri di efficienza d'uso e di sviluppo delle reti, in vista dell'introduzione anticipata delle tecnologie 6G; (iii) regimi autorizzativi più flessibili, comprendenti anche la condivisione dello spettro (in coerenza con i principi del diritto della concorrenza) e la facilitazione delle iniziative di armonizzazione dello spettro; (iv) il rafforzamento della sovranità e della solidarietà dell'Unione europea in materia di armonizzazione dello spettro e nella gestione delle interferenze transfrontaliere provenienti da Paesi terzi; e (v) la definizione di condizioni di parità concorrenziale per le costellazioni satellitari utilizzate ai fini dell'accesso al mercato dell'Unione europea.

[75] E. LETTA, *Much more than a market*, 2024; disponibili a: european-research-area.ec.europa.eu.

[76] "Al fine di rafforzare la dimensione del mercato unico, il DNA potrebbe prendere in considerazione una governance dell'UE potenziata con capacità amministrative e normative adeguate."

[77] Nel 2007, la Commissione europea ha proposto la creazione dell'*European Electronic Communications Market Authority* (EECMA) nell'ambito della revisione del quadro normativo. La Commissione aveva inizialmente proposto questa radicale espansione istituzionale a livello dell'UE in risposta a quelle che percepiva come persistenti incongruenze normative e distorsioni della concorrenza tra gli Stati membri. L'EECMA sarebbe stato un organismo indipendente istituito a livello istituzionale dell'UE, responsabile nei confronti del Parlamento europeo. Come è noto, invece

L'attuale contesto sembra, tuttavia, mutato: la Commissione ha acquisito poteri di intervento diretto in più ambiti (si pensi al DMA e al regime per le piattaforme online di dimensioni molto grandi nel DSA) e, più in generale, sta consolidando il proprio ruolo nella governance economica europea [78]. Questo processo si inscrive nella "ripresa della politica industriale" [79], il cui "rapporto mobile" [80] con la regolazione economica, quale componente della politica della concorrenza, fa da sfondo a molti degli argomenti e dei *trade-off* qui esaminati.

Come è stato ben evidenziato, l'attuale politica industriale è marcatamente finalistica: orienta e incentiva le imprese verso scelte produttive e commerciali coerenti con priorità strategiche predefinite; nondimeno, non si traduce in una pianificazione autoritativa, preservando ampi spazi alla libertà d'impresa e alle dinamiche di mercato [81]. Ne discende che – senza essere sostituita né ridefinita dall'interno – la politica della concorrenza è comunque destinata a essere affiancata e influenzata da una spinta esogena di matrice industriale.

Più in concreto, non sembra (più) realistico per il *policy maker* europeo concepire la regolazione economica come un mero strumento di riequilibrio degli svantaggi competitivi legati alla disponibilità di infrastrutture. Ciò è tanto più vero quanto tali infrastrutture sono soggette a intensi cicli di innovazione e, al tempo stesso, costituiscono fattori abilitanti di tecnologie complementari, generando esternalità positive diffuse in tutto l'ecosistema digitale e nell'economia nel suo complesso.

In questo contesto, il Digital Networks Act non si limiterà a una riforma tecnico-economica del quadro regolatorio, ma ambirà a divenire il "DNA" comune – in senso genetico – della politica digitale europea, ossia un disegno sistemico, coerente e non frammentato, capace di integrare obiettivi oggi indissolubilmente connessi: innovazione, investimenti, concorrenza e tutela dei cittadini-utenti, nonché sicurezza, autonomia strategico-tecnologica e, infine, competitività.

dell'EECMA, il Parlamento europeo ha approvato la creazione dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) come soluzione di compromesso. Ora la Commissione, nella sua "*call for evidence*", ha ventilato la previsione di un potenziamento dei ruoli del BEREC e dell'Ufficio BEREC per affrontare vari compiti paneuropei e promuovere il mercato unico digitale.

[78] Si veda a questo proposito, F. DONATI, *La regolazione economica nel nuovo modello europeo di disciplina dei mercati*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2024, p. 361 ss.

[79] Cfr. L. AMMANNATI, *Per una politica industriale comune. Scelte di governance dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2024, p. 374 ss.

[80] Cfr. L. TORCHIA, *I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2024, p. 315 ss.

[81] Si veda a questo proposito E. BRUTI LIBERATI, *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2023, p. 252 ss.



Quando la regolazione si fa algoritmo: IA e piattaforme digitali per gli acquisti pubblici*

When regulation becomes algorithm: AI and e-procurement platforms

di *Michela Passalacqua***

ABSTRACT

L'analisi della recente disciplina dell'automazione degli appalti pubblici consente all'autrice di rilevare significative evoluzioni della funzione conformativa dei pubblici poteri all'interno di questo mercato, evidenziando, peraltro, un "tratto regolatorio" rinvenibile anche in altri ambiti.
In linea con quanto sempre più ricorrente, l'intervento pubblico è in trasformazione: il diritto dell'Unione europea tende ad affiancare obiettivi di politica industriale alla regolazione economica degli acquisti pubblici. Al contempo, per utilizzare concretamente i contratti come strumento aggiuntivo di disciplina dei mercati, si apre alla regolazione digitale la possibilità di attuare gli indirizzi strategici dell'UE.
L'approfondimento di quest'ultima opzione applicativa ha consentito di rilevare importanti criticità nell'attuazione delle regole dell'*AI Act* alle piattaforme di *procurement*. Emerge la contraddizione di mercati digitali improntati a un protezionismo delle idee, che andrebbe temperato, almeno entro i limiti di una minima riconduzione ai principi della democrazia economica. Viene inoltre dimostrato come il pieno impiego di algoritmi nelle procedure telematiche di acquisto non comporti, di norma, l'accesso alle garanzie del regolamento europeo, le quali risultano attivabili solo qualora l'automazione incida sul limitatissimo aspetto della sicurezza fisica della piattaforma. Parallelamente, i diritti digitali riconosciuti dalla normativa speciale italiana sembrano svuotarsi di significato di fronte alla complessità dell'attuazione concreta di un approvvigionamento pubblico automatizzato.
Di particolare interesse è il fatto che la disamina del funzionamento di queste piattaforme ne rivela la duplice natura: infrastrutture tecnico-procedurali, da un lato, e sedi di produzione di regole digitali, dall'altro, in grado di incidere direttamente sulle dinamiche concorrenziali. Tale vocazione all'autoregolazione, volta a massimizzare l'efficienza, si affianca alla loro capacità di "abilitare" la regolazione pubblica, trasformandola in uno strumento di supporto del mercato, non più soltanto rimedio ai suoi fallimenti.
Si delineano così nuovi confini e inediti sconfinamenti, in cui la centralità finora acquisita dalla regolazione economica pare destinata a tramontare, o forse ad essere essa stessa assorbita dalla transizione in corso.

* *This work was partially supported by project SERICS (PE00000014) under the MUR National Recovery and Resilience Plan funded by the European Union – NextGenerationEU*. In specie, la riflessione trae origine dalla Relazione *Contratti pubblici e intelligenza artificiale nella regolazione dei mercati*, presentata al Convegno *Contratti pubblici e intelligenza artificiale*, 29 novembre 2024, Università degli studi di Catania, destinata ad essere pubblicata negli atti.

** Professoressa ordinaria di Diritto dell'economia nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

This article analyses the evolving legal framework on the automation of public procurement, highlighting how public authorities are increasingly shaping this market through new regulatory approaches. It also identifies a regulatory pattern that appears to emerge across other sectors.
Reflecting broader trends, public intervention is undergoing a transformation. European Union law is increasingly integrating industrial policy objectives into the economic regulation of public purchasing. At the same time, digital regulation is being entrusted with the task of implementing emerging strategic priorities, positioning public contracts as an additional tool for market governance.
The study exposes key challenges in applying the AI Act to e-procurement platforms. A core contradiction emerges: these platforms operate within digital markets built on a kind of idea-based protectionism, which arguably should be softened to align with fundamental principles of economic democracy. It is further shown that the widespread use of algorithms in online procurement rarely activates the protections of the Eu regulation, which are only applicable when automation affects the platform's physical security. Meanwhile, the digital rights established under Italian law risk becoming ineffective in the face of the practical complexity of fully automated public procurement.
It is particularly noteworthy that the analysis of these platforms discloses their dual nature: they function, on the one hand, as technical and procedural infrastructures, and, on the other, as normative environments in which digital rules are generated and enforced, directly shaping competitive dynamics. This inherent propensity for self-regulation, oriented toward the maximization of efficiency, coexists with their capacity to enable and reinforce public regulation, thereby turning it into a supportive instrument of the market rather than a mere corrective to its failures.
The analysis ultimately points to a shifting landscape, where the established centrality of economic regulation may be waning, or perhaps being redefined by the ongoing digital transition.

SOMMARIO: 1. Politica industriale, mercati e regolazione dei contratti pubblici. – 2. Le piattaforme telematiche per l'efficienza degli acquisti. – 2.1. L'intermediazione obbligatoria delle piattaforme imposta dal nuovo Codice. – 2.2. L'esternalizzazione nel rispetto della riserva pubblica. – 3. L'integrazione dell'intelligenza artificiale nelle piattaforme di *e-commerce* pubblico. – 3.1. «Disponibilità» del codice sorgente e diritti di proprietà intellettuale. – 3.2. Regolare i rischi tra infrastrutture critiche e sistemi di IA. – 4. Le piattaforme di approvvigionamento come mercati organizzati. – 5. Regolazione digitale *versus* regolazione economica.

1. Politica industriale, mercati e regolazione dei contratti pubblici

Le direttive sugli appalti, sebbene nate per la regolazione economica del mercato dei contratti pubblici [1], sono andata via via arricchendosi di molteplici

[1] In verità, in Italia, non è mancata una dottrina minoritaria che ha rinnegato la configurazione del settore dei contratti pubblici come un mercato, ritenendo ad esso non applicabile la regolazione economica; tuttavia, da tempo non se ne dubita più, anche grazie all'esplicita assegnazione di tali poteri regolatori ad Anac ad opera del d.lgs. n. 50/2016, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 2, p. 72 ss.; ID., *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, in *Quad. ric. giur. Banca d'Italia*, n. 83, aprile 2018, p. 13 ss.; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in questa *Rivista*, 2016, 1, spec. p. 22 ss.; S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Conc. merc.*, 2010, p. 295 ss., spec. p. 301. Resta di diverso parere F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 381 ss., spec. pp. 389 ss. e 395 ss., sebbene, contrariamente all'opinione

finalità [2]: ambientali, sociali, di innovazione e di sostegno delle piccole e medie imprese [3]. Tutti questi intenti hanno finito però per "evaporare" nella mancanza di una politica industriale europea che potesse dare un'indicazione dell'ordine delle priorità, da richiamarsi nelle decisioni di bilanciamento operate dalle autorità nazionali.

Il concreto perseguimento di questi scopi "paralleli" si è rivelato deludente [4], in gran parte perché assorbiti dalla regolazione economica del settore. Lo spazio di applicazione resta difatti confinato alla eventuale fase di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in sostituzione del criterio del prezzo più basso, tutt'oggi preferito da molte delle stazioni appaltanti europee [5].

Con riferimento alla promozione dell'innovazione, la disciplina vigente rivela poi un approccio "orizzontale", che non privilegia una tecnologia o un settore. Si pensi alle regole sugli appalti innovativi [6] in seno alle direttive del 2014, alle

---

dell'A., come ha ben argomentato A. ZITO (*Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, 2010, p. 805 ss.), la regolazione economica non rinvenga la propria ontologia nella tipica indipendenza dell'Autorità titolare della relativa funzione, bensì, su un piano oggettivo, nella peculiarità della tecnica di "disciplina" del mercato.

[2] Come ho già avuto modo di sostenere, cfr. M. PASSALACQUA, Soft law *per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Conc. merc.*, 2017, vol. XXIV, p. 173 ss.

[3] Un obiettivo fondamentale della riforma delle direttive del 2014 era incoraggiare le amministrazioni ad avere una maggiore attenzione per gli aspetti ambientali, sociali e innovativi negli appalti di lavori, beni e servizi, attraverso quelli che sono generalmente chiamati «appalti strategici», in quanto non ispirati soltanto al perseguimento di interessi economicistici. Sulla nozione di appalti strategici, anche per la loro distinzione dagli appalti innovativi, si rinvia a M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Dir. econ.*, 2020, 1, pp. 189-190.

[4] Corte dei conti UE, Sez. II, *Appalti pubblici nell'Ue. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, Relazione speciale, n. 28, 25 ottobre 2023, pp. 47-66. Nonostante la suddivisione degli appalti in lotti, l'aggiudicazione alle pmi non è aumentata. La Corte ha, inoltre, rilevato che nella valutazione periodica mancano indicatori specifici che misurino gli appalti strategici.

[5] Basti pensare che, nel 2021, in otto Stati membri il livello delle aggiudicazioni all'offerta più bassa aveva addirittura superato l'80%, cfr. Corte dei conti UE, Sez. II, *Appalti pubblici nell'Ue*, cit.

[6] Diffusi in tutto il mondo occidentale (soprattutto Stati Uniti e Giappone), oltre che in Cina. Secondo la Commissione europea, gli «appalti per l'innovazione», in un'accezione molto ampia, hanno ad oggetto l'acquisto o del processo innovativo (servizi di ricerca e sviluppo), con risultati ancora parziali, o dei risultati dell'innovazione. In quest'ultima ipotesi, l'amministrazione «invece di acquistare un prodotto già disponibile in commercio, assume il ruolo di utente pioniere e acquista un prodotto, un servizio o un processo ancora sconosciuto al mercato e contraddistinto da caratteristiche fondamentalmente innovative». L'espressione «utente pioniere» si riferisce al primo 20% di clienti acquirenti un prodotto, un servizio o un processo nuovo o significativamente migliorato, inclusi quelli già presentati su scala ridotta, che stanno per entrare sul mercato o vi sono già presenti in piccola quantità, ma non ancora ampiamente adottati, cfr. Commissione europea, Comunicazione *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 2021/C 267/01, Sez. 1.1. e 1.2.5. L'ampio utilizzo delle piattaforme digitali per gli acquisti pubblici «può offrire maggiori opportunità agli operatori economici (pmi, start-up) di sviluppare o proporre soluzioni innovative e facilitare l'accesso transfrontaliero ai mercati degli appalti pubblici», *ivi*. Per un'applicazione in Italia, ricordiamo il programma *Smarter Italy*, il quale presenta però il difetto di "frammentare" molto l'intervento pubblico, cfr. *Relazione delle attività relative all'Accordo di Collaborazione per la valorizzazione del programma di bandi di "domanda pubblica intelligente" (Smarter Italy) tra l'Agenzia per l'Italia Digitale e il Dipartimento per la Trasformazione Digitale del Consiglio dei Ministri novembre 2020 – giugno 2024*, 21 ottobre 2024. Si veda anche l'art. 113, d.lgs. n. 36/2023, il quale consente alle stazioni appaltanti di imporre «requisiti particolari» per l'esecuzione del contratto, purché siano conformi al principio di innovazione, su cui si rinvia alle condivisibili valutazioni di A. BARTOLINI, *L'innovazione nel codice dei contratti*, in F. MANGANARO-N. PAOLANTONIO-F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023)*, Messina University Press, Messina, 2023, p. 49; in generale, sugli appalti innovativi G.F. LICATA, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici*.

disposizioni sugli appalti pre-commerciali [7], alla scelta di far accedere agli accordi quadro europei piccole e medie imprese innovative [8]. Forse anche a causa di questo approccio generalista, tali disposizioni non hanno avuto il successo sperato, non riuscendo in concreto a orientare le stazioni appaltanti.

Dalle descritte criticità muove l'esigenza di avviare un processo di riforma finalizzato a formulare un numero inferiore di obiettivi ultronei all'ottenimento del "buon acquisto". Questi dovranno essere più chiari e misurabili, ordinati secondo una scala di priorità e riallineati ai nuovi indirizzi strategici dell'UE, connessi alla transizione ecologica e digitale, che impongono un sostegno a una innovazione molto più settoriale e mirata.

Dette istanze di revisione delle direttive appalti [9] devono essere lette alla luce del profondo mutamento subito negli anni più recenti dal contesto normativo in cui si collocano le regole in questione grazie all'emersione di una politica industriale unitaria [10], nel cui ambito si vogliono utilizzare i contratti pubblici come un

---

La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 217 ss.

[7] Gli appalti pre-commerciali, non disciplinati dalle direttive in tema, sono utilizzabili fin dal 2007 grazie alla Comunicazione della Commissione, *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, del 14 dicembre 2007, COM (2007) 799. Essi costituiscono un approccio specifico agli appalti di servizi di R&S (sviluppo competitivo in fasi), in base al quale l'acquirente pubblico non riserva al suo uso esclusivo tutti i benefici dei servizi di ricerca e sviluppo, ma li condivide, insieme ai connessi rischi, con i fornitori dei servizi a condizioni di mercato. L'organizzazione della condivisione dei rischi e dei benefici, e dell'intera procedura di appalto, in modo da garantire la massima concorrenza, la parità di trattamento e la trasparenza, consente all'acquirente pubblico di individuare le migliori soluzioni possibili che il mercato può offrire e di evitare, a determinate condizioni, aiuti di stato. L'amministrazione concede i nuovi diritti di proprietà intellettuale derivanti dal contratto agli operatori economici partecipanti, ma conserva il diritto: i) di utilizzare per le proprie esigenze i risultati della ricerca e dello sviluppo; e ii) di richiedere agli operatori economici di concedere licenze a soggetti terzi a condizioni di mercato eque e ragionevoli, cfr. la Sezione 4.2.3.2. degli *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 2021/C 267/01, cit.

[8] Evidenzia tale potenzialità della normativa sulla cooperazione amministrativa europea che consente l'adesione alle attività svolte da centrali di committenza ubicate in altri Stati membri, G.M. 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*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 181.

[9] In programma per il 2026, cfr. Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Bussola per la competitività dell'Ue*, 20 gennaio 2025, COM(2025) 30 final, p. 19. In merito si veda anche la recente risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 che ha avviato il processo di modifica, suggerendo una serie di raccomandazioni e linee guida, 2024/2103(INI).

[10] E. Bruti Liberati, *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in questa *Rivista*, 2023, 2, p. 252 ss.; Id., *La nuova strategia industriale europea e la sua sostenibilità politica e sociale*, *ibidem*, 2024, 2, p. 413 ss. e la bibliografia ivi citata; M. Clarich, *Nuovi scenari globali e diritto dell'economia*, *ivi*, p. 425 ss.; sia altresì consentito il rinvio a M. Passalacqua, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 1, pp. 58-59 e 61 ss.; Id., *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 1, p. 27 ss. Nella dottrina economica, rimette alla complessa evoluzione e interpretazione dei rapporti commerciali, oggetto di una acuta ricostruzione, la giustificazione della rinascita della politica industriale nel mondo occidentale, M. Grillo, *Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione*, in questa *Rivista*, 2024, 2, p. 341 ss. Molto interessanti le considerazioni di M. Maresca, *Politica industriale e controllo della concorrenza. Il ruolo della Commissione europea nello Spazio Europeo dell'Industria*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 2024, 3-4, p. 339 ss. Ritiene invece, attualmente, la sostanziale inesistenza di una politica industriale UE, considerando inadeguato a fondarla l'art. 173 TFUE che offrirebbe alla Commissione un inefficace ruolo di coordinamento di una competenza attribuita ai singoli Stati membri, L. Ammannati, *Per una politica industriale comune. Scelte di governance dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2024, 2, p. 371 ss. Sulla necessità

additional tool per l'intervento sui mercati [11], per creare un'offerta di beni e servizi ad alto valore innovativo, in modo da colmare il divario tecnologico che ci separa da Stati Uniti e Cina [12]. Più di recente, nondimeno, le istituzioni europee sembrano aver colto che l'autonomia tecnologica non sia soltanto una problematica, per quanto qui interessa [13], di sicurezza informatica e di sovranità digitale [14], quanto una questione di competitività o sovranità economica e industriale.

In verità, da sempre gli appalti sono anche uno strumento di politica industriale in uso però ai singoli Stati membri [15].

Tra le pieghe della roboante affermazione della sovranità digitale europea [16], l'uso dei contratti pubblici ad incremento della competitività fondata sull'innovazione viene adesso avocato al livello unionale [17] e, tra i fini settoriali di maggior interesse ai nostri fini, vi è il sostegno alla produzione europea di sistemi di intelligenza artificiale [18].

---

di utilizzare la base giuridica offerta dall'art. 114 TFUE, in luogo del citato art. 173, per promuovere la competitività europea, si vedano le convincenti considerazioni di F. COSTAMAGNA, *Il rilancio della competitività economica europea: ruolo e strumenti dell'Unione europea*, *ivi*, 2025, 1, p. 14 ss.

[11] Sull'uso dei contratti pubblici come strumento di politica industriale G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, pp. 723-728. Si veda anche E. BRUTI LIBERATI, *La nuova strategia industriale europea*, cit., p. 419, secondo cui «lo sviluppo di una politica industriale che abbia il fine di cambiare in profondità la struttura stessa del sistema produttivo europeo non può non implicare qualche adattamento nel modo in cui sono intese ed applicate le norme antitrust, quelle sugli aiuti di stato e quelle sui contratti pubblici». In senso analogo, G.F. LICATA, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, 2024, 2, p. 40, il quale, dopo aver evidenziato l'utilizzo della domanda pubblica come leva per favorire una diffusione qualificata dell'intelligenza artificiale, ricorda come ciò corrisponda all'«idea del contratto (non solo) come oggetto, ma anche come strumento di regolazione».

[12] La crisi del 2007-2008 sembra aver minato irrimediabilmente la fiducia nei mercati, creando i presupposti per rivedere quelli che apparivano paradigmi immodificabili del loro rapporto con lo Stato. È così che una politica industriale europea rinviene spazi di espressione per prevenire future crisi, non riconducibili al settore finanziario, ma ad altri mercati troppo esposti a una competizione internazionale, sostenuta e aiutata dai Paesi di origine delle imprese *extra* UE. Non a caso, è in corso una trasformazione delle norme sugli aiuti statali; in tema, se si vuole, M. PASSALACQUA, *In nome del* Green Deal*: metamorfosi del sostegno al credito*, in *Banca impr. soc.*, 2025, 2, p. 282 ss.

[13] Analoghe valutazioni potrebbero svolgersi infatti con riferimento all'autonomia energetica.

[14] Con specifico riferimento alle tecnologie informatiche, da tempo si è compreso che la grande concentrazione di potere nel settore del digitale, e soprattutto la sua collocazione fuori dall'Europa, rendono l'innovazione tecnologica delle pubbliche amministrazioni problematica, perché si rischia di far confluire presso poteri privati stranieri dati e sistemi in grado di soggiogare lo Stato stesso, attentando alla sua sicurezza o mettendo in discussione la sua capacità di adempiere ai fini primari, cfr. B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, *Le funzioni amministrative*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 75 ss., e in part. p. 94.

[15] Per un'applicazione eclatante, basti por mente alle finalità che si vorrebbero conseguire nell'annoso tentativo italiano di realizzare un «collegamento stabile tra la Sicilia e la Calabria», così recita il d.l. del 31 marzo 2023, n. 35, conv. nella legge 26 maggio 2023, n. 58 che riavvia l'iter realizzativo del c.d. ponte sullo Stretto, attraverso la prosecuzione del rapporto concessorio con Stretto di Messina S.p.A., la società aggiudicataria della gara del 2004.

[16] Dà conto dell'impiego di questa locuzione da parte di esponenti delle istituzioni europee, G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 3, p. 809 ss.

[17] Si consideri il caso esemplificativo di un'applicazione specifica dell'art. 173, par. 4, TFUE, secondo cui la politica industriale dell'Unione si realizza «attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni dei trattati». A partire da tale previsione normativa, si registrano interpretazioni di tipo evolutivo volte a garantire un avanzamento della politica industriale europea: F. MUNARI, *Riconciliare Competitività Industriale e cd. Twin Transition nell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2025, 1, pp. 5-6.

[18] D'altro canto, più in generale, in dottrina si è ritenuto che il nuovo approccio normativo,

Grazie al piano *Next Generation Eu*, come finanziato dal Dispositivo di ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility – RFF*), si inaugura il ricorso ai primi interventi settoriali. Come ben ci è stato recentemente ricordato [19], questa pianificazione è l'esempio di quanto lo Stato sia sempre un'istituzione macroeconomica che, con le sue scelte, può dare una razionalità ad azioni capaci di impattare sul mercato nel suo complesso, laddove i singoli non possono andare oltre l'interessenza con la sfera individuale [20].

Nell'ambito della sua politica industriale, l'Unione ha dunque deciso di utilizzare la domanda pubblica non solo per sostegno o stimolo come accaduto tradizionalmente [21], ma per creare nuovi mercati [22] (addossandosene il maggior rischio [23]) e rafforzare quelli strategici. I due profili sono in realtà intersecati: i nuovi mercati sono talvolta voluti in quanto strategici per l'autonomia europea, e dunque, anche per quest'ultimo aspetto fondamentali per garantire la competitività dell'Unione. Come vedremo (*infra*, §§ 4-5), la tecnologia può essere mezzo utile all'implementazione di entrambi gli obiettivi.

Nel primo senso, basti pensare all'attenzione per la promozione, anche attraverso la domanda pubblica, di tecnologie di frontiera attinenti ad esempio ai semiconduttori [24], culminata nell'adozione del c.d. *Chips Act* [25]. Si tratta di componenti utilizzati nelle infrastrutture critiche della sanità, dell'energia e delle comunicazioni e dunque oggetto di appalto da parte delle p.a.

Sulla seconda finalità, vi è stato un chiaro atto di indirizzo politico del Consiglio che sembra segnare un superamento della concezione del mercato dei

---

basato su regolamenti e non direttive, sia «chiaramente determinato a costruire il mercato digitale europeo», G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., p. 820.

[19] B. TONOLETTI, *L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato*, in questa *Rivista*, 2022, 1, p. 44, anche note 19 e 21, richiamando il pensiero dell'illustre economista Paolo Leon.

[20] Osserva che il dispositivo e i piani nazionali di ripresa e resilienza possono qualificarsi come programmazioni macroeconomiche preposte anche a creare nuova domanda, B. TONOLETTI, *L'investimento pubblico*, cit., p. 45.

[21] Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 3 ottobre 2017 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, par. 3.

[22] «On the demand side, European and national administrations have an important role to play in creating the market through public procurement», Rapporto Draghi, *The future of European competitiveness*, Part B, *In-depth analysis and recommendations*, settembre 2024, p. 62.

[23] L'intervento pubblico di assunzione di rischi da ignoto tecnologico cui i privati si ritraggono, ispirati da logiche di profitto a breve termine, pare una caratteristica tipica della funzione delle istituzioni di questo inizio di secolo. Sempre più spesso ad esse sono infatti demandati compiti di governo del rischio o meglio di *de-risking* e mitigazione, fungendo da propagatori di fiducia. In tema, se si vuole, M. PASSALACQUA, *In nome del* Green Deal, cit., p. 296 ss.

[24] *Orientamenti politici per il mandato della prossima Commissione europea nel periodo 2024-29*, illustrati dalla Presidente designata della Commissione europea, Ursula von der Leyen, il 18 luglio 2024, innanzi alla seduta plenaria del Parlamento europeo. Del resto, già la c.d. Agenda Digitale Italiana, conformata al Piano *Next Generation Eu*, «persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra Pubblica Amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi. Gli acquisti di innovazione, nel prossimo triennio, sono indirizzati prioritariamente alla sperimentazione di modelli di commercializzazione ed acquisto di sistemi di intelligenza artificiale ed alla crescita di capacità industriali nel settore, anche attraverso collaborazioni internazionali», Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, 2024-2026, cap. II, *Il procurement per la trasformazione digitale*.

[25] Regolamento (UE) 2023/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023, per la cui puntuale disamina si rinvia a M.B. ARMIENTO, *La "nuova" politica industriale europea: prospettive e problemi*, in *Studi parl.*, vol. 215, 2025.

contratti pubblici come settore di elezione per l'esercizio della regolazione economica. Il Consiglio ha, infatti, invitato la Commissione a rivedere il quadro giuridico in materia di appalti assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano tenere debitamente conto negli affidamenti della «necessità cruciale di autonomia strategica dell'Unione», riducendo le dipendenze dell'UE negli ecosistemi industriali più sensibili [26]. Sembra emergere un cambio di paradigma, laddove, dopo aver proclamato la promozione della concorrenza, si «sottolinea l'importanza che gli acquirenti pubblici mantengano flessibilità nel determinare la natura e *l'inclusione di considerazioni strategiche nelle rispettive procedure* (enfasi di chi scrive)» [27]; indicazioni analoghe, peraltro, si rinvengono pure nel Rapporto Draghi [28]. L'esperienza maturata nell'ambito degli appalti strategici dimostra però che, in assenza di prescrizioni normative precise, le singole amministrazioni non dispongono degli strumenti necessari per gestire i contratti in modo da promuovere simultaneamente concorrenza e dimensione strategica.

La soluzione è rimessa alla menzionata avviata revisione delle direttive sugli appalti pubblici, dove si intende normare l'acquisto preferenziale di prodotti europei in alcuni settori cruciali.

Nel frattempo, nel nostro ordinamento, il nuovo Codice [29] già riconosce al Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile il potere di elaborare specifiche politiche di acquisto di forniture e servizi predisponendo un piano nazionale dei servizi strategici per il Paese, ad alto contenuto di innovazione e di investimento in tecnologia, anche attraverso consultazioni periodiche degli operatori economici (art. 221, comma 8, d.lgs. n. 36/2023).

Inoltre, la legge chiamata a indicare le norme di dettaglio rimesse agli Stati membri dall'*AI Act* [30] sembra anticipare i descritti orientamenti europei laddove

---

[26] Così, Conclusioni del Consiglio *sulla relazione speciale n. 28/2023 della Corte dei conti europea*, *Accrescere la concorrenza leale ed efficace negli appalti pubblici di lavori, beni e servizi aggiudicati nell'UE*, 3 giugno 2024, C/2024/3521, par. 8.

[27] Cfr. *Orientamenti politici per la Commissione europea 2024-2029*, cit.

[28] «Proposal 6e. Review public procurement rules. Currently, the potential of public procurement for stimulating innovation is heavily underutilised in the EU, with most public procurement characterised by an excessive focus on minimising risks and meeting pre-specified requirements. [...] The EU should revise its rules and directives of public procurement to better emphasise its strategic importance for innovation. The EU should also [...] introduce more innovation-friendly IPR provisions», Rapporto Draghi, *The future of European competitiveness*, Part B, *In-depth analysis and recommendations*, cit., p. 255.

[29] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, costituente una delle riforme orientate dal Pnrr. Per i primi commenti in dottrina, si rinvia alla compiuta opera di R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, *D.Lgs 19 aprile 2023, n. 36*, Pacini, Pisa, 2024; nonché a F. MANGANARO-N. PAOLANTONIO-F. TIGANO (a cura di), *op. cit.*; R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022; ID., *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024; M.G. ANTONIOLI-A. MALTONI (a cura di), *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici: primi orientamenti e sfide future*, Giappichelli, Torino, 2025. Con specifico riferimento al tema dell'innovazione tecnologica, di grande interesse il lavoro di B. MARCHETTI-B.G. MATTARELLA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, Giappichelli, Torino, 2024.

[30] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828* (regolamento sull'intelligenza artificiale). Sulla proposta, si vedano per tutti C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta*

prevede che lo Stato e le altre autorità pubbliche indirizzino le piattaforme di *e-procurement* delle amministrazioni «in modo che, nella scelta dei fornitori di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale, possano essere privilegiate quelle soluzioni che garantiscono la localizzazione e l'elaborazione dei dati strategici presso *data center* posti nel territorio nazionale» [31].

Si realizza dunque una commistione tra ragioni di regolazione economica e ragioni di politica industriale, da risolversi tramite norme che vincolino a nuovi equilibri la discrezionalità amministrativa.

Per altro verso, grazie all'innovazione tecnologica, l'attuazione di alcune tipologie di indicazioni di politica industriale può giovarsi di quella che possiamo definire regolazione digitale (su cui *infra*, § 5).

Infatti, lo scopo strategico di volta in volta perseguito dovrebbe raggiungersi, in generale, coordinando le procedure di acquisto degli Stati membri mediante l'introduzione di requisiti *ad hoc* per le procedure di appalto pubblico, o in alternativa tramite una ulteriore regolamentazione delle specifiche per lavori, beni e servizi [32]. Così, l'uso degli appalti per creare una domanda pubblica stabile ad apertura dei relativi mercati [33] è pensato dalla Commissione, ad esempio, per promuovere l'adozione dei materiali avanzati [34], ovvero di tecnologie innovative

---

di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, p. 415 ss.; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2022, 4, p. 1085 ss.; C. SCHEPISI, *Brevi note sulla "dimensione europea" della regolamentazione dell'intelligenza artificiale: principi, obiettivi e requisiti*, in V. FALCE (a cura di), *Strategia dei dati e intelligenza artificiale. Verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 330 ss.; A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, II e III, il Mulino, Bologna, 2022; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, p. 1085 ss.; M. GRANIERI, *Una sinopsi comparativa e una prospettiva critica sui tentativi di regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Comp. dir civ.*, 2023, 2, p. 703 ss.; M. EBERS, *Standardizing AI. The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in L.A. DI MATTEO-N. CANNARSA-C. PONCIBO (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Per i primi commenti al testo approvato B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e* rule of law, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2024, 1, p. 49 ss.; F. FERRI (a cura di), *L'unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive*, in *Quad. Aisdue*, f. spec. n. 2/2024; S. CALZOLAIO-A. IANNUZZI-E. LONGO-M. OROFINO-F. PIZZETTI, *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2024; R. PETRUSO-G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm*, II, 2024, 4, p. 989 ss.; O. POLLICINO-F. DONATI-G. FINOCCHIARO-F. PAOLUCCI (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2025.

[31] Cfr. art. 5, comma 1, lett. d), legge 23 settembre 2025, n. 132, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, dove si prevede la stessa ubicazione anche per le procedure di *disaster recovery* e *business continuity*.

[32] Segnatamente, la Corte dei conti, nella Relazione speciale citata, ha formulato alla Commissione simili raccomandazioni, da questa recepite nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Bussola per la competitività dell'Ue*, cit., pp. 17-18.

[33] Più in generale, si pensi che nella elaborazione del prossimo Quadro Finanziario Pluriennale dell'Unione, la Commissione intende sfruttare il nuovo fondo per la competitività per mobilitare tutto il suo strumentario finanziario, assimilando gli appalti finanziati su tale strumento a sovvenzioni, prestiti e capitale azionario, in questi termini, Comunicazione *Bussola per la competitività dell'Ue*, 20 gennaio 2025, cit., p. 29.

[34] Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo al Comitato delle regioni, *Materiali avanzati per la leadership industriale*, 27 febbraio 2024 COM(2024) 98 final, par. 6. Per materiali avanzati s'intendono quelli progettati razionalmente per avere i) proprietà nuove o potenziate e/o ii) caratteristiche strutturali mirate o potenziate con l'obiettivo di conseguire prestazioni funzionali specifiche o migliorate. Vi sono compresi sia i nuovi materiali emergenti prodotti (materiali ad alta tecnologia), sia quelli ottenuti a partire da materiali tradizionali (materiali a bassa tecnologia). OECD, *working description on*

di produzione e di confezionamento di chip con una minore dipendenza dalle materie prime critiche.

La descritta nuova prospettiva di intervento pubblico può contare in fase attuativa nella maggiore efficienza che l'automazione sta apportando alle procedure di acquisto. Il ricorso all'intelligenza artificiale è infatti capace di rendere agili verifiche e controlli su eventuali nuovi requisiti tecnici di materiali e componenti oggetto degli appalti, difficilmente riscontrabili in tempi ragionevoli con il solo contributo umano.

Nei paragrafi successivi si illustrerà come le piattaforme digitali di *procurement* possano, in effetti, svolgere un ruolo fondamentale per l'utilizzo delle procedure di acquisto non solo a fini di regolazione economica.

Molte sono però le problematiche giuridiche che anticipano questo nuovo scenario.

Se la genesi della diffusione di dette infrastrutture telematiche può essere ricondotta a un'esigenza primaria di efficienza (*infra*, § 2), l'accesso al settore da parte di operatori privati, nella duplice veste di proprietari e gestori (*infra*, § 2.2.), introduce invece una serie articolata di criticità. Inoltre, l'uso di queste piattaforme di *e-commerce*, per come disciplinato nel Codice appalti, non pare sempre allineato alle prescrizioni dell'*AI Act* (*infra*, §§ 3 e 3.1.), che al contempo si rivela incapace di regolare la maggior parte dei rischi generati dalle medesime quando dotate di sistemi di intelligenza artificiale (*infra*, § 3.2.).

2. Le piattaforme telematiche per l'efficienza degli acquisti

La più attenta dottrina [35] ha registrato che negli approvvigionamenti pubblici è andato di fatto cambiando "come si compra": sempre più in maniera strutturata e aggregata su piattaforme digitali che tracciano ogni operazione e soprattutto fungono da accumulatori di dati.

Queste infrastrutture telematiche sono riuscite spontaneamente a intercettare le esigenze di centralizzazione della domanda pubblica [36], soddisfatte dal ricorso agli accordi quadro [37] e alle centrali di committenza, divenendone agile mezzo esecutivo.

---

advanced materials, disponibile al link: one.oecd.org. Tali materiali sono applicabili pure all'elettronica, per introdurre nuove funzionalità, connesse a concetti inediti di calcolo e di memoria, elettronica di potenza, comunicazione (comprese la trasmissione di segnali e la gestione termica per le prossime generazioni di reti 5G e 6G e superiori).

[35] G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali*, cit., p. 726. Cfr. Considerando 59 della direttiva 2014/24/UE: «Nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti». Si afferma così un modello di acquisti congiunti da parte di più enti pubblici o di più centrali di committenza a cui questi ultimi si rivolgono, sulla cui evoluzione si vedano ID., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2020, 4, p. 4680 ss.; 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, 1, p. 33 ss.; M. CAFAGNO, *Committenza (servizi di)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, vol. III, 2022, spec. pp. 244-252.

[36] Sull'aggregazione della domanda pubblica tramite integrazione tra amministrazioni giudicatrici, con riferimento all'esperienza europea, si veda G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica*, cit., p. 173 ss.

[37] In base alla definizione di cui all'art. 2, par. 1, pt. 14-15, della direttiva 2014/24/UE, l'«attività di centralizzazione delle committenze» è «attività svolta su base permanente, in una delle seguenti forme: a) l'acquisto di forniture e/o servizi destinati a enti aggiudicatori; b) l'aggiudicazione di appalti

Tuttavia, grazie all'evolversi delle intrinseche modalità di funzionamento, le piattaforme stanno acquisendo una loro dimensione autonoma rispetto alle procedure da eseguire.

Nella grammatica degli appalti, a mio avviso, queste piattaforme restano infrastrutture tecniche che svolgono funzioni di committenza ausiliarie, vale a dire una prestazione di supporto alle attività di committenza di singole amministrazioni o di centrali di acquisto, che consente agli enti aggiudicatori di affidare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi. Le piattaforme non sono dunque centrali di committenza, bensì «prestator[i] di servizi in materia di appalti» [38]. Esse svolgono, infatti, attività di preparazione o esecuzione degli acquisti "in nome e per conto" [39] dell'amministrazione, la quale resta esclusiva titolare del potere di dirigere gli acquisti.

2.1. L'intermediazione obbligatoria delle piattaforme imposta dal nuovo Codice

Nel d.lgs. n. 36/2023, per la prima volta si tenta di creare una disciplina centralizzata del ricorso alle piattaforme [40] che regolamenti organicamente un fenomeno da alcuni anni largamente diffusosi nella prassi [41]. Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono definite come un insieme di servizi e sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più delle attività in cui si articola la contrattazione e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici [42]. Per raggiungere lo scopo, interagiscono con i servizi sia della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BNCP) [43], sia della Piattaforma digitale nazionale dati (PDND) [44].

---

o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a enti aggiudicatori». Le attività ausiliarie alla committenza consistono invece «nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: a) infrastrutture tecniche che consentano agli enti aggiudicatori di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; b) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; c) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'ente aggiudicatore interessato».

[38] Un organismo pubblico o privato che offre attività di committenza ausiliarie sul mercato, cfr. art. 2, par. 1, pt. 17, della direttiva 2014/24/UE, cit.

[39] Rientrano infatti nell'attività di committenza ausiliaria sia la preparazione, sia la gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata.

[40] In tema, G. Avanzini, *Principi e diritti digitali. Commento all'art. 19 D.Lgs. 36/2023*, in R. Villata-M. Ramajoli (a cura di), *op. cit.*, p. 107 ss.; Id., *Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici. Commento all'art. 30 D.Lgs. 36/2023*, *ivi*, p. 149 ss.; B. Marchetti, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in B. Marchetti-B.G. Mattarella (a cura di), *op. cit.*, p. 45 ss. Si veda anche M.B. Armiento, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, pp. 148-159.

[41] A. Corrado, *Le innovazioni digitali e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in R. Cavallo Perin-M. Lipari-G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice*, cit., p. 93, denomina «digitalizzazione verticale» il ricorso di stazioni appaltanti, soggetti aggregatori e centrali di committenza più avanzate a piattaforme digitali che, al momento dell'emanazione del Codice, non erano però interoperabili; si veda in tema l'art. 58, d.lgs. n. 50/2016. L'autrice ricorda infatti il salto di qualità operato dalle norme del Codice con «la previsione dell'interoperabilità del sistema di *procurement* che consente di acquisire dati, di convertire l'attività amministrativa in dati e di trasmetterla per vari fini in maniera più veloce».

[42] Art. 25, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[43] Di cui è titolare in via esclusiva Anac che ne gestisce e sviluppa i servizi (cfr. art. 23, d.lgs. n. 36/2023).

[44] Gestita dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, è un'infrastruttura tecnologica prevista

Il nuovo testo di legge rende poi obbligatorio ciò che prima era rimesso alla scelta discrezionale delle stazioni appaltanti: alle piattaforme si deve necessariamente ricorrere per l'affidamento e l'esecuzione, ma anche per programmazione, progettazione [45] e pubblicazione dei contratti pubblici [46]. Pertanto, senza tale intermediario, le p.a. non possono più accedere al mercato. Le amministrazioni aggiudicatrici qualificate, singole o collettanee, devono necessariamente essere dotate, anche mediante accordi di utilizzo, di una piattaforma interoperabile e certificata [47].

La libertà di organizzazione dell'amministrazione riemerge quando si tratta di implementare la "qualità" delle piattaforme. «*Per migliorare l'efficienza*», queste ultime possono infatti essere integrate con IA [48] e *blockchain* (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 36/2023) [49], «nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia» [50]. Con riferimento all'automazione, le norme specifiche, allo stato, sono rappresentate dal menzionato regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, dalla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa *sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto* [51] e dalla recente normativa italiana di adeguamento all'*AI Act* cui si accennava sopra. Dalle disposizioni appena citate si deve necessariamente mutuare la definizione di IA, peraltro convergente e assai ampia [52], sebbene rivelatrice delle difficoltà di ricondurre il fenomeno ad una nozione unitaria [53].

---

fin dal 2017, realizzatasi solo nel 2022 grazie al finanziamento del Pnrr, cui devono obbligatoriamente aderire pubbliche amministrazioni, erogatori di servizi pubblici e società in controllo pubblico non quotate. Essa rende possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati, consentendo lo scambio di informazioni tra gli enti aderenti, per favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto per finalità istituzionali (cfr. art. 50-*ter*, d.lgs. n. 82/2005, introdotto dall'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 217/2017). In dottrina, se ne occupa A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 513 ss.

[45] Al di sopra di taluni valori soglia, cfr. art. 43, come modificato dall'art. 15, comma 1, d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, *Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, c.d. primo decreto correttivo al Codice; si veda anche la modifica dell'All. 1.7, soprattutto con riferimento alla progettazione di servizi e forniture.

[46] Cfr. anche art. 19, comma 3, come modificato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 209/2024, cit.

[47] Inserite in un elenco gestito da Anac e poste sul mercato in quanto ritenute adeguate a svolgere le attività necessarie per realizzare gli appalti pubblici, A. CORRADO, *Le innovazioni digitali*, cit., p. 95. Evidenzia come la certificazione sia anche una garanzia di forte interoperabilità, K. SHAHIN, *Contratti pubblici, governance dei dati e infrastrutture dell'*e-procurement*: l'esperienza trentina*, in B. MARCHETTI-B.G. MATTARELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 40.

[48] Nel Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, cit., si legge che «lo sviluppo dell'ecosistema digitale degli acquisti pubblici, nel prossimo triennio, è indirizzato prioritariamente ad incrementarne la robustezza, attraverso un processo diffuso di certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale, e a porre le basi per un radicale efficientamento, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale».

[49] Avanza il dubbio di un superamento dei limiti della legge delega, che in modo puntuale pone «come criterio direttivo per il legislatore delegato "l'individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte"» (art. 2, lett. t, legge n. 78/2022), G. AVANZINI, *Uso di procedure automatizzate*, cit., p. 151.

[50] Palesa perplessità per la genericità di tali limiti di impiego, A. BARTOLINI, *L'innovazione nel codice dei contratti*, in F. MANGANARO-N. PAOLANTONIO-F. TIGANO (a cura di), *op. cit.*, p. 45.

[51] Adottata il 17 maggio 2024 e già sottoscritta anche dall'Unione europea.

[52] Sistema automatizzato che, con indicazione di obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input ricevuto output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni capaci di influenzare ambienti fisici o virtuali. Sistemi di intelligenza artificiale diversi presentano disuguali livelli di autonomia e adattabilità dopo la diffusione, cfr. art. 3, par. 1, pt. 1), regolamento (UE) 2024/1689; art. 2, Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, CM(2024)52-final. Aveva a suo tempo paventato l'esigenza di un ampliamento della originaria più restrittiva definizione contenuta nella Proposta UE e di un suo allineamento con l'impostazione adottata dal Consiglio d'Europa, C. SCHEPISI, *Brevi note*, cit., p. 59.

[53] In quest'ottica, invita a considerare la dimensione plurale delle intelligenze artificiali, G.

2.2. L'esternalizzazione nel rispetto della riserva pubblica

Si è visto che le piattaforme digitali in esame non sono centrali di committenza, bensì prestatrici di servizi ausiliari (*supra*, § 2).

La distinzione assume particolare rilevanza perché la Corte di Giustizia, con una nota sentenza [54], ha precisato che in Europa le centrali di committenza sono necessariamente amministrazioni aggiudicatrici e dunque non offrono servizi su un mercato aperto alla concorrenza delle imprese private.

Si tratta di una precisa scelta di politica legislativa, esistendo certamente un mercato potenziale: è vietato ai soggetti privati offrire i medesimi servizi agli enti pubblici [55].

Il riscontro sistematico di tale soluzione si rinviene nell'art. 37, par. 4, direttiva 2014/24/UE che, come risaputo, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la prestazione di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le norme sugli appalti. La ragione è evidentemente legata al fatto che si tratta di un accordo tra amministrazioni pubbliche. Una centrale di committenza agisce pertanto in qualità di amministrazione aggiudicatrice, al fine di provvedere ai bisogni di quest'ultima, e non in quanto operatore economico ispirato dal proprio interesse commerciale.

Detta riserva dell'intermediazione commerciale dovrebbe evitare il rischio, paventato da attenta dottrina, dell'ingresso nel mercato di operatori privati che mettano al servizio degli acquisti loro infrastrutture, con conseguente riduzione «dello spazio pubblico di politica industriale del settore», come sta avvenendo, ad esempio, negli Stati Uniti, attraverso iniziative come *Amazon.gov* per gli appalti di importo contenuto [56].

Nel modello europeo, invece, tutti i poteri discrezionali che consentono una funzionalizzazione degli appalti al perseguimento degli interessi pubblici previsti dalla normativa – ad esempio la concorrenza e adesso, come si diceva, anche l'autonomia strategica e la competitività della UE (*supra*, § 1) –, continuano a far capo all'amministrazione pubblica, singola o aggregata in una centrale di acquisto.

Da questo punto di vista, non sembra dunque destare preoccupazione la possibilità, ammessa dall'ordinamento italiano, di privatizzare titolarità e gestione delle piattaforme digitali di *procurement*.

Infatti, da un lato, la facoltà di esternalizzazione pare inevitabile, stante l'impossibilità pratica per la maggior parte delle amministrazioni, di gestire lo sviluppo tecnologico al proprio interno, a causa della carenza di risorse e professionalità necessarie [57].

BUSIA, *Le nuove frontiere della trasparenza e le sfide dell'intelligenza artificiale per la contrattualistica pubblica*, Relazione al Convegno *Contratti pubblici e intelligenza artificiale*, Catania, 29 novembre 2024; del pari, ritenendolo preliminare ad ogni approfondimento giuridico, si sofferma nella distinzione delle tre principali forme di IA, B. MARCHETTI, *Qualche considerazione di metodo sui rapporti tra intelligenza artificiale, diritto e amministrazione pubblica*, in S. FRANCA-A. PORCARI-S. SULMICELLI (a cura di), *Le transizioni e il diritto*, Università di Trento, Trento, 2024, https://iris.unitn.it/, pp. 884-885; e ancora più diffusamente ID., *Amministrazione digitale*, cit., p. 78 ss.; per una ricostruzione tecnica, si rinvia a L. PORTINALE, *Intelligenza Artificiale: storia, progressi e sviluppi tra speranze e timori*, in *MediaLaws*, 2021, 3, p. 13 ss.

[54] Corte di Giustizia UE, Sez. II, 4 giugno 2020, C-3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l.* c. *Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac)*, parr. 63-64.

[55] Sembra di opinione parzialmente diversa M. CAFAGNO, *Committenza*, cit., pp. 250-251, il quale esorta il legislatore a definire meglio il regime della riserva pubblica.

[56] G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria*, cit., p. 4671.

[57] Si condividono pienamente le considerazioni più in generale espresse da B. MARCHETTI,

Dall'altro lato, l'esternalizzazione a privati [58], quando sussiste, risulta strettamente circoscritta alla disponibilità dell'infrastruttura materiale e alla sua gestione prettamente tecnica, limitata cioè a garantirne funzionamento, sicurezza e protezione dei dati personali.

Funzionalità, regole sostanziali e regole tecniche di funzionamento sono eterodeterminate dalla legge. Anche laddove residuino spazi di intervento per il fornitore-gestore privato, tale soggetto non è sottratto al potere di indirizzo della parte pubblica, purché le amministrazioni siano edotte della loro funzione e abbiano intenzione di esercitarla.

Attualmente, le piattaforme digitali certificate e interoperabili risultano essere numericamente consistenti e strutturalmente eterogenee. I titolari [59], ovvero i soggetti che ne detengono la proprietà e ne curano lo sviluppo tecnologico, sono affiancati da gestori autorizzati [60]. Quanto a forma giuridica, si rileva la presenza di società private, tra cui una a capitale pubblico obbligatorio, ma anche di enti pubblici e società *in house*, sovente centrali di committenza [61].

Il punto di forza di questo ecosistema digitale è la connotazione fortemente pubblicistica che si erge sul regime di riserva dell'intermediazione commerciale di cui si è detto.

Le piattaforme devono in particolare garantire la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale; la pubblicazione e la trasmissione di informazioni e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; l'accesso elettronico agli atti di gara; la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico; la presentazione delle offerte; l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie (art. 22, comma 2, d.lgs. n. 36/2023).

Evidentemente, ognuna delle fasi contemplate può essere implementata dall'IA. Le piattaforme possono inoltre certamente erogare servizi aggiuntivi, non essendovi alcuna preclusione di legge, ma solo se richiesti dal committente (cfr. *infra*, § 4). In ogni caso, tutte le funzionalità devono garantire la parità di accesso degli operatori, e non devono impedire o limitare la loro partecipazione

---

L'impiego dell'intelligenza artificiale, cit., p. 51, sulla astratta preferibilità, ma pratica impossibilità, per la maggior parte delle amministrazioni, di sviluppare *in house* le proprie applicazioni tecnologiche, per difetto di dimensioni e risorse adeguate.

[58] Meno problematica, l'esternalizzazione a soggetti sostanzialmente pubblici, come ad esempio Consip, che pure supporta con la sua piattaforma molte amministrazioni. Si tratta infatti di una stazione appaltante cui è riservata l'intermediazione commerciale.

[59] Titolare della piattaforma, o produttore, è il soggetto giuridico, pubblico o privato, proprietario dei diritti, anche non esclusivi, di almeno un componente essenziale della piattaforma e che mette a disposizione (eventualmente mediante contratti, convenzioni/accordi), sviluppa e mantiene il *software* della piattaforma conforme ai requisiti del Codice e delle regole tecniche emanate da AgID (par. 2.4, determina AgID, *Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*, emanata in data 1 giugno 2023, ai sensi dell'art. 26, d.lgs. n. 36/2023).

[60] Il gestore della piattaforma è il soggetto giuridico, pubblico o privato, responsabile della gestione dell'esercizio di un'istanza della piattaforma in conformità alle menzionate regole tecniche, coincidente con una stazione appaltante o dalla stessa incaricato, che ne garantisce il funzionamento, la sicurezza e la protezione dei dati personali (par. 2.4, determina AgID, *Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*, cit.).

[61] Secondo i dati aggiornati, le piattaforme certificate e interoperabili sono quasi un centinaio; i titolari risultano 48, mentre i gestori autorizzati sono 64. Tra questi, si hanno circa una ventina di società private, mentre la maggior parte restano, per ora, soggetti pubblici (molte regioni, città metropolitane, centrali di committenza e ordini degli architetti). Fonte: Anac, dati.anticorruzione.it.

alla procedura ovvero distorcere la concorrenza, inoltre deve essere assicurata l'immodificabilità dell'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara (art. 25, comma 2, d.lgs. n. 36/2023).

Sulle suddette funzionalità e requisiti tecnici ha potere regolamentare AgID (che è pure il loro certificatore), d'intesa con l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale [62].

3. L'integrazione dell'intelligenza artificiale nelle piattaforme di *e-commerce* pubblico

Le piattaforme digitali, a seconda di come siano in concreto configurate, possono dunque rappresentare una forma di automazione meramente esecutiva (o "debole") [63], oppure, in modo molto più sostanziale, un'automazione avanzata qualora vi siano integrati, per decisione discrezionale della stazione appaltante, meccanismi di intelligenza artificiale.

In merito, il diritto italiano sembra utilizzare la nota tecnica della "carota e del bastone".

Come si accennava, infatti, l'art. 30 del Codice lascia di fatto completamente libera la scelta dell'amministrazione di ricorrere a qualsiasi sistema di IA ammesso dal diritto europeo: si tratti della IA debole (*weak AI*) dei sistemi deterministici [64] o della IA forte (*strong AI*) [65] che si avvale di algoritmi di apprendimento profondo – automatico e autonomo [66] – sulla base di modelli non meramente deterministici (*if-then*), bensì stocastici [67].

---

[62] In realtà, il coinvolgimento di quest'ultima autorità è subentrato solo dopo l'emanazione della menzionata determina AgID in materia, a seguito del primo decreto correttivo al Codice, cfr. art. 26, d.lgs. n. 36/2023, come modificato dall'art. 10, comma 1, d.lgs. 209/2024, n. 209, cit.

[63] Distingue tra «digitalizzazione debole o documentale» – in cui la tecnologia si limita a favorire la «circolazione *machine to machine* di dati o documenti» – e «digitalizzazione forte o algoritmica», connotata dall'automazione totale o parziale delle decisioni, G. AVANZINI, *Principi e diritti digitali*, cit., p. 108.

[64] Vi sono compresi gli algoritmi rispondenti alla logica *if-then* e i sistemi esperti, i quali ultimi condividono con i primi la tracciabilità e prevedibilità delle decisioni, espresse grazie all'applicazione di un modello; infatti si basano anch'essi su regole logiche di tipo deterministico, ma integrate in una base di conoscenza complessa (derivata da esperti umani) e gestite da un motore inferenziale che seleziona e combina le regole rilevanti.

[65] Classificazione pacifica nella scienza informatica, cfr. L. PORTINALE, *Intelligenza Artificiale*, cit., p. 16.

[66] *Machine learning* che può sostanziarsi negli ormai noti *supervised learning*, nella fase iniziale di addestramento della macchina dai dati, e *deep learning*, quando l'addestramento avviene sfruttando le inferenze di una rete neurale a più strati (*deep neural networks*), cfr. *ivi*, «nonostante un neurone artificiale non abbia nulla a che fare con un neurone naturale, la ricostruzione semplificata dell'intera architettura del cervello, come fatta in una rete neurale artificiale, sembra essere in grado di replicare alcuni compiti importanti come la classificazione degli oggetti, il riconoscimento delle immagini, l'interpretazione delle frasi, e via dicendo».

[67] G. AVANZINI, *Principi e diritti digitali*, cit., p. 115, denuncia un cattivo coordinamento tra l'art. 19, comma 7, del Codice e l'art. 30, nella parte in cui il primo pone dei limiti al ricorso all'automazione della valutazione delle offerte molto più stringenti del secondo. La stessa ricorda che in altri ordinamenti, come Francia o Germania, il ricorso ad algoritmi di autoapprendimento è vietato o limitato alle attività vincolate, G. AVANZINI, *Uso di procedure automatizzate*, cit., p. 152. Giudica «ardita» la scelta del legislatore italiano, B. MARCHETTI, *L'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 55, ricordando che le nostre amministrazioni al momento impiegano IA *machine learning* solo per finalità ausiliarie e preparatorie, come indagato da E. CHITI-B. MARCHETTI-N. RANGONE,

Al contempo, la norma nazionale è molto più severa di quanto previsto dal regolamento europeo sull'IA nell'imporre la conoscibilità dell'algoritmo. In particolare, l'art. 30, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 prescrive alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, «nell'acquisto o sviluppo» delle soluzioni tecnologiche per l'automazione della loro attività, compresa l'intelligenza artificiale, di garantire sempre la «disponibilità» del codice sorgente [68], della relativa documentazione tecnica, nonché di ogni altro elemento utile alla comprensione delle logiche di funzionamento dell'algoritmo impiegato.

Al contrario, l'*AI Act* comprime i diritti di proprietà intellettuale e di segreto commerciale permettendo l'accesso al codice sorgente da parte dell'autorità di vigilanza subordinatamente a tre condizioni cumulative. Deve trattarsi di sistemi classificati ad alto rischio [69] e, come si argomenterà a breve (*infra*, § 3.2.), le piattaforme commerciali di norma non rientrano in questa categoria, neppure se al servizio di una p.a. Inoltre, l'intervento autoritativo è ammissibile solo qualora risulti necessario per verificare la conformità ai requisiti previsti dal regolamento europeo, cioè per fini di controllo, e a condizione che ogni altra forma di accertamento, come audit, prove o verifiche documentali, si sia dimostrata insufficiente [70].

La questione merita approfondimento per due profili.

Occorre, in primo luogo, porre in dubbio la conformità al diritto UE della disciplina nazionale che, stante il dettato letterale, sembra far recedere i diritti di proprietà e d'impresa rispetto alla trasparenza e conoscibilità del funzionamento dell'algoritmo. Tale opzione ermeneutica, pur muovendo da esigenze condivisibili di trasparenza e *accountability* algoritmica, pare tuttavia tradursi in un sacrificio eccessivo – e non sufficientemente bilanciato – delle prerogative proprietarie e della libertà d'iniziativa economica, costituzionalmente garantite. In altre parole, parrebbe che il legislatore nazionale, nell'interpretare l'art. 22 GDPR [71],

---

L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano: prove generali, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 497 ss. Più di recente, B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici*, cit., p. 2, sottolinea in generale che l'utilizzo decisorio di tali sistemi da parte delle amministrazioni si attesta al 2%, ma è in crescita esponenziale.

[68] Il *codice sorgente* è una creazione intellettuale consistente nell'insieme strutturato e ordinato di istruzioni redatte in un linguaggio di programmazione, che costituisce la forma originaria di un programma informatico, accessibile alla lettura e alla comprensione dell'essere umano. Esso si distingue dal *codice oggetto*, costituito da una sequenza di istruzioni binarie o simboliche, ottenuta mediante la trasformazione automatica del codice sorgente da parte di un compilatore o altro strumento, e direttamente eseguibile da un elaboratore elettronico. Secondo il Giudice europeo le «forme di espressione» di un programma per elaboratore sono quelle che consentono di riprodurlo in diversi linguaggi informatici, quali il codice sorgente e il codice oggetto» (Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, Sez. III, causa 393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace* c. *Ministerstvo kultury*, pt. 35). «L'operazione consistente nel trasformare il codice sorgente in codice oggetto reca invece il nome di "compilazione"» (Id., 6 ottobre 2021, Sez. V, causa 13/20, *Top System SA* c. *État belge*, pt. 35).

[69] Artt. 74, parr. 12-14, e 78, regolamento (UE) 2024/1689, cit.

[70] Art. 74, par. 13, regolamento (UE) 2024/1689, cit.

[71] Come noto, l'art. 22, regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) sancisce il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato – compresa la profilazione – che produca effetti giuridici o incida significativamente sulla sua persona. In tale contesto, è previsto che l'interessato abbia diritto a ottenere interventi umani, a esprimere la propria opinione e a contestare la decisione automatizzata. Questa disposizione, nel suo intento di limitare gli effetti potenzialmente opachi e discriminatori delle decisioni algoritmiche, è talvolta interpretata in senso estensivo per sostenere che, affinché i diritti dell'interessato possano essere effettivamente esercitati, sia necessario garantirgli un grado adeguato di comprensibilità e verificabilità del processo decisionale automatizzato. Per alcuni interpreti, ciò si traduce nell'obbligo per le amministrazioni di assicurare la trasparenza del funzionamento degli algoritmi

abbia compiuto una torsione eccessiva del principio di conoscibilità, elevandolo a criterio assoluto, laddove il diritto europeo impone invece un contemperamento tra interessi, anche alla luce del principio di proporzionalità. In tal senso, la piena disvelabilità del funzionamento dell'algoritmo, intesa in senso incondizionato e non graduato, rischia di oltrepassare la finalità propria della norma unionale, sconfinando in un'espropriazione surrettizia del *know-how* tecnologico e violando, in ultima analisi, l'equilibrio che il GDPR stesso intende preservare tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia della libertà economica. Al tema sarà dedicato il paragrafo successivo.

Il secondo aspetto da indagare concerne poi la valutazione della rischiosità dell'IA in uso alle piattaforme di acquisto (*infra*, § 3.2.).

3.1. «Disponibilità» del codice sorgente e diritti di proprietà intellettuale

Anche al fine di ricostruire il contesto di mercato in cui operano i fornitori di piattaforme per gli appalti pubblici, sembra utile verificare se, a diritto vigente, l'attenuazione automatica e generalizzata dei diritti di proprietà intellettuale e di riservatezza delle informazioni commerciali possa fondare la sua legittimità nella natura pubblica dell'acquirente, cui riconoscere una garanzia più estesa di quella accordata dal diritto europeo ai compratori privati. Questi ultimi, infatti, devono poter tecnicamente disporre del programma per elaboratore – anche modificandolo o riproducendolo – *solo al fine di poterlo usare* in conformità alla sua destinazione o per correggerne eventuali errori [72].

Come si diceva, la normativa italiana sembra imporre ai fornitori di rendere «disponibile» sempre e comunque il codice sorgente alla stazione appaltante, a prescindere da caratteristiche e peculiarità di offerta e promessa al pubblico, quindi, anche se si tratti di *software* proprietari venduti sul mercato e protetti dal

adottati – anche attraverso l'accessibilità al codice sorgente – in quanto elemento imprescindibile per valutare la correttezza, la non discriminazione e la legittimità del trattamento. Questa lettura si fonda anche su una combinazione sistematica dell'art. 22 GDPR con altri principi generali del regolamento, quali la trasparenza (art. 5, par. 1, lett. a) e il diritto a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata nei processi decisionali automatizzati (art. 15, par. 1, lett. h). Tuttavia, l'equazione volta a ricondurre la conoscibilità del funzionamento all'obbligo di disvelamento del codice sorgente non è priva di criticità. Essa trascura, infatti, il tenore letterale e sistematico del GDPR, che non impone in modo esplicito la *disclosure* integrale del codice sorgente, ma piuttosto la comunicazione di informazioni "significative", cioè funzionalmente comprensibili e sufficienti a consentire la tutela dei diritti dell'interessato. In quest'ottica, la trasparenza non coincide necessariamente con la totale apertura del codice, specie laddove ciò comporti un pregiudizio sproporzionato alla tutela del *know-how* o dei diritti di proprietà intellettuale del titolare.

[72] Art. 5, direttiva *relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore* del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 (2009/24/CE), che ha sostituito l'originaria direttiva 91/250/CEE del Consiglio. I programmi per elaboratore, in codice sorgente o in codice oggetto, sono infatti protetti come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna del 9 settembre 1886, nella sua versione risultante dall'Atto di Parigi del 24 luglio 1971. Stessa tutela è accordata dall'art. 10, par. 1, dell'accordo Trips, allegato 1 C dell'Accordo di Marrakech che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, approvato con la decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'*Uruguay Round* (1986-1994). Nel medesimo senso, gli artt. 2 e 4 del Trattato dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (Ompi) sul diritto d'autore, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 ed entrato in vigore nell'Unione europea il 14 marzo 2010. Più precisamente, nelle disposizioni citate, solo l'«espressione» di un programma per elaboratore è tutelata dal diritto d'autore, mentre non lo sono le idee e i principi alla base della logica, degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione, cfr. Considerando 11 e art. 1, parr. 1-2, Direttiva 2009/24/CE, nonché Corte di Giustizia, 2 maggio 2012, Grande Sezione, causa *SAS Institute Inc.* c. *World Programming Ltd*, pt. 3-7 e 32-35 e art. 2, pt. 8, legge 22 aprile 1941, n. 633.

monopolio intellettuale di cui alla menzionata direttiva UE o di programmi appositamente realizzati per la p.a. [73]. Il legislatore – peraltro avvalendosi di un supporto tecnico particolarmente avveduto [74] – ha evitato di imporre alle amministrazioni pubbliche, «nell'acquisto o sviluppo» di soluzioni tecnologiche per l'automatizzazione delle proprie attività, l'obbligo di acquisire la «titolarità» dei diritti patrimoniali d'autore sui programmi [75], né probabilmente avrebbe potuto farlo, anche a voler abrogare le diverse previsioni del Cad [76], perché simile obbligo di acquisto spesso può essere di fatto economicamente insostenibile per le nostre amministrazioni. Il nuovo Codice si limita dunque a richiedere la «disponibilità» del codice sorgente, accompagnato dalla relativa documentazione, al fine di consentirne la comprensione, non ricorrendo alla più appropriata terminologia usata, sia dal Codice dell'amministrazione digitale [77], sia dalla menzionata direttiva europea sui diritti d'autore [78].

Il riferimento alla «disponibilità» del codice sorgente implica un obbligo di consegna del medesimo alla pubblica amministrazione, affinché questa possa prenderne conoscenza, senza il pagamento di un corrispettivo dichiarato in modo trasparente nell'offerta. Anche tale ostensione – limitata allo studio del programma – è però soggetta, ai sensi della direttiva 2009/24/CE, a una riserva in favore del titolare dei diritti [79].

---

[73] I diritti di sfruttamento economico dei *software* "sviluppati" per conto della pubblica amministrazione sono rimessi alle libere pattuizioni contrattuali delle parti, cfr., in giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, III-*bis*, 14 febbraio 2017, n. 3769, secondo cui «nel caso di *software* personalizzato – ossia realizzato specificatamente per soddisfare le esigenze particolari di un cliente – eseguito su commissione, la regolamentazione dei diritti patrimoniali del programma per elaboratore non è predisposta dalla legge ma è rimessa alla libera pattuizione delle parti contrattuali nell'ambito del contratto per lo sviluppo del *software*».

[74] Come noto, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha deciso di affidare la formulazione del progetto di Codice dei contratti pubblici al Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 1, comma 4, legge delega n. 78/2022, cit. Una apposita Commissione speciale dell'organo giudicante ha dunque redatto lo schema normativo da sottoporre al Governo.

[75] Per una esemplificazione delle forme proprietarie, si vedano le espressioni suggerite da AgID, nelle *Linee guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni*, del 9 maggio 2019, par. 1.5. rubricato «Titolarità»: «il committente sarà titolare del *software* sviluppato»; «la proprietà della soluzione informatica oggetto del contratto farà capo al committente o all'amministrazione»; «al termine del contratto la proprietà intellettuale sulla soluzione informatica oggetto di sviluppo competerà all'amministrazione committente»; «tutti i diritti d'autore sul *software* sviluppato verranno trasferiti, a seguito del completamento dell'opera, all'amministrazione committente che ne diverrà titolare»; «tutti i diritti di sfruttamento economico sul *software* oggetto del contratto competono all'amministrazione committente».

[76] Il quale, dopo aver invitato le amministrazioni a ricorrere, in tutti i casi in cui sia possibile, a soluzioni applicative in cui il codice sorgente non sia proprietario (art. 68), all'art. 69, comma 2, impone che nei capitolati o nelle specifiche di progetto l'amministrazione committente sia sempre titolare di tutti i diritti sui programmi e i servizi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, appositamente *sviluppati* per essa, *salvo che ciò risulti eccessivamente oneroso per comprovate ragioni di carattere tecnico-economico* (corsivi aggiunti).

[77] Cfr. art. 69, commi 1 e 2, d.lgs. n. 82/2005, ma se ne veda anche l'art. 68, che sottopone a plurime condizioni «l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso».

[78] Art. 2, direttiva 2009/24/CE.

[79] In questo sta la differenza rispetto ai codici c.d. *open source*, di cui gli autori rendono pubblico il codice sorgente favorendone lo studio, l'utilizzo e permettendo a qualunque programmatore di apportare modifiche ed estensioni alla propria copia del codice. Sul punto, interessanti le precisazioni della Corte costituzionale, nell'unica sentenza che ad oggi si sia occupata di questa privativa: «nel linguaggio informatico il concetto di *open source* e *software* libero individua un modello volontario di licenza e sub-licenza per lo sfruttamento del diritto d'autore su un programma per elaboratore, che si fonda sulla diretta accessibilità al sottostante codice sorgente e sulla libera

Sebbene, effettivamente, l'applicazione della privativa agli acquirenti pubblici disposta dalla norma appaia eccessiva e non pienamente giustificabile, così è. Il sorgente può essere contrattualmente accessibile per volontà delle parti, ma si può dubitare della conformità al diritto europeo di una disciplina che imponga sempre l'accesso coattivo al codice, integrando automaticamente il contratto pubblico.

In base alla direttiva, la necessità del consenso del titolare del diritto di privativa è esclusa solo se si tratta di conoscere – «osservare, studiare o sperimentare» – il «funzionamento del programma» per usarlo, effettuando «le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione» di quanto acquistato, senza accedere al sorgente. Di contro, lo studio delle «forme di espressione del programma» [80], non sembra poter prescindere dal consenso del titolare [81] in base alla licenza d'uso, a pena di nullità della clausola contrattuale [82], salvo sia indispensabile per conseguire l'interoperabilità [83] con altri programmi [84]. In quest'ultima ipotesi, però, la norma europea impone il rispetto del principio di proporzionalità: le informazioni necessarie per ottenere l'interoperabilità non devono essere già facilmente e rapidamente accessibili in altro modo. Da qui la più avveduta formulazione dell'*AI Act*.

Non sembra poterci venire in aiuto neppure il diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali delle amministrazioni pubbliche professato dall'art. 86 del regolamento europeo. Intanto la disposizione reca una formulazione differente rispetto all'analoga norma italiana [85]. Si riferisce infatti soltanto ai sistemi

---

modificabilità del *software* concesso in uso secondo tale modello. La licenza di tipo *open source*, quindi, esprime la rinunzia volontaria del titolare del *copyright* ad utilizzare le facoltà escludenti tipiche di esso, così favorendo l'interesse degli altri operatori/utenti, sia a fruire della conoscenza del codice sorgente, sia ad utilizzare i prodotti sviluppati sulla base del primo. Attraverso la conoscenza del codice sorgente si può apprendere la struttura del programma, la logica posta alla base della sua realizzazione, ed è possibile effettuare qualsiasi intervento modificativo, anche al fine di conseguire una interoperabilità o integrazione con altri programmi. Per tali ragioni, nei tradizionali modelli contrattuali di concessione in uso del *software*, non è consentito all'utente di ottenere la disponibilità del codice sorgente», Corte cost., 22 marzo 2010, n. 122, Rel. *A. Criscuolo*.

[80] Evidentemente per fini diversi dal suo normale impiego, come ad esempio per adeguamento o implementazione. Ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. b), direttiva 2009/24/CE, sono attività di modifica quelle di traduzione, adeguamento, adattamento; parrebbe assimilabile a queste anche l'implementazione del programma funzionale a garantirne un miglior uso, trattandosi pur sempre di un adeguamento/adattamento.

[81] Art. 5, par. 3, direttiva 2009/24/CE.

[82] Art. 8, direttiva 2009/24/CE.

[83] Molto ben spiegata dal considerando 10 della direttiva 2009/24/CE: «I programmi per elaboratore svolgono la funzione di comunicare e operare con altri componenti di un sistema informatico e con gli utenti; a tale scopo è necessaria un'interconnessione e un'interazione logica e, ove opportuno, materiale per consentire a tutti i componenti *software* e *hardware* di operare con altri *software* e *hardware* e con gli utenti in tutti i modi in cui sono destinati a funzionare. Le parti del programma che assicurano tale interconnessione e interazione fra gli elementi del *software* e dell'*hardware* sono generalmente denominate "interfacce". Questa interconnessione e interazione funzionale è generalmente denominata "interoperabilità"; [...] definita come la capacità di due o più sistemi di scambiare informazioni e di usare reciprocamente le informazioni scambiate». Si ricordi che l'interoperabilità è comunque uno dei criteri di valutazione comparativa delle offerte di cui all'art. 68, comma 1-*bis*, lett. b), Cad, di cui si veda anche l'art. 73 sul sistema pubblico di connettività.

[84] *Ex* art. 6, direttiva 2009/24/CE. Se infatti, in tale ipotesi, si può prescindere dal consenso del titolare per decompilare il programma, ottenendo un codice quasi-sorgente, *a fortiori*, si deve ritenere legittimo l'accesso obbligatorio al codice per disposizione di legge pro-interoperabilità.

[85] Cfr. combinato disposto dall'art. 30, comma 2, lett. a) sull'accesso al codice sorgente e il successivo comma 3, lett. a), d.lgs. n. 36/2023, sul principio di conoscibilità e comprensibilità delle

ad alto rischio; inoltre presuppone un impatto negativo su salute, sicurezza o altri diritti fondamentali, come certamente il diritto di difesa [86], a conferma però che per il diritto europeo il codice sorgente non è mai «disponibile» a priori.

Nondimeno, l'accesso al sorgente contro la volontà del titolare della riserva, anche riproducendolo o modificandolo, è possibile quando si tratti di correggere errori [87], i quali tuttavia devono essere provati.

Come evidenziato dal Giudice europeo, «in assenza di un rinvio al diritto degli Stati membri e di definizione pertinente nella direttiva 91/250, la nozione di "errore", ai sensi di detta disposizione, deve essere interpretata conformemente al senso abituale di tale termine nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto nel quale si inserisce e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte» [88]. Nel settore dell'informatica, un errore designa comunemente un difetto riguardante un programma per elaboratore che è all'origine di un malfunzionamento di quest'ultimo [89]. «Inoltre, conformemente alla finalità dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 91/250 [...], un siffatto difetto, che costituisce un errore ai sensi di tale disposizione, deve incidere sulla possibilità di fare un uso del programma di cui trattasi conforme alla sua destinazione» [90].

Alla luce dell'estensione della riserva privata, altra parrebbe allora la clausola contrattuale da eterodeterminarsi. Anche perché, a ben vedere, la normativa italiana, se davvero sottendesse una cessione obbligatoria gratuita della proprietà intellettuale del codice sorgente a favore dei contraenti pubblici, sembrerebbe suscettibile di sollevare rilevanti dubbi di legittimità rispetto alle garanzie costituzionali riconosciute al diritto di proprietà [91] e di impresa.

Più limitatamente, si dovrebbe interpretare la norma, ritenendo che essa

---

decisioni assunte mediante automazione, «per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata», da leggersi anche in relazione al precedente art. 19 che più in generale impone, nella digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, il rispetto del principio di trasparenza.

[86] Con riferimento all'accesso al codice sorgente da parte di terzi, l'art. 35, commi 4 e 5, d.lgs. n. 36/2023 su «Accesso agli atti e riservatezza», nel delineare una disciplina speciale, dispone: «4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione: […] b) sono esclusi in relazione: […] 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale». Il successivo comma 5 ammette nondimeno una deroga consentendo «l'accesso al concorrente, *se indispensabile* ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara» (corsivo aggiunto); sulla nozione di indispensabilità si veda l'ordinanza del TAR Piemonte, Torino, I, 20 novembre 2024, n. 1269, nonché la recente sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857, secondo G. GARDINI (*Dall'amministrazione analogica all'amministrazione per algoritmi. Varianti e invarianti di un processo evolutivo*, in *Dir. amm.*, 2025, 3, p. 756, in part. nota 40), in discontinuità con i diversi orientamenti espressi dal giudice amministrativo. Finora, infatti, la giurisprudenza, in settori diversi dai contratti pubblici, ai sensi degli artt. 22 e 24 della legge n. 241/1990, ha riconosciuto, con convincenti argomentazioni, il diritto di accesso al codice sorgente di programmi utilizzati per lo svolgimento di attività amministrativa valutativa d'interesse pubblico, invocando sia l'art. 97 (si trattava di garantire la trasparenza nello svolgimento dei pubblici concorsi), sia l'art. 24 Cost., cfr. TAR Lazio, Roma, III-*bis*, 22 giugno 2020, n. 7370 e n. 7526; Cons. Stato, III, 6 luglio 2017, n. 4336; TAR Lazio, Roma, III-*bis*, 14 febbraio 2017, cit. e n. 3742.

[87] Art. 5, par. 1, direttiva 2009/24/CE.

[88] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2021, cit., pt. 58; Id., 3 giugno 2021, Grande Sez., causa 650/18, *Ungheria* c. *Parlamento*, pt. 83 e giurisprudenza ivi citata.

[89] Così Corte di Giustizia, 6 ottobre 2021, cit., pt. 59.

[90] *Ivi*, pt. 60.

[91] I diritti d'autore sono espressione del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.

imponga alle amministrazioni di prevedere nei bandi e capitolati di gara e di poi nei contratti di approvvigionamento aventi ad oggetto *software* proprietari mediante licenza di uso, la possibilità futura di acquistare i diritti di modificazione del programma (la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento e ogni forma di implementazione) e di studio per motivi di trasparenza. La competizione si estenderebbe così anche alle condizioni di prezzo per tale autorizzazione futura, in modo da evitare modificazioni nel corso dell'esecuzione del contratto o esborsi attuali per sorgenti non utili nell'immediato all'amministrazione. Simile eterodeterminazione limitativa dei diritti di cui agli artt. 41 e 42 Cost., motivata anche sui vincoli di finanza pubblica, mi parrebbe giuridicamente assai percorribile.

Dalla riflessione svolta possiamo trarre un'ulteriore avvertenza. Le criticità sottese all'obbligatoria messa a «disposizione» del sorgente sconsigliano di replicare la clausola in settori ulteriori rispetto alle piattaforme digitali o addirittura di generalizzarla ad ogni uso di sistemi di IA da parte delle p.a. L'incremento dei rischi di contenzioso, associati all'aumento dei produttori riguardati dalla «disponibilità» obbligatoria, si unirebbe alla fuga degli operatori più innovativi dal mercato delle forniture pubbliche, con decremento della concorrenza e dell'efficienza.

L'interpretazione proposta nel testo pone tuttavia in evidenza i limiti della esaminata disciplina europea, fonte di un monopolio intellettuale probabilmente troppo esteso, quanto meno per la parte in cui è applicabile all'acquirente pubblico, privo di ambizioni di sfruttamento commerciale. Il rischio è di vanificare parte degli sforzi volti a utilizzare i contratti pubblici come strumento di sostegno dell'innovazione tecnologica europea (su cui ci siamo soffermati *supra*, § 1). Nell'ordinamento nazionale, l'esigenza di rispettare innegabili canoni di legalità algoritmica [92], adesso codificati nel comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 36/2023, sul crinale di un conflitto tra l'obbligo di dare «informazioni significative sulla logica utilizzata» e i diritti di proprietà intellettuale, potrebbe indurre l'amministrazione a scegliere o di non avvalersi di intelligenza artificiale o di acquisire la titolarità del *software*.

Per tutti i motivi e gli ambiziosi obiettivi illustrati, si sta allora chiedendo alle amministrazioni europee di interagire sempre di più con mercati digitali assai sviluppati, connotati da poteri dominanti conglomerali, profondi e opachi [93] sebbene forieri di un'innovazione che è interesse generale continuare a incentivare, al contempo, consentendo, in modo profondamente "iniquo" [94], che i costi delle

---

[92] E. CARLONI, *I principi di legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm*., 2020, 2, p. 271 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici, predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, pp. 85 ss., 93 ss. e 107 ss. Molto critico sull'effettività di tali principi dello *human in the loop*, di conoscibilità e di non discriminazione, coniati dalla giurisprudenza amministrativa e adesso normati dal Codice, A. BARTOLINI, *L'innovazione*, cit., p. 45, il quale li ritiene presidi idonei per l'impiego di algoritmi deterministici, ma non risolutivi per i sistemi in cui l'IA operi in base a meccanismi di autoapprendimento. Convincenti le meditate riflessioni di B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici*, cit., p. 54 ss., dove si pone in luce la difficile subordinazione degli algoritmi di apprendimento automatico alla *rule of law*, sottolineando come le criticità non si arrestino all'uso decisorio dell'IA. Sul principio di non discriminazione algoritmica nelle procedure di gara, molto utili le approfondite riflessioni di ID., *L'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., pp. 59-63.

[93] Molto ben descritti da M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, il Mulino, Bologna, 2022, *passim*.

[94] Ricorda come il DMA (Regolamento UE/2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (Ue) 2019/1937 e (Ue) 2020/1828 regolamento sui mercati digitali*) non intenda assicurare solo la contendibilità ma anche l'equità dei mercati digitali, F. DONATI, *La regolazione economica nel nuovo modello europeo di disciplina dei mercati*, in questa *Rivista*, 2024, 2, pp. 371-372; in tema, L.

rendite da monopolio ricadano massicciamente sul cittadino [95]. Questi, come contribuente, è spesso chiamato ad addossarsi i costi connessi ai diritti di esclusiva, mentre in veste di utente dei servizi, subisce gli effetti negativi di una trasparenza, frequentemente raggiungibile solo su richiesta e con grande dispendio di risorse, il cui più significativo esempio è dato dai consulenti tecnici indispensabili per comprendere un codice sorgente da confrontare con la spiegazione della p.a. [96]. Si confida che simili criticità, suscettibili di ricorrente manifestazione, possano essere affrontate attraverso gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA (*regulatory sandboxes*) [97], da istituirsi negli Stati membri [98], nel

---

AMMANNATI, *La regolazione al tempo della sostenibilità e degli algoritmi*, in *Pa pers. amm*., 2024, 2, p. 69 ss. Avverte che la «fairness è un obiettivo di politica pubblica da tempo conosciuto nel diritto eurounionale, anche antitrust», M. RAMAJOLI, *Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, *ivi*, pp. 331-332; in effetti, C. OSTI, *Il merito del sui meriti: indagine sulla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Merc. conc. reg*., 2024, 1-2, p. 41 ss., riesce a dimostrare come la Corte di Giustizia abbia applicato l'art. 102 TFUE alla luce della competizione sui meriti, assegnando all'etica degli affari e alla correttezza un ruolo storico nell'applicazione del diritto della concorrenza.

[95] Censura ferocemente la disciplina giuridica del sistema brevettuale, i cui meccanismi protezionisti sono assimilabili alla legge feudale, K. PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019, trad. it., *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Luiss University Press, Roma, 2021.

[96] Critica l'omessa previsione da parte del Codice di «quale sia o come si esprima» la motivazione di tali provvedimenti algoritmici, G. AVANZINI, *Uso di procedure automatizzate*, cit., p. 154. Osserva che nei sistemi di apprendimento automatico la motivazione della decisione non è equiparabile al modello imposto dall'art. 3, legge n. 241/1990, potendosi al più sostanziare in un «resoconto delle caratteristiche del sistema e dei *data set* utilizzati per farlo lavorare», B. MARCHETTI, *L'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., pp. 56-47. Del resto, la stessa giurisprudenza amministrativa che si è inteso codificare nel Codice si rifà agli artt. 13 e 14 del Regolamento GDPR, in tema di processi decisionali automatizzati, così comprovando il riconoscimento di garanzie assai "spuntate", in quanto rimettono la correttezza e trasparenza semplicemente all'obbligo per il titolare del trattamento di fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato», cfr. B. MARCHETTI, *La garanzia dello* human in the loop *alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2, p. 376. Sulle ormai note e condivise difficoltà di coniugare gli obblighi motivazionali con l'operatività di algoritmi di autoapprendimento, diffusamente F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms. That Control Money and Information*, Harvard University press, Cambridge, 2015.

[97] Il recinto di sabbia è un "ambiente normativo protetto" che ammette temporaneamente deroghe alle regole, allo scopo di incentivare le imprese a sperimentare testando la messa in produzione di nuovi prodotti e servizi, nella consapevolezza di beneficiare di semplificazioni o esoneri normativi e di attenuazioni o esenzioni da sanzioni. Nel nome dell'innovazione, in questo laboratorio normativo, alle imprese è consentito sbagliare sotto controllo pubblico, in cambio si sottopongono ad una interazione costante con il regolatore-supervisore, consentendogli di acquisire molte informazioni per disciplinare al meglio il fenomeno innovativo, senza ostacolarne lo sviluppo. In Europa, i primi ad avvalersi di questo metodo regolatorio sono stati, nel 2015, il governo olandese (www.greendeals.nl) e inglese (www.fca.org.uk). Il tema ha già suscitato l'attenzione della dottrina, cfr. F. SARPI, *La regolazione di domani. Come adeguare il processo normativo alle sfide dell'innovazione*, in *Riv. it. pol. pubbl*., 2018, 3, pp. 449-452; A. MERLINO, Regulatory sandbox. *Una nuova prospettiva ordinamentale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022; M.T. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle* regulatory sandboxes *da FinTech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, 2022, p. 18; F. BAGNI, *The Regulatory Sandbox and the Cybersecurity Challenge: from the Artificial Intelligence Act to the Cyber Resilience Act*, in *Riv. it. inf. dir*., 2023, 2, p. 201 ss.; L. AMMANNATI-G.L. GRECO, *Il* credit scoring *'intelligente': esperienze, rischi e nuove regole*, in L. AMMANNATI-A. CANEPA (a cura di), *La finanza nell'età degli algoritmi*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 39 ss.; M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2024, 3, pp. 869-873. Molto interessanti le esemplificazioni che si rinvengono nel documento di lavoro della Commissione, *Regulatory learning in the Eu. Guidance on regulatory sandboxes, testbeds, and living labs in the EU, with a focus section on energy*, 29 agosto 2023, SWD(2023) 277/2 final.

[98] Cfr. Considerando 139 e 143, regolamento (UE) 2024/1689, cit., dove si legge «Gli Stati membri dovrebbero fornire alle pmi, comprese le start-up, con sede legale o una filiale

numero di almeno uno a nazione, entro il 2 agosto 2026 [99].

Sembra comunque emergere la contraddizione di fondo di mercati digitali radicati su un protezionismo delle idee [100], che necessiterebbe di essere mitigato almeno nei limiti di una minima riconduzione ai canoni della democrazia economica [101]. Per rendersi conto della portata del fenomeno può essere utile abbinare due dati: in Europa, solo il 9% delle nostre piccole e medie imprese possiede una proprietà intellettuale protetta, rispetto a oltre il 55% delle grandi imprese [102]; nelle tecnologie digitali i brevetti *extra*-Ue rappresentano circa il 70% delle domande di brevetti digitali [103].

3.2. Regolare i rischi tra infrastrutture critiche e sistemi di IA

Nonostante siano emersi dubbi in tal senso, a mio avviso, le piattaforme di *e-commerce* pubblico si devono escludere dall'applicazione della normativa più restrittiva prevista per i sistemi di IA ad alto rischio [104]. Innanzitutto, dobbiamo

---

nell'Unione, un accesso prioritario agli spazi di sperimentazione normativa per l'IA, purché soddisfino le condizioni di ammissibilità e i criteri di selezione e senza precludere ad altri fornitori e potenziali fornitori l'accesso agli spazi di sperimentazione, a condizione che siano soddisfatti gli stessi criteri e le stesse condizioni». Se ne vedano anche gli artt. 57-58.

[99] Art. 57, regolamento (UE) 2024/1689, cit., come attuato dall'art. 20, commi 1, lett. c) e 3, legge n. 132/2025, cit., che affida ad AgID e all'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale il compito di assicurare l'istituzione e la gestione di questi spazi di sperimentazione, in collaborazione con un comitato di coordinamento delle altre pubbliche amministrazioni e autorità indipendenti presso la Presidenza del Consiglio. Si vedano anche i diversi «spazi di sperimentazione e sviluppo», previsti dal menzionato Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, in corso di attuazione nella bozza AgID di *Linee guida per l'adozione di IA nella pubblica amministrazione*, adottate con determina n. 17/2025, la cui consultazione si è conclusa fin dal marzo 2025.

[100] Distingue tra diritto antitrust classico (analogico), diritto della concorrenza moderno e diritto anti-monopoli contemporaneo (digitale), L. ARNAUDO, *Breve storia delle idee*, seminario dottorale, 2 aprile 2025, Università di Pisa, sottolineando come l'attenzione delle Autorità garanti della concorrenza si è spostata dai cartelli ai «monopoli di dominanza», tipici dei settori a tecnologie complesse fondati su «*Intellectual Monopoly Rights*»: «il tentativo in corso è di intervenire sulla struttura dei mercati convergendo con la regolazione per governare la naturale tendenza "estrattiva" di breve termine propria di un'economia brevettuale e profilatrice».

[101] In tema, fondamentale l'opera di G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997; più di recente, O. ANDRIYCHUK, *Introduction: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market: A New Look*, in O. ANDRIYCHUK (eds.), *Antitrust and the Bounds of Power. 25 years on*, Hart Publishing, Oxford, 2023.

[102] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Relazione 2025 sul mercato unico e la competitività*, p. 14.

[103] Commissione europea, Direzione generale Joint Research Centre, *The geography of EU green and digital inventions and their knowledge sources*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2023.

[104] Sulla regolazione di rischio, si rinvia a G. MAJONE, *Risk and regulation: issues for discussion*, Oecd Working Party on Regulatory Management and Reform, 24 aprile 2006, p. 5 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Risk-based Regulation*, in *Understanding Regulation*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 281-295; A. ALEMANNO, *Regulating the European Risk Society*, in A. ALEMANNO-F. DEN BUTTER-A. NIJSEN-J. TORRITI (eds.), *Better Business Regulation in a Risk Society*, Springer, New York, 2012, p. 37 ss.; M. MACENAITE, *The "Riskification" of European Data Protection Law through a two-fold Shift*, in *Eur. Journal of Risk Regulation*, 2017, 3, p. 506 ss.; R. GELLERT, *The Risk-Based Approach to Data Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020. Per la specificità dell'approccio al rischio dell'*AI Act*, T. MAHLER, *Between Risk Management and Proportionality: The Risk-based Approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal*, Nordic Yearbook of Law and Informatics, Eddy.se ab, Visby, 2021, p. 258 ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del*

muovere dalla constatazione che le piattaforme sono estranee ai beni riguardati dalla normativa di armonizzazione dell'Unione, a base dell'individuazione della prima categoria di sistemi di IA ad alto rischio [105]. Sono però da considerarsi ad alto rischio anche i sistemi inseriti nell'annesso III del regolamento europeo. Ai fini che qui interessano, assume rilievo esclusivamente il punto 2, concernente le «infrastrutture critiche» [106] di cui alla direttiva Cer (*Critical Entities Resilience*) [107], alle quali le piattaforme di acquisto possono, in via astratta, essere ricondotte. Ciò non già in quanto gestori di "mercati" *on line* [108] – difettando peraltro di rapporti con i consumatori [109] –, bensì perché fornitori di servizi a soggetti critici [110], vale a dire i gestori di servizi essenziali per il mantenimento di funzioni vitali della società o di attività economiche, della salute e della sicurezza pubblica o dell'ambiente [111].

---

rischio, in *Dir. inf.*, 2022, 2, p. 303 ss.; G. De Gregorio-P. Dunn, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Rev.*, vol. 59, 2, 2022, p. 497 ss.

[105] Art. 6, par. 1, lett. a) e b), regolamento (UE) 2024/1689, cit.

[106] Un elemento, un impianto, un'attrezzatura, una rete o un sistema o una parte di un elemento, di un impianto, di un'attrezzatura, di una rete o di un sistema, necessari per la fornitura di un servizio essenziale.

[107] La direttiva 2008/114/CE del Consiglio (recepita dal d.lgs. n. 61/2011) ha rappresentato la prima normativa europea in materia, nella quale si stabiliva una procedura di designazione delle infrastrutture critiche europee per i soli settori dell'energia e dei trasporti. La più recente direttiva (UE) 2022/2557 del Parlamento e del Consiglio del 14 dicembre 2022 (attuata dal d.lgs. n. 134/2024) ha superato il precedente approccio settoriale, disciplinando una pluralità di infrastrutture transfrontaliere vitali per il mercato unico. Non è questa la sede per ulteriori approfondimenti, per cui si rinvia a M. Farina, *Le infrastrutture critiche*, in R. Giordano-A. Panzarola-A. Police-S. Preziosi-M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 553 ss. Si veda anche Eu-Nato, Task Force on the Resilience of Critical Infrastructure, *Final Assessment Report*, 29 giugno 2023, ec.europa.eu.

[108] Le piattaforme di *e-commerce* possono avere problemi di cybersicurezza e sono pertanto sottoposte alla direttiva NIS 2 (su cui *infra* nella presente nota), ma non sono di per sé infrastrutture critiche, non rientrando nell'elenco di cui al pt. 8 dell'annesso unico alla direttiva Cer, attuato dall'art. 2, pt. 8, regolamento delegato (UE) 2023/2450 della Commissione del 25 luglio 2023, recante l'elenco non esaustivo dei servizi essenziali. Sulla sicurezza informatica esiste infatti un copioso e specifico plesso normativo, rappresentato, in primo luogo, dall'aggiornamento del *Network and Information Security*, c.d. NIS 2, di cui alla direttiva UE/2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022 (attuata con d.lgs. n. 138/2024), che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 e la direttiva (UE) 2018/1972 e abroga la direttiva (UE) 2016/1148 (c.d. NIS), con ampliamento dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle norme sulla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, cui associare l'imposizione di requisiti dettagliati. In secondo luogo, va ricordato il *Cybersecurity Act*, di cui al regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza, e alla certificazione della cybersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, cui l'ordinamento nazionale ha dedicato il d.l. n. 105/2019 sulla sicurezza cibernetica, che individua il perimetro di sicurezza nazionale, rinviando a plurimi atti attuativi. Infine, merita menzione il *Cyber Resilience Act* (CRA), regolamento (UE) 2024/2847 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024. In dottrina, si sofferma sulla ricostruzione della complessa disciplina anche per valutarne l'impatto sugli acquisti pubblici, T. Cocchi, *La cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici: un tentativo di ricostruzione delle regole del gioco tra requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed esigenze di certezza*, in *Munus*, 2024, 1, p. 177 ss.; si veda anche G. Romagnoli, *Lo Stato regolatore e i suoi limiti a fronte del* cyber risk, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2024, 1, p. 159 ss. Si noti che l'attuazione della normativa appena menzionata ha reso necessario il recente citato (*supra*, § 2.2.) coinvolgimento dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale nella determinazione dei requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento, cfr. art. 26, d.lgs. n. 36/2023, come modificato dal primo decreto correttivo.

[109] Cfr. art. 6, par. 1, pt. 28, della direttiva NIS 2.

[110] Cfr. art. 2, pt. 5 e pt. 9 dell'annesso unico alla direttiva CER, nonché Considerando 20.

[111] Si tratta appunto di energia, trasporti, acqua potabile e fognature, sanità, spazio, banche e

Ne consegue che anche taluni settori sensibili, non espressamente enumerati nel punto 2 sopra richiamato – che opera una distinzione tra reti fisiche (esplicitamente menzionate [112]) e l'ormai più ampia categoria delle reti informatiche [113] – risultano di fatto ricompresi. Rientrano tra questi alcuni servizi di comunicazione elettronica e, più in generale, servizi digitali forniti alle amministrazioni centrali, previamente individuate dagli Stati membri [114].

La sussunzione nell'*AI Act* della fattispecie in esame è però molto puntuale. Vi restano infatti sottoposti solo i sistemi di IA utilizzati come «componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali critiche», con esclusione di quelle aventi unicamente fini di cibersicurezza. Il rischio è infatti considerato alto perché relativo all'integrità fisica di queste reti, quindi alla salute e alla sicurezza delle persone e dei beni. Tale aspetto è chiarito dal Considerando 55 del medesimo regolamento, che, tra gli esempi riportati, menziona i sistemi di controllo degli incendi nei centri di *cloud computing*.

Simile riscontro della sicurezza rimesso ad un algoritmo presuppone una materialità dell'infrastruttura rinvenibile anche nelle piattaforme di *e-commerce*, appunto definite dal Codice (*supra*, § 2.1.) quale insieme «dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti», dedicati allo svolgimento della procedura. Se i servizi informatici hanno una connotazione immateriale, i sistemi si avvalgono anche di dispositivi, dotati di consistenza tangibile. Solo questi ultimi presentano una dimensione fisica che astrattamente potrebbe essere monitorata e protetta da un sistema di IA.

In definitiva, gli algoritmi utilizzati per il mero funzionamento della piattaforma, a supporto del procedimento ad evidenza pubblica ed eventualmente della decisione, sono destinati a non essere raggiunti dal giudizio di elevata rischiosità.

Sebbene tali piattaforme siano considerate per legge non ad alto rischio, se non per lo strettissimo profilo appena esposto, a fini interpretativi è molto utile soffermarsi sulla disciplina della limitazione dall'ambito di applicazione della norma, dettata dall'art. 6, par. 3, del regolamento. Vi si prevede infatti che un sistema di IA di cui all'annesso III non è, comunque, considerabile ad alto rischio qualora non presenti «un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare

---

infrastrutture dei mercati finanziari, talune infrastrutture digitali di cui fanno parte le reti di comunicazione, settore alimentare, servizi forniti a enti delle pubbliche amministrazioni centrali. La crescente pervasività della categoria trova conferma nella Comunicazione *Bussola per la competitività dell'Ue*, 20 gennaio 2025, cit., p. 18-19.

[112] Si richiamano, infatti, i componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture critiche fisiche del traffico stradale o nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità.

[113] Ricondotte all'unitaria categoria delle «infrastrutture digitali critiche», sempre più spesso dotate anche di componenti fisiche, basti pensare ai cavi sottomarini in fibra ottica o ai *data center* per l'archiviazione e lo scambio dei dati, sia terrestri sia sottomarini.

[114] Conformemente al diritto nazionale, ai sensi dell'art. 2, pt. 10, della direttiva CER, con esclusione di giustizia, parlamenti e banche centrali. Al momento, l'individuazione è in corso di elaborazione. La piattaforma Consip è già stata considerata erogativa di un servizio essenziale ai sensi della normativa sulla cibersicurezza, cfr. art. 2, comma 1, lett. b), D.P.C.M. 30 luglio 2020, n. 131; per tale specifico profilo, si vedano adesso l'art. 6 e gli all.ti 1 e 3, d.lgs. n. 138/2024, che, secondo l'approccio "coordinato" imposto dalla direttiva NIS 2, rimette parte dell'individuazione dei soggetti critici alla determinazione operata dall'art. 8, d.lgs. n. 134/2024, di recepimento dell'appena menzionata direttiva (UE) 2022/2557. Per ovvi motivi, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, contenente l'elenco dei soggetti critici, non è soggetto a pubblicazione ed è escluso dall'accesso.

materialmente il risultato del processo decisionale». La norma fornisce dunque utili indicazioni sulla portata dell'esenzione.

Per quanto rilevante ai nostri fini, lo stesso articolo specifica che non sono ad alto rischio, tra gli altri, i sistemi di IA destinati a: eseguire un compito procedurale limitato (lett. a); migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata (lett. b); rilevare ricorrenze o scostamenti nei modelli decisionali pregressi senza essere adibiti a sostituire né ad incidere sull'esito della valutazione umana precedentemente effettuata, salvo intervenga una appropriata revisione dell'uomo (lett. c) [115]; eseguire un compito meramente preparatorio rispetto ad un'attività umana successiva (lett. d).

Par di capire che l'indice di rischiosità è abbattuto dall'uso "tendenzialmente" non decisorio. L'adeguata revisione umana riduce infatti il rischio di sistemi di IA che suggeriscono di modificare la decisione finale sulla base dell'analisi probabilistica di una realtà pregressa aumentata dalla forza computazionale. La disposizione assume rilievo perché "esenta" sempre dalle regole più stringenti gran parte degli algoritmi innestabili sulle piattaforme telematiche in esame, salvo quelli prettamente decisori, comunque impiegabili per il diritto Ue nelle medesime per le funzionalità ordinarie, in quanto sottratte allo statuto dei sistemi ad alto rischio [116]. Gli algoritmi decisori sono dunque regolati dall'*AI Act* all'insegna della mitigazione del rischio [117] solo se applicati in settori sensibili, sovente per limitatissime specifiche funzionalità, con la conseguenza che nessuno Stato membro potrà introdurre misure maggiormente restrittive. Diversamente potranno orientarsi invece gli operatori economici, adottando codici di autodisciplina con cui riducano la propria autonomia imprenditoriale [118], per conformare anche sistemi di IA, a rischio basso o minimo, alle più severe regole pensate per le fattispecie ad alta rischiosità.

In materia di appalti, pare scontato parcellizzare l'uso dell'IA ad una singola fase procedurale [119], sia essa pre-istruttoria o istruttoria o di supporto alla decisione. In ogni caso, il suo uso nella fase decisionale resta sempre molto delicato, perché difficilmente anche il mero "riscontro" algoritmico (per alcuni esempi specifici, *infra*, § 5), nella sostanza, mancherà di influenzare il controllo umano [120]. È infatti difficile accertare quando difetterà l'influenza "materiale", in

---

[115] Sul tema del controllo umano, a base dell'ormai noto principio di non esclusività della decisione algoritmica, anche con riferimento all'ampio apparato bibliografico richiamato dagli Autori, si rinvia a B. MARCHETTI, *La garanzia dello* human in the loop, cit., p. 367 ss. e spec. p. 376 ss.; G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzione amministrativa*, Cedam Wolters Kluwer, Padova, 2021; ID., *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'*AI Act*. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium*, 2024, p. 1 ss.; J. PONCE SOLE, *Il regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 3, p. 825 ss.

[116] Diversamente sembra adesso disporre l'art. 14 della legge n. 132/2025, cit., che consente alla p.a. l'utilizzo della IA solo «in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale».

[117] Per una prima disamina delle garanzie di cui agli artt. 10, 13 e 14, regolamento (UE) 2024/1689, cit., B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici*, cit., pp. 57-59.

[118] *Ex* art. 56, *AI Act*, si tratta di Codici ad adesione (oltre che elaborazione) meramente volontaria; sui codici di condotta nei nuovi mercati digitali, in generale, L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori*, cit., p. 1457 ss., spec. p. 1460.

[119] Nella specifica materia dei contratti pubblici, dà conto di molti esempi, in svariati ordinamenti stranieri, di utilizzo di IA in fasi preparatorie o prodromiche all'aggiudicazione delle offerte, B. MARCHETTI, *L'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 47 ss.

[120] Molto critica G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi limiti ed esigenze di una corretta Data Governance*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, vol. II, spec. p. 86. Ricorda le risultanze della scienza comportamentale

forza di un giudizio che, in realtà, potrà essere avvedutamente condotto solo *ex post*, indagando in un ambito strettamente soggettivo, e non certo eseguibile in chiave prognostica dal produttore o certificatore [121].

Insomma, l'impiego di algoritmi decisori nelle procedure telematiche di acquisto non comporterà, di norma, l'accesso alle garanzie dell'*AI Act*, le quali potranno essere invocate qualora l'automazione riguardi il limitatissimo profilo della preservazione fisica della piattaforma in uso. Si applicano comunque i minimali canoni di legalità algoritmica di cui al già citato art. 30, comma 3, del Codice.

4. Le piattaforme di approvvigionamento come mercati organizzati

Le piattaforme in questione presentano una natura mista: infrastrutture per la digitalizzazione dell'attività amministrativa e *transaction platforms* [122] connotate però da forte specialità. Come le tradizionali piattaforme di *e-commerce*, a loro volta, possono erogare servizi di mera intermediazione (cioè *matchmaking*) o fungere da grossisti (ossia venditori diretti) [123].

Se nelle aste elettroniche aggiudicate solo attraverso il prezzo, dunque senza discrezionalità, la regola informatica sostituisce il provvedimento amministrativo [124], in tutti i sistemi di approvvigionamento digitale mediante piattaforma, domanda e offerta si incontrano automaticamente grazie al codice telematico, con importanti conseguenze sulle regole del mercato.

Ne discendono discontinuità rispetto alla disciplina precedente di seguito esaminate, ma anche possibili profili evolutivi della regolazione economica del settore di cui si proverà a dar conto nel paragrafo conclusivo.

Sebbene non esplicitato dalla normativa, l'operatività delle piattaforme crea la funzione di governo del *marketplace*, ultronea rispetto alla sovrintendenza della procedura di acquisto.

Il gestore di un mercato ha infatti compiti profondamente diversi dal responsabile di un approvvigionamento pubblico: deve garantire la trasparenza del mercato e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni, sia verificando e assicurando il rispetto delle regole del mercato, sia disponendo l'ammissione, la sospensione e l'esclusione degli operatori.

Quando poi la piattaforma è dotata di un sistema di intelligenza artificiale, i

---

per valutare l'effettività dello *Human in the loop*, B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici*, cit., pp. 54-55.

[121] Sulla verifica di conformità dei sistemi di IA ad alto rischio, rimessi quando al controllo interno del produttore quando ad organismi certificatori notificati talvolta coincidenti con la c.d. autorità di vigilanza del mercato, cfr. artt. 43-45, regolamento (UE) 2024/1689, cit.

[122] Per un tentativo di classificazione delle piattaforme: T. SCHREPEL, *Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. XII, 2021, 1, p. 1 ss. Si veda anche la ricostruzione di S. SCANDOLA, *Piattaforme digitali e antitrust nel contesto della transizione digitale: un* caveat, in S. FRANCA-A. PORCARI-S. SULMICELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 347 ss. Più in generale, su strutture e caratteristiche delle piattaforme *tout court*, anche con riferimento ai sistemi di raccolta delle informazioni, si rinvia ad A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 35 ss.

[123] La distinzione tra intermediari e grossisti è usata da G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica*, cit., p. 175.

[124] Lo rileva, ad esempio, N. RANGONE, *Regolare con intelligenza. Artificiale?*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, p. 760.

poteri di gestione del mercato, grazie alla potenza computazionale del mezzo di cui si avvalgono, finiscono di fatto per ampliare la loro efficacia, dilatando la funzione di indirizzo del gestore stesso. Si pensi a meccanismi automatici di esclusione dell'offerente il quale, da un'analisi computazionale dei dati messi a sistema anche grazie all'interoperabilità, venga espulso a causa di precedenti condotte velocemente "analizzate" [125]. Altro esempio significativo del potenziamento dei poteri di indirizzo delle negoziazioni, è dato da un sistema di intelligenza artificiale che consenta di verificare, in tempo reale, l'origine di talune componenti, o il rispetto di specifiche tecniche in grado di assicurare determinati fini industriali, come la valorizzazione di talune produzioni europee. L'efficienza della piattaforma non è più funzionale all'acquisto "buono", ma persegue altre finalità, quali l'autonomia strategica o industriale (*supra*, § 1). L'IA può infatti rivelarsi essenziale per un monitoraggio normalmente assai difficoltoso da operare, potendo facilmente computare ed elaborare i dati sulle componentistiche tecniche dei prodotti.

Matura così un paradosso: se oltre all'efficienza economicistica si vogliono perseguire fini strategici, si rivela molto utile per il gestore del mercato poter sfruttare le potenzialità regolatorie delle piattaforme (*infra*, § 5), senza che logiche privatistiche e dinamiche commerciali condizionino tale funzione [126]. In altri termini, il ruolo di gestore del mercato [127] che può assumere solo la parte pubblica, consente di mantenere il controllo delle piattaforme – ancorché private –, con l'effetto di poterne sfruttare la capacità regolatoria.

La peculiarità è che siamo dinnanzi ad un monopsònio che segna il punto di duplicazione della veste della pubblica amministrazione: come acquirente continua a essere interessata da competenze e poteri tradizionali di direzione della procedura, in qualità di gestore del mercato è assimilabile ad un'impresa terza rispetto agli offerenti. Di qui la possibilità di esternalizzare a privati la sola gestione tecnica della piattaforma (*supra*, § 2.2.), senza mettere in discussione la riserva pubblica dell'attività di intermediario commerciale, gestore del mercato.

In particolare, ritengo che il sommarsi dell'aggregazione della domanda pubblica con l'uso delle piattaforme digitali e con il possibile innestarsi di sistemi di intelligenza artificiale rafforzi le ragioni giustificatrici del regime di riserva. Logiche commerciali potrebbero essere potenziate da sistemi di profilazione rielaborati attraverso l'IA che mal si concilierebbero con l'obiettivo del perseguimento dell'interesse pubblico [128]; o comunque, imporrebbero la necessità di effettuare costosi e difficoltosi controlli.

---

[125] Cfr. pt. 49, della risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025, cit., in cui «raccomanda l'introduzione di meccanismi rafforzati per la trasparenza e il controllo negli appalti pubblici integrando nelle procedure di appalto tecnologie avanzate di analisi dei dati e di IA, che permettano di individuare in tempo reale possibili non conformità, irregolarità, frodi, rischi per la sicurezza nazionale e casi di corruzione; incoraggia la Commissione, in tale contesto, a sostenere lo sviluppo di una piattaforma di analisi dei rischi basata sui dati che sia collegata ai registri dei fornitori e alle banche dati nazionali e dell'Ue relative alle esclusioni, nell'ambito dello spazio di dati sugli appalti pubblici, e che integri dati relativi agli appalti, alle imprese e alle sanzioni ai fini di un'individuazione proattiva delle frodi e del monitoraggio dell'integrità».

[126] Sulla "*regulatory technology*" (c.d. "*Reg-Tech*"), che si avvale della tecnologia per fini di *compliance*, la letteratura è ormai molto vasta, ne dà conto L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. cost.*, 2023, 3, pp. 1465-1466, nota 35, la quale illustra anche il meccanismo definito come "*supervisory technology*" (c.d. "*Sup Tech*"), diffusosi nella vigilanza e regolazione dei mercati finanziari.

[127] Diverso dall'eventuale gestore tecnico dell'infrastruttura digitale, la quale, nel caso specifico, è presupposto materiale dell'esistenza del mercato.

[128] Un sistema di IA di cui all'annesso III è sempre considerato dall'*AI Act* ad alto rischio qualora effettui profilazione di persone fisiche, cfr. art. 6, par. 3, ult. comma.

Fortunatamente, in forza del regime di riserva di cui si è trattato (*supra*, § 2.2.), tale ruolo di gestione del mercato virtuale non può essere demandato al gestore tecnico della piattaforma, ma deve essere assunto dalla stessa amministrazione, con generazione di compiti addizionali in capo all'attore pubblico. Questo consente anche di valorizzare il ruolo di indirizzo del committente la piattaforma, ponendolo in una posizione idonea a controllarne le evoluzioni tecnologiche, posto che queste dovrebbero essere consequenziali ad eventuali richieste di implementazione rimesse esclusivamente al soggetto pubblico. Affidare alla parte pubblica la funzione di assicurare la trasparenza delle negoziazioni dovrebbe porla nelle condizioni di avere tutti i poteri per prevenire cattivi usi delle piattaforme e dunque dissipare parte delle diffidenze emerse contro la diffusione di queste tecnologie.

Il ricorso alle piattaforme tende però a creare una possibile distinzione tra regole a tutela del mercato e regole digitali. Queste ultime sono consustanziali alla piattaforma stessa, comprensive sia delle regole prettamente informatiche derivanti dalla conversione automatica di norme giuridiche [129], sia delle prescrizioni sulle condotte future discendenti dal "ritmo previsionale" degli algoritmi in uso (*infra*, meglio, § 5).

Da un lato, resta infatti fermo il tradizionale compito, da tempo assegnato alla p.a., di assicurare la *par condicio* tra gli operatori economici, a regolazione del grande potere dell'acquirente. È, peraltro, forse il caso di precisare che tale regolazione non è associabile a un fallimento del mercato indotto dalle piattaforme in esame. Il forte sbilanciamento delle clausole unilateralmente predisposte dalle stesse, originato da asimmetrie informative [130] talmente difficili da superare da integrare un *market failure* [131], vale solo per i rapporti con i consumatori, mancanti nella nostra fattispecie, in quanto tutti i contraenti coinvolti sono necessariamente professionisti.

Per altro verso, alla stessa amministrazione spetta adesso anche il compito di applicare le regole di funzionamento del mercato digitale, diverse dalla regolazione economica in senso stretto, poste a garanzia di una pre-condizione della competizione, sempre nell'ottica di massimizzarne l'efficienza. Si assegna, così, un potere regolamentare e gestionale ulteriore alla p.a., senza presupporsi un cattivo funzionamento del mercato, quanto semplicemente una sua disciplina, in parte formata da regole digitali. Alcune di queste, come si diceva [132], sono regole tecniche che però non fungono da mero supporto alla tecnologia in uso, ma realizzano direttamente la norma giuridica, vincolando *ex ante* gli operatori e annullando ogni discrezionalità applicativa. Altre promanano dal funzionamento delle piattaforme grazie all'impiego di "metodiche di intelligenza artificiale" [133] e su di esse ci soffermeremo nel paragrafo conclusivo.

---

[129] Si pensi, ad esempio, al blocco automatico delle offerte tardive mediante *timestamp*, alla necessità di apporre una firma digitale conforme agli standard eIDAS per la validità della presentazione, o ancora all'obbligo di utilizzare formati conformi a uno schema XML predefinito.

[130] R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, pp. 949-953.

[131] «Nella prospettiva dei rapporti B2C esistono ragioni cogenti per un intervento correttivo a carattere regolatorio. Non perché il consumatore sia necessariamente sprovveduto e indifeso (è possibile il contrario; ed è corretto, per conseguenza, che la clausola negoziata sia sottratta a controllo), ma perché è lecito aspettarsi che così agisca nella più parte dei casi. Senza che il ripristino di un'autentica tensione concorrenziale possa valere ad arginare il dispiegarsi del potere normativo d'impresa quale espressione paradigmatica di potere privato», R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali*, cit., p. 953.

[132] Cfr. *supra* nota 129.

[133] L'efficace espressione è di B. GALGANI, *Ragioni e conferme di una "visione"*, in *Processi, rappresentazioni e piattaforme digitali* (a cura di), Giappichelli, Torino, 2023, p. XIII.

5. Regolazione digitale *versus* regolazione economica

L'uso delle piattaforme digitali per far incontrare domanda e offerta nelle transazioni commerciali delle pubbliche amministrazioni determina anche evoluzioni in continuità con l'assetto della regolazione economica del settore, per la cui disamina occorre riflettere sull'impatto che il ricorso alle piattaforme ha sul procedimento amministrativo di acquisto. Esso è infatti destinato a venire sempre più sintetizzato da restare in gran parte assorbito nelle regole di funzionamento della piattaforma. Diversamente dai contratti privati, la procedura di negoziazione pubblica presenta un'articolazione vincolata sia nelle forme sia nei contenuti. La digitalizzazione di questi vincoli automaticamente li semplifica e ne consente la ripetizione da parte della macchina. Per l'effetto, la modificazione-evoluzione delle offerte [134] risulterà in qualche modo mediata dalla tecnologia, potendosi dunque intravedere nuovi spazi per eventuali capacità tecniche dell'infrastruttura di divenire occasione di nuove soluzioni applicative.

Per i *data scientist* è pacifico, ad esempio, che dotando di sistemi di intelligenza artificiale queste piattaforme interoperabili e collettrici di dati, sia possibile stimare una caratteristica ignota, ma interessante da conoscere in anticipo, come la sopravvenienza di varianti in corso d'opera [135], o la presentazione di un ricorso giurisdizionale e i relativi motivi [136]; o ancora sia possibile impiegare l'IA nella fase di programmazione «per elaborare formule che consentano di efficientare la pianificazione degli investimenti» [137].

I vincoli pubblici alla contrattazione, creatori di una molteplicità di fasi procedimentalizzate, generano infatti molti dati che si prestano ad essere rielaborati.

La piattaforma manifesta così una forma di autoregolazione orientata a massimizzare l'efficienza complessiva del sistema [138]. Tale capacità si traduce nella possibilità di prevenire e risolvere in via anticipata i conflitti, evitando che essi

---

[134] F. De Peppo, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici. L'impatto delle best practices adottate dalle stazioni appaltanti*, in R. Cavallo Perin-M. Lipari-G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni*, cit., p. 85, secondo cui l'esperienza delle piattaforme dimostra che sono in grado di qualificare il mercato anche dal lato dell'offerta.

[135] Seguendo la suggestione di A. Zito, *L'Intelligenza Artificiale e il suo utilizzo da parte della pubblica amministrazione: approccio giuridico ai problemi e ipotesi di soluzione*, in *giustamm.*, 2024, 5, p. 8, si potrebbe addirittura pensare che la convergenza dei dati del c.d. cantiere digitale in tali infrastrutture preposte alla fase di esecuzione del contratto permetta finalmente di dipanare l'annoso problema delle riserve, sovente principali responsabili della lievitazione dei costi dei lavori pubblici.

[136] R. Meo, *Esperienze e prospettive di applicazione dell'intelligenza artificiale ai contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin-M. Lipari-G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice*, cit., p. 103.

[137] Lo suggerisce S. Valaguzza, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: peculiarità e considerazioni preliminari*, in B. Marchetti-B.G. Mattarella (a cura di), *op. cit.*, p. 11 ss., la quale ritiene si possano ottenere utili consigli su come posizionare le gare in un momento di mercato favorevole, o formare la struttura giuridica dell'affidamento e contrattuale del rapporto tra le parti, citando come esempio la nota difficoltà di motivare la scelta di appaltare *in house* servizi pubblici che potrebbe oggettivizzarsi mediante parametri economico-matematici elaborati da sistemi di IA. Di opinione analoga, B. Marchetti, *L'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 48, che esemplifica come «la tecnologia potrebbe aiutare l'amministrazione ad estrarre conoscenza dai dati in suo possesso in fase di pianificazione e programmazione».

[138] Evidenzia «il ruolo della digitalizzazione quale positivo fattore di modernizzazione dell'assetto ordinamentale, anche in chiave di miglioramento delle tecniche di tutela processuale e di maggiore efficienza delle regole», M. Lipari, *Effettività della tutela giurisdizionale e innovazioni tecnologiche nel nuovo codice n. 36/2023*, in R. Cavallo Perin-M. Lipari-G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice*, cit., pp. 108 e 121.

compromettano la funzione allocativa del contratto, ossia la distribuzione ottimale delle risorse tra i partecipanti al mercato. In questa prospettiva, l'intelligenza artificiale non si limita a svolgere un ruolo strumentale di supporto tecnico, ma assume progressivamente una funzione di regolazione: attraverso algoritmi di previsione, di correzione automatica e di monitoraggio continuo, essa incide direttamente sulle dinamiche di mercato, governando i comportamenti degli operatori. Si delinea pertanto un utilizzo dell'IA non solo come espediente di efficientamento, ma quale vero e proprio strumento di regolamentazione, in grado di integrare – e in alcuni casi di supplire – le tradizionali forme di intervento normativo [139].

Simile autoregolazione muove dalla disamina dettagliata e potenziata di ogni profilo della transazione. Non è libera, ma vincolata allo scopo della procedura.

Sta insomma emergendo una valenza normativa dell'intelligenza artificiale [140], idonea a incrementare l'efficienza di molte attività. Su questa caratteristica mi sembra infrangersi il tentativo di rinvenire una netta biforcazione tra pubblico e privato [141], che pure viene rivendicata nella dottrina privatistica come elemento tipizzante l'avvento dell'economia digitale [142].

Inoltre, questo processo è destinato a rapportarsi con la regolazione economica dei mercati, potendone in astratto erodere la rilevanza, o comunque riponendo tale disciplina ad un rango di complementarità con altre tecniche. Le regole di concorrenza restano alla base della regolazione degli appalti, ma la loro architettura risente del coordinamento con altre politiche che si avvalgono di nuovi strumenti di attuazione.

Sembra intanto potersi sostenere che la piattaforma è destinata ad "abilitare" la regolazione, rendendola un mezzo di supporto del mercato e non più rimedio al suo fallimento. L'intelligenza artificiale può correggere le inefficienze, con un intervento al dettaglio [143], che muove dai singoli casi specifici, e ad essa si può

---

[139] Un esempio molto efficace è indicato da G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali*, cit., p. 739, per il caso delle offerte anomale che occultano «costi obbligatori, anomalie che nello svolgimento del rapporto amministrativo, saranno oramai "tracciabili" e identificabili anche mediante l'intelligenza artificiale, offrendo soluzioni predittive che siano capaci di definire nuove casistiche di "figure sintomatiche" dello sviamento e della scorrettezza, in ragione dei più frequenti tipi di trattativa».

[140] Lo sostiene anche M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., p. 73, la quale afferma che «piattaforme e algoritmi hanno una sostanza normativa». La dottrina giuspubblicistica, nel prendere atto del fenomeno, osserva che la diffusione della tecnica e dell'intelligenza artificiale espone le amministrazioni «a regole non prodotte dalle fonti tradizionali», F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. dell'econ.*, 2023, 2, p. 301 che cita R. FERRARA, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2023, 19, p. 23 ss. Più specificamente, sull'uso normativo dell'IA si vedano le prime riflessioni di L. AMMANNATI-F. DI PORTO, *L'intelligenza artificiale per la fornitura di servizi, di applicazioni e la produzione di regole:* Digital Services Act, Digital Markets Act e Artificial Intelligence Act, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, vol. I, p. 479 ss.; L. AMMANNATI-F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, *ivi*, p. 547 ss.; F. DI PORTO-A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, *ivi*, p. 617 ss.

[141] In generale, con riferimento alla *platform economy*, da sempre ha rilevato l'attribuzione alle piattaforme della funzione di «intermediari nella funzione di regolazione dei mercati», L. AMMANNATI, cfr. da ultimo, ID., *Regolatori e supervisori*, cit., p. 1453 ss., anche per gli ampi riferimenti bibliografici della letteratura in tema.

[142] Così G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., p. 825, secondo cui «si staglia in tutta la sua evidenza, nell'ambito del digitale, la contrapposizione fra pubblico e privato che si declina nei soggetti regolatori e negli strumenti per regolare».

[143] Ad esempio, «lavorando sulla interoperabilità delle due sorgenti di dati, la BDNCP e il portale della Giustizia amministrativa, si possono ottenere modelli di Intelligenza Artificiale per la

ricorrere senza dover provare *ex ante* l'applicabilità di complesse teorie economiche destinate ad acquisire valenza normativa; non so dire se questo uso a mera richiesta della singola amministrazione sia condivisibile, ma così si sta affermando [144]. Possono derivarne nuove prassi di normazione, con un'inversione dell'ordine della regolazione: stante la facilità della macchina di addentrarsi nella specificità dei casi tramite la velocità di lettura dei dati, grazie alla potenza computazionale si possono poi astrarre regole prescrittive generalizzabili [145].

In realtà, il diritto consumeristico di matrice pretoria è già un esempio di regolazione mutuata dal singolo rapporto, intrinsecamente inadeguata a disciplinare i più complessi effetti che da questo transitano sul mercato [146]. La presenza di una infrastruttura dotata di proprie vocazioni normative, capace di elaborare i dati di tutti i contratti eseguiti a livello nazionale grazie all'interoperabilità e interconnessione con la piattaforma della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, saprà essere strumento di rielaborazione in funzione precettiva delle esperienze pregresse codificabili in funzione dell'efficienza, cogliendone la dimensione macroeconomica? Si paventa una grande occasione per il perfezionamento dei pubblici poteri conformativi.

Difficile dire se uno strumento tecnico messo a disposizione delle pubbliche amministrazioni possa riuscire in un compito così ambizioso; chi scrive non ha così tanta fede nella forza computazionale per sostenerlo a priori. Il tempo sarà giudice.

Certo è che per governare un fenomeno di questo tipo, è indispensabile la forza ordinatrice delle norme emanate da istituzioni rappresentative.

Da notare che il diritto europeo sembra voler favorire le regolazioni digitali, probabilmente perché le ritiene capaci di recuperare efficienza gestionale e dunque competitività. Riprova si rinviene nella versione finale dell'*AI Act*, il quale non considera più ad alto rischio i sistemi di intelligenza artificiale destinati a essere utilizzati da un organo amministrativo, o per suo conto, per assistere nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della

---

predizione del rischio di ricorso amministrativo di una gara di appalto. I vari modelli, addestrati separatamente sui lavori, servizi e forniture, producono predizioni la cui accuratezza è risultata soddisfacente: 86% sulle forniture e sui lavori, 92% sui servizi», R. MEO, *Esperienze e prospettive di applicazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 103.

[144] Per un approfondimento di tale casistica si rinvia in particolare a T. FAVARO, *Artificial Intelligence in Italian Public Administration. Challenges, case-studies and regulatory perspectives*, in *Journal für Rechtspolitik*, vol. 60, Issue 1, 2023, pp. 60-73; M. DUGATO-D. VESE, *Intelligenza artificiale, amministrazione e tutela dei diritti*, in M. PALMIRANI (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e Intelligenza Artificiale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 183 ss.

[145] «Per quanto riguarda le analisi di tipo prescrittivo, che consentono di offrire una risposta che funga da modello di comportamento, si osserva in riferimento all'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che prevede l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale come, a partire dalla BDNCP, si potrebbe fornire un sistema di raccomandazione (motore di ricerca) che dia suggerimenti sull'affidabilità degli operatori economici, sul tipo e quantità di servizi, forniture, lavori, costi di riferimento, tempistiche», R. MEO, *Esperienze e prospettive di applicazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 103.

[146] Si è già avuto modo di soffermarsi sulla necessità che l'intervento pubblico si affranchi da un'azione di livello micro, relegata alla disciplina del contratto e dell'impresa, foriera di frammentazioni ed eccessi regolatori. Inadeguato si è rivelato il tentativo di rimettere al contratto obiettivi d'interesse generale, con la conseguente necessità di apprestare invasivi controlli – soprattutto giudiziari – a quelli che potremmo definire «precipitati normativi» di matrice privatistica, con conseguente frustrazione dei correlati interessi pubblici, cfr. M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma, cit., p. 64.

legge a una serie concreta di fatti [147]. Mentre simili sistemi sono ad alto rischio se usati a fini giurisdizionali o per la risoluzione alternativa delle controversie. L'Unione considera infatti l'intelligenza artificiale – non la mera digitalizzazione – come un importante fattore di efficientamento dell'attività amministrativa e di rafforzamento del mercato unico. L'IA può assicurare, ad esempio, nel tema di questo studio, la piena interoperabilità transfrontaliera nella presentazione elettronica delle offerte [148]: effettuando traduzione e normalizzazione dei dati [149] con conseguente uniformazione, indipendentemente dalla lingua o dal sistema nazionale di origine; nonché assicurando interoperabilità semantica e tecnica [150], così che un'offerta presentata in un Paese sia immediatamente leggibile e processabile anche dalle piattaforme di un altro Stato membro.

In definitiva, temo si stia assistendo ad un'evoluzione della regolazione economica, secondo una sperimentazione, al momento, priva di normazione specifica. Nell'ordinamento interno, ad esempio, solo nel circoscritto settore in esame, sono stati fissati dei principi di c.d. legalità algoritmica dal nuovo Codice, applicabili ai casi concreti di sistemi di IA non ad alto rischio, ma la loro portata pare assai "evanescente" e meno incisiva delle più strette regole europee [151].

D'interesse è indagare se questa regolazione di tipo digitale, in quanto ispirata al paradigma dell'efficienza, possa qualificarsi ancora come regolazione economica o se ne distingua completamente [152]. Certamente non possiamo dare una soluzione in questa sede, ma solo segnalare che il tema merita attenzione e approfondimento.

Indubbiamente, il commercio elettronico degli approvvigionamenti pubblici diminuisce i costi di transazione e ricerca [153], anche ponendo a carico dell'intermediario

---

[147] Tale previsione era stata introdotta nell'annesso III, punto 8, lett. a), nel testo emendato dal Parlamento europeo (con 499 voti a favore, 28 contrari e 93 astensioni) il 14 giugno 2023, dedicato ai sistemi ad alto rischio, secondo la seguente dizione: «a) i sistemi di IA destinati *a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o da un organo amministrativo, o per loro conto, per* assistere un'autorità giudiziaria *o un organo amministrativo* nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti *o utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie*». La parte in corsivo è poi venuta meno (salvo l'ultima frase, non rilevante ai nostri fini), nel testo finale, riproducendo, nella sostanza, la versione originariamente proposta dalla Commissione che non contemplava nella fascia di rischio alto i sistemi di IA in uso alle autorità amministrative per l'interpretazione dei fatti e del diritto.

[148] Commissione, *Bussola per la competitività dell'Ue*, 20 gennaio 2025, cit., p. 22.

[149] Attraverso strumenti di traduzione automatica giuridicamente assistita e di *data mapping*.

[150] Tramite la facilitazione della lettura e della conversione automatica di formati diversi.

[151] Peraltro, il giudice nazionale non potrebbe offrirne interpretazioni più stringenti che finiscano per uguagliare a quelle europee le garanzie cui devono sottostare le piattaforme digitali in esame, in quanto il regolamento UE ha uniformato, in modo irreversibile, il campo da gioco. L'*AI Act* si basa infatti sull'art. 114 TFUE, il quale impedisce agli Stati membri di imporre, nello sviluppo, commercializzazione e uso di sistemi di IA, restrizioni aggiuntive rispetto a quelle espressamente autorizzate. Sulle implicazioni di questa base giuridica A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, vol. I, pp. 135-137 ss., spec. nota 24.

[152] Avverte che *Reg Tech* e *Supt Tech* e la relativa «strumentazione sperimentale (come i *sandbox*) mette alla prova i tradizionali fondamenti della regolazione finora percepita come un meccanismo tipicamente reattivo nei confronti dei fallimenti o dei rischi del mercato imponendo una non banale riflessione sulla tenuta della nozione di regolazione come intesa nell'era predigitale», L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori*, cit., p. 1467.

[153] Lo ricordano, F. CHIRICO-A. MANGANELLI, *Mercati e servizi digitali*, in C. CAMBINI-A. MANGANELLI-G. NAPOLITANO-A. NICITA (a cura di), *Economia e diritto della regolazione. Reti, piattaforme e servizi di pubblica utilità*, il Mulino, Bologna, 2024, p. 367, richiamando E. BROSSEAU-N. CURIEN, *Internet and Digital Economics: Principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

taluni dei rischi di inventario tipici dei produttori. Si potrebbe poi ritenere che l'uso delle piattaforme possa svolgere la funzione di efficienza informativa del mercato, raccogliendo, aggregando e valutando le informazioni disperse sull'affidabilità degli operatori economici (si pensi in particolare ai lavori), sui costi di riferimento, sulle tempistiche, su quantità e qualità di prodotti e servizi. Mentre, per le intrinseche caratteristiche di monopsònio del mercato di riferimento, difficilmente le piattaforme certificate potranno adempiere alla funzione di riduzione delle informazioni asimmetriche tra acquirenti e produttori, acquisendo un ruolo di terzo esperto neutrale [154]. L'incremento di efficienza va inoltre ricondotto alla possibilità di ricorrere ad una realtà aumentata da un sistema di IA che imparando dall'esperienza aiuti a prevenire errori; ciò può rendere le procedure non solo più efficienti ma anche più efficaci.

La chiave dell'efficienza arriva dunque dal mercato, ma principalmente non dagli effetti scaturenti dalle regole di concorrenza sui comportamenti delle imprese, da imitarsi attraverso regole amministrative, bensì dall'innovazione dell'industria tecnologica. Forse che le regole dell'innovazione sostituiranno quelle della *par condicio* tra concorrenti? La questione è molto delicata perché, come ci insegnano le decisioni giurisdizionali e amministrative dell'ultimo quarto di secolo, queste regole dell'innovazione (soprattutto regole digitali, nel senso di cui *supra*, § 4) promanano da mercati tendenti al monopolio. Nascono, quindi, in un contesto assai diverso dalla cornice dei mercati in concorrenza, in cui si colloca tradizionalmente la teoria a base delle regole pro-concorrenziali.

Sicuramente, le illustrate potenzialità applicative dell'IA rendono la regolazione digitale un mezzo di conformazione delle condotte economiche e dunque dei mercati. Nella sostanza, il descritto strumentario *high tech* mi sembra più simile a quello che è stato il contratto per l'analisi economica del diritto, piuttosto che riconducibile alla regolazione pubblica. In ogni caso, solo le applicazioni future potranno condurci ad una disamina maggiormente avveduta, di quanto possa farsi a questo stadio iniziale del fenomeno.

In definitiva, la trattazione dimostra come il ricorso alla tecnologia da parte degli apparati amministrativi segni la massima espressione dell'utilizzo "ibrido" di plurimi strumenti di conformazione dei mercati. Regolazione economica, conformazione tradizionale, politica industriale e regolazione digitale convergono al perseguimento di obiettivi più complessi [155] di quelli cui eravamo abituati.

La fattispecie esaminata è un buon esempio di questa "convergenza". Come si è provato a illustrare nella parte iniziale (*supra*, § 1), il perimetro dell'intervento pubblico si deforma [156]: la regolazione digitale è anche un risvolto giuridico dell'utilizzo della leva dei contratti pubblici come strumento di politica industriale [157]; la conformazione dei prodotti e servizi tramite regole di armonizzazione è influenzata dagli obiettivi di politica industriale, in quanto per sostenere

---

[154] Le funzioni di efficientamento delle piattaforme commerciali sono enucleate da F. CHIRICO-A. MANGANELLI, *Mercati e servizi digitali*, cit., p. 369.

[155] Annota la crescente complessità del quadro normativo dei regolati, che rende difficoltosa la *compliance*, L. AMMANNATI, *La regolazione*, cit., p. 83.

[156] Più in generale, rileva l'ampliamento del quadro di azione della regolazione anche L. AMMANNATI, *La regolazione*, cit., p. 87. Sulla visione dell'Unione come un laboratorio in cui si sperimentano nuovi modelli normativi, A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *Quad. Aisdue*, 2023, 5, p. 325.

[157] Come si è detto, grazie alla "manovra" dei contratti pubblici, l'IA si presta infatti a divenire strumento capace di delineare la disciplina esecutiva della politica industriale adottata.

la domanda pubblica, è essenziale che le amministrazioni europee possano utilizzarli; le regole di concorrenza continuano a rappresentare il fondamento della disciplina degli appalti, ma sono destinate a subire l'influenza del coordinamento con altre politiche.

Se è evidente che tutte le suddette "componenti" del progetto di intervento pubblico godono di una loro autonomia e rilevanza, va riconosciuto alla politica industriale il compito prodromico di disegnare il programma e questo non potrà che assumere rilievo a fini interpretativi.

Nell'esempio specifico, la scelta strategica di creare un'industria europea dell'intelligenza artificiale, ricorrendo a programmazioni pubbliche, atti di indirizzo, aiuti finanziari e appalti pubblici, determina una trasformazione di livello macroeconomico. Ne consegue che la stessa regolazione economica è destinata a subentrare solo dopo che l'autorità pubblica ha disegnato lo scenario di mercato.

Il «*market shaper*» [158] si avvale allora della regolazione digitale, nei termini in cui la abbiamo descritta, probabilmente perché è uno strumento che può essere decisivo per aumentare la certezza del risultato. L'abbinamento non sembra casuale: se si modella il mercato, una regolazione per modelli che impara dai dati come quella algoritmica può rivelarsi molto confacente.

Nel merito, lo studio dello specifico caso trattato mi sembra consenta di affermare che la vocazione regolatoria delle piattaforme digitali, destinate ad avere sempre maggiori applicazioni nella conformazione pubblica delle attività economiche, possa inaugurare nuovi scenari, in cui l'efficienza della macchina sostituisce quella del mercato. Ne derivano molti interrogativi sulle prossime evoluzioni della regolazione economica, necessariamente riguardata da queste trasformazioni.

[158] Per i profili giuridici si rinvia a M. PASSALACQUA-B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, in *Conc. merc.*, vol. 26-27, 2019-2020, p. 106 ss.; ma si veda anche la letteratura economica in argomento: M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State*, Anthem Press, London and New York, 2013; ID., *From market fixing to market-creating: a new framework for innovation policy*, in *Ind. Innov*., 2016, 2, p. 140 ss.; ID., *Innovation, the state and patient capital*, in M. JACOBS-M. MAZZUCATO (eds.), R*ethinking Capitalism. Economics and Policy for Sustainable and Inclusive Growth*, Wiley Blackwell, Chichester, 2016; M. MAZZUCATO, *Costruire lo Stato innovatore: un nuovo quadro per la previsione e la valutazione di politiche economiche che creano (non solo aggiustano) il mercato*, in *Economia & Lavoro*, 2014, 3, p. 7 ss.; R. KATTEL-M. MAZZUCATO, *Mission-oriented innovation policy and dynamic capabilities in the public sector*, in *Industrial and Corporate Change*, vol. 27, 5, 2018, p. 787 ss.



Fonti energetiche rinnovabili e paesaggio: criteri di composizione *

Renewable energy sources and landscape: composition criteria

di *Margherita Ramajoli*** e *Bruno Tonoletti****

ABSTRACT

L'attuale distinzione ed equi-ordinazione a livello costituzionale tra tutela ambientale e tutela paesaggistica rende esplicita la possibilità di un bilanciamento tra l'interesse paesaggistico e gli interessi, sia pubblici, sia privati, sottesi allo sviluppo delle infrastrutture energetiche. Data la necessità costituzionale ed europea di una ponderazione dinamica, lo scritto indaga sui diversi criteri di composizione adottati dal legislatore, nazionale e regionale, e dalla giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, tra l'interesse allo sviluppo delle fonti rinnovabili e l'interesse paesaggistico. Se i criteri di valutazione dei progetti di localizzazione degli impianti non risultano sufficientemente chiari *ex ante*, a causa dell'ambiguità e dell'indeterminatezza della disciplina normativa, si apre lo spazio per l'introduzione nel giudizio di *rationes* giurisprudenziali, condizionate non solo dalle peculiarità dei casi concreti, ma anche da opinioni differenti circa l'assetto ordinamentale degli interessi in gioco.

The current distinction and equal ranking at constitutional level between environmental protection and landscape protection makes explicit the possibility of balancing landscape interests with public and private interests underlying the development of energy infrastructure. Given the constitutional and EU requirement for dynamic weighting, this paper investigates the various composition criteria adopted by national and regional legislators and by constitutional and administrative case law between the interest in developing renewable sources and the interest in the landscape. If the criteria governing the evaluation of projects are not sufficiently clear ex ante, due to the ambiguity and indeterminacy of the regulatory framework, there is scope for the introduction of jurisprudential rationes into the judgement, conditioned not only by the peculiarities of specific cases, but also by different opinions on the legal framework of the interests at stake.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima disciplina organica in materia di fonti energetiche rinnovabili. – 3. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima giurisprudenza costituzionale. – 4. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima giurisprudenza amministrativa. – 5. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nell'attuale disciplina in materia di fonti di

* Il presente lavoro è frutto della riflessione comune dei due autori. Tuttavia, sono riferibili all'opera di Margherita Ramajoli i paragrafi 1, 3, 5, 6 e 7 mentre all'opera di Bruno Tonoletti i paragrafi 2, 4, 8 e 9. Lo scritto costituisce lo sviluppo di un contributo destinato al volume *La regolazione dell'energia*, a cura di C. Contessa, P. Del Vecchio e F. Vetrò.

** Professoressa ordinaria di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano.

*** Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Pavia.

energia rinnovabili: la logica programmatoria. – 6. Segue: la dinamica Stato-Regioni. – 7. Segue: l'attività provvedimentale. – 8. I problemi aperti e la difficoltà di stabilizzare il quadro di riferimento della prassi giurisprudenziale. – 9. Sistemi valoriali e criteri decisionali.

1. Premessa

Per lungo tempo buona parte della giurisprudenza amministrativa ha preso le mosse dalla presunta superiorità costituzionale della tutela del paesaggio, ricostruita come incondizionata, per reputare illegittima ogni sua forma di attenuazione determinata dal bilanciamento con altri interessi e in particolare con gli interessi sottostanti allo sviluppo degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Interessi – questi ultimi – non solo privati, a tutela dell'iniziativa economica, ma anche pubblici, in quanto riconducibili alla strategia di contrasto ai cambiamenti climatici e quindi alla tutela dell'ambiente e degli ecosistemi.

Al di là della condivisibilità o meno di siffatto orientamento del giudice amministrativo, un complesso mutamento di contesto normativo impone una riflessione volta ad indagare se non si stia assistendo ad un cambio di paradigma nella relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche, con un *favor* sempre più accentuato verso la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, secondo una strategia di lungo termine.

Il mutamento di contesto normativo coinvolge più livelli delle fonti del diritto. Si fa riferimento, sul piano costituzionale, alla modifica dell'art. 9 Cost. operata dalla legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, che, come è noto, ha introdotto un comma 3, nel quale si prevede che la Repubblica "tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni"; sul piano unionale, ad alcune fonti di tipo derivato, come la direttiva 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023, che ha inserito all'interno della direttiva (UE) 2018/2001 l'art. 16-*septies*, emblematicamente rubricato Interesse pubblico prevalente (allo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili) [1], e al regolamento 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2024 sul ripristino della natura, che parimenti parla di interesse pubblico prevalente [2]; infine, sul piano della normazione nazionale primaria, all'art. 3, comma 1, d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190, anch'esso rubricato Interesse pubblico prevalente, secondo cui in sede di ponderazione degli interessi sono considerati di interesse pubblico prevalente gli interventi per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale degli stessi impianti, nonché per le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio dei medesimi impianti [3].

---

[1] Recita la disposizione che fino al conseguimento della neutralità climatica, gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle autorizzazioni, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente e nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi.

[2] Che all'art. 6 prevede che la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio sono "presunti" di interesse pubblico prevalente.

[3] Più precisamente, "[i]n sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo giudizio

Da queste disposizioni parrebbe ricavarsi una ridefinizione del valore rispettivo degli interessi in gioco in vista del perseguimento della neutralità climatica e un superamento dell'impostazione che assolutizzava *a priori* la conservazione del paesaggio attuale a scapito dell'esigenza di protezione futura, anche se ormai drammaticamente attuale, dell'ambiente.

Infatti, la conseguenza della distinzione e della equi-ordinazione costituzionale tra tutela ambientale e tutela paesaggistica è rendere esplicito ciò che solo una parte della giurisprudenza pregressa aveva ammesso, e cioè la possibilità di un bilanciamento tra paesaggio e ambiente e con essa un modello di tutele integrate degli interessi in sede procedimentale. Posta la necessità costituzionale ed europea di un bilanciamento, ci si propone di indagare quali siano i criteri di composizione tra interesse allo sviluppo delle fonti rinnovabili e gli interessi paesaggistici.

2. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima disciplina organica in materia di fonti energetiche rinnovabili

La prima disciplina organica in materia di fonti di energia rinnovabili (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, attuativo della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) conteneva una disposizione intesa a disciplinare il rapporto tra lo sviluppo delle fonti rinnovabili e la tutela del paesaggio. Tuttavia, il dettato normativo non risultava particolarmente limpido nella sua formulazione [4].

Da un lato, l'art. 12 definiva gli impianti alimentati da fonti rinnovabili come opere di pubblica utilità, indifferibili e urgenti (comma 1), sancendo così che la realizzazione di ogni singolo impianto di produzione di energia elettrica mediante fonti rinnovabili fosse da considerare come obiettivo di interesse pubblico.

Dall'altro, lo stesso articolo si limitava a stabilire che il rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili dovesse avvenire "nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico", previa convocazione di una conferenza di servizi

---

negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente, sulla tutela della biodiversità, sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, anche tenendo conto di quanto previsto ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, gli interventi di cui all'articolo 1, comma 1, sono considerati di interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 16-*septies* della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018". Cfr. altresì l'art. 2, comma 1, lettera *b*, n. 1), del d.l. 21 novembre 2025, n. 175, non ancora convertito in legge.

[4] Per una ricostruzione puntuale e ragionata della complessa e instabile disciplina normativa in materia di energia cfr. M. CLARICH, voce *Energia*, in *Enc. dir.*, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 438 ss.; il tema della difficile composizione tra energia e ambiente è ampiamente trattato dalla dottrina e qui ci si limita a rinviare a G.D. COMPORTI, *Energia e ambiente,* in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, p. 297 ss.; L. AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in M. PASSALAQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 169 ss.; F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali*, Napoli, 2022.

decisoria (comma 3); che Linee guida ad opera della Conferenza unificata Stato-Regioni avrebbero dovute essere "volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio" (comma 10); e che in attuazione di tali Linee guida le Regioni avrebbero potuto procedere all'indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti (ancora comma 10).

In tal modo, le coordinate fondamentali per l'esercizio del potere di rilascio dell'autorizzazione unica restavano sospese ambiguamente tra la cura dell'interesse pubblico al massimo sviluppo delle fonti rinnovabili e la mera verifica del rispetto delle normative di tutela ambientale, paesaggistica e culturale, lasciando quindi indeterminati i criteri decisionali da seguire nella valutazione della compatibilità dei singoli progetti di localizzazione degli impianti con le esigenze di salvaguardia del paesaggio, oltre che dell'ambiente e dei beni culturali [5].

Ulteriori fattori di incertezza erano dati dal notevole ritardo con cui le preannunciate Linee guida nazionali sulla localizzazione degli impianti furono approvate [6] e dalla mancanza di una programmazione in materia. L'indicazione da parte delle Regioni di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti non rappresentava una vera e propria programmazione, ma si risolveva in un dispositivo di facilitazione delle scelte di localizzazione degli impianti, lasciate comunque alla libera iniziativa economica privata. Infatti, una programmazione effettiva richiede l'individuazione della "capacità installabile sul territorio, suddivisa per tipologia degli impianti, idonea a soddisfare, Regione per Regione, la quota richiesta dagli impegni assunti dallo Stato in materia" [7].

Anche se le Linee guida nazionali (paragrafo 17.2) si avvicinavano a questa impostazione nel domandare alle Regioni l'adozione di atti di programmazione congruenti con la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata (*burden sharing*) [8], nondimeno una vera programmazione reclama l'individuazione non solo delle aree non idonee, ma anche delle aree idonee in grado di soddisfare l'obiettivo pianificato di capacità, con l'indicazione della capacità massima installabile in ciascuna zona [9].

3. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima giurisprudenza costituzionale

Dato questo originario contesto normativo la soluzione della questione della compatibilità paesaggistica degli impianti eolici e fotovoltaici è stata demandata alla giurisprudenza, sia costituzionale, sia amministrativa.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, ancora prima della

[5] B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. Bruti Liberati-M. De Focatiis-A. Travi (a cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, Milano, 2022, p. 124 ss.

[6] Ben sette anni dopo la data prestabilita, con il d.m. 10 settembre 2010.

[7] B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative*, cit.

[8] La ripartizione delle quote tra le Regioni è stata approvata con il d.m. 15 marzo 2021 (c.d. decreto *Burden Sharing*), ai sensi dell'art. 2, comma 167, legge n. 244/2007, come modificato dall'art. 8-*bis*, d.l. 208/2008, convertito dalla legge n. 13/2009.

[9] Ancora B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative*, cit.

recente riforma dell'art. 9 Cost., la Consulta ha avvertito come necessario un bilanciamento tra la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente intesa come lotta al cambiamento climatico perseguibile mediante impianti produttivi di energia elettrica da fonti rinnovabili. Nondimeno l'importanza della nuova formulazione dell'art. 9 Cost. ha inciso sulla giurisprudenza in materia perché nel consacrare direttamente nella Carta la tutela dell'ambiente anche nell'interesse delle future generazioni, l'art. 9 menziona l'ambiente in un comma diverso da quello in cui nomina il paesaggio. In questa maniera viene reciso il legame con il termine "paesaggio" che sinora aveva permesso, in via indiretta, la tutela dell'ambiente e si rendono chiare l'individualità e l'autonomia di entrambe le nozioni [10].

La riforma dell'art. 9 Cost. è in linea, per un verso, con gli approdi raggiunti dalla Consulta che già negli anni Ottanta aveva conferito rilievo costituzionale all'ambiente, legittimando il legislatore all'adozione di disposizioni in grado di assicurarla e l'amministrazione all'attuazione di tali disposizioni; per altro verso, con la riforma del titolo V, operata dalla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che aveva inserito all'art. 117 la materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema [11].

Pertanto, con la revisione costituzionale non si è inteso introdurre un ordine gerarchico di valori, bensì, più semplicemente, sono state esplicitate alcune istanze immanenti nel tessuto costituzionale per quanto non testualmente previste all'epoca della sua redazione. Conformemente a questa impostazione la Corte costituzionale ha osservato che la riforma del 2022 "consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente" e "vincola esplicitamente tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa" [12].

L'esito più importante della differenziazione e pari-ordinazione costituzionale tra paesaggio e ambiente sta nella necessità, anch'essa costituzionalmente data, di un bilanciamento tra le relative tutele, all'insegna della ragionevolezza e della proporzionalità [13].

La Corte costituzionale, facendo applicazione del tradizionale schema concettuale secondo cui nessun interesse pubblico può pretendere una prevalenza assoluta, né, di contro, può essere sacrificato in maniera indiscriminata [14], già in epoca pre-riforma costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi regionali impositive di divieti generalizzati e indiscriminati di localizzazione di impianti da fonti rinnovabili in zone d'interesse paesaggistico.

Il ragionamento della Consulta prende le mosse dal fatto che non è possibile "trascura(re) la rilevanza che, in relazione agli impianti che utilizzano fonti rinnovabili, riveste la tutela ... del paesaggio", ma ciò non impedisce di "riconoscere prevalente risalto al profilo afferente alla gestione delle fonti energetiche

---

[10] Sul punto cfr. M. RAMAJOLI, *Il paesaggio a vent'anni dal codice*, in corso di pubblicazione su *Aedon*.

[11] 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., p. 2 e bibliografia *ivi* citata; parlano di "dialogo" tra ambiente, paesaggio ed energia, instaurato dal novello art. 9 Cost. F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Decider(ci) per la morte*, cit., p. 51 ss.

[12] Corte cost., 13 giugno 2024, n. 105.

[13] G. MONTEDORO, *Paesaggio, ambiente, territorio: il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022.

[14] Corte cost., 9 aprile 2013 n. 85. Sul tema in generale cfr., da ultimo, G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 3, V ss., 2023, p. XIII-XIV.

in vista di un efficiente approvvigionamento presso i diversi ambiti territoriali". La conseguenza scaturente dal riconoscimento espresso del preminente interesse pubblico allo sviluppo delle fonti rinnovabili è la "necessità di ponderazione concertata degli interessi rilevanti in questo ambito, in ossequio al principio di leale cooperazione" [15].

La finalità di composizione degli interessi coinvolti è realizzata dalla previsione dell'autorizzazione unica, che, pur attribuita alla competenza regionale, "è il risultato di una conferenza di servizi, che assume, nell'intento della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, la funzione di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente" [16].

Secondo la Corte la sede del bilanciamento è nel procedimento amministrativo, nel quale può e deve avvenire "la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela" [17]. In particolare, l'individuazione delle aree non idonee deve avvenire "in via di eccezione", "solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti" e "all'esito di un procedimento amministrativo nel cui ambito deve avvenire la valutazione sincronica di tutti gli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela" [18].

Come è stato già evidenziato, l'art. 12, d.lgs. n. 387/2003 viene interpretato dalla giurisprudenza costituzionale in una maniera netta e univoca: il potere di autorizzazione va inserito all'interno di un contesto ordinamentale in cui vi è un interesse preminente allo sviluppo delle fonti rinnovabili, da perseguire primariamente sia a livello pianificatorio (Linee guida e individuazione delle aree non idonee), sia a livello di singole procedure autorizzatorie, con la conseguenza che gli altri interessi pubblici potenzialmente confliggenti (paesaggio, beni culturali, ambiente naturale, territorio agricolo), se non possono essere sacrificati indiscriminatamente, non possono però pretendere una prevalenza assoluta, ma devono ordinarsi, quali interessi secondari, rispetto all'interesse pubblico primario affidato alla cura dell'amministrazione procedente [19].

Infatti, la Corte concepisce l'individuazione delle aree non idonee come una fase pianificatoria preordinata alla valutazione in concreto dei singoli progetti, sulla base di uno schema di progressiva specificazione del bilanciamento degli interessi in gioco nella localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili. "L'atto di pianificazione contiene criteri che presiedono alla determinazione, attuata

---

[15] Corte cost., 26 marzo 2010, n. 119, in *Riv. giur. amb*., 2010, 774, con nota di F. Di Dio, *Il «paradosso fotovoltaico» dopo la Consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili* e in *Urb. app.*, 2010, p. 1035, con nota di J. Recla, *Confermata la competenza statale in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili.* Cfr. altresì Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224.

[16] Corte cost., 11 novembre 2010, n. 313; in senso analogo Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 44; 11 novembre 2011, n. 308, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 568, con nota di A. Maestroni, *La questione della localizzazione di impianti di produzione di energie rinnovabili a valle delle linee guida ministeriali. Corte costituzionale e Corte di giustizia arbitri tra esigenze di tutela paesistica e di sviluppo economico* e in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 637, con nota di M. De Lucia, *La localizzazione degli impianti da fonti di energia rinnovabile.*

[17] Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69; nello stesso senso Corte cost., 26 luglio 2018, n. 177.

[18] Ancora Corte cost., n. 69/2018, cit.

[19] Così B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative*, cit.

con il singolo atto autorizzativo, vòlta a comporre in concreto i tanti interessi coinvolti", mentre un divieto assoluto di localizzazione "cristallizza il precetto della 'non idoneità' in tutto il territorio regionale e, pertanto, sfugge alla possibilità del bilanciamento in concreto degli interessi, che il legislatore statale affida al procedimento amministrativo", giungendo a configurare una vera e propria "riserva di procedimento amministrativo" [20].

Sempre in questa logica un aspetto merita di essere ulteriormente precisato. La Corte costituzionale ha affermato che anche le Regioni a statuto speciale sono soggette ai principi fondamentali in materia di energia stabiliti dall'art. 12, compreso il principio in base al quale le Regioni devono limitarsi a individuare aree non idonee in base a un'apposita istruttoria e non possono introdurre divieti assoluti e generalizzati. "La *ratio* ispiratrice del criterio residuale di indicazione delle aree non destinabili alla installazione di impianti eolici deve essere individuata nel principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, derivante dalla normativa europea", dando così rilievo al secondo considerando della direttiva 2001/77/CE, in base il quale "la promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità [...] per motivi di sicurezza e diversificazione dell'approvvigionamento energetico, protezione dell'ambiente e coesione economica e sociale" [21].

Avendo riguardo allo specifico profilo delle competenze, si parte dal presupposto che "anche le Regioni a statuto speciale sono tenute al rispetto dei princìpi fondamentali in materia di 'energia' dettati dal legislatore statale" [22]. Più analiticamente, l'attribuzione allo Stato della competenza a porre i princìpi fondamentali della materia di energia "non annulla" quella delle Regioni a statuto speciale a tutelare il paesaggio, così come la competenza regionale in materia paesaggistica "non rende inapplicabili" alle medesime Regioni i princìpi fondamentali in materia di energia. Di conseguenza, una legge regionale che di fatto esclude sulla quasi generalità del proprio territorio l'installazione di impianti energetici trasforma l'eccezione normativa in regola e viola un principio fondamentale in materia di energia, quale quello di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile [23].

4. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nella prima giurisprudenza amministrativa

Come accennato in esordio, differente è stato per lungo tempo l'orientamento assunto in materia dal giudice amministrativo, spesso incline a ricostruire la tutela del paesaggio come incondizionata [24].

---

[20] Corte cost., 30 luglio 2021, n. 177.

[21] Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224.

[22] Corte cost., 6 maggio 2010, n. 168. In tema cfr. M. CLARICH, voce *Energia*, cit., spec. p. 456 ss.

[23] Corte cost., n. 224/2012, cit.; cfr. altresì Corte cost., 30 gennaio 2014, n. 13; 26 luglio 2018, n. 177, in *Urb. app.*, 2019, p. 364, con nota di G. ORTENZI, *Gli impianti da FER tra incentivazione statale e «moratorie» regionali*.

[24] Per uno sguardo sulla giurisprudenza amministrativa in materia cfr. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 889 ss.; A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *AmbienteDiritto*, 4/2022, p. 1 ss.; D. BEVILACQUA, *La dialettica tra promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giornale dir. amm.*, 1/2024, p. 125 ss.

Chiamata a confrontarsi in concreto con la questione relativa alle modalità e ai criteri decisionali per la localizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili la giurisprudenza amministrativa aveva letto l'art. 12, d.lgs. n. 387/2003 "secondo un'ottica maggiormente polarizzata rispetto a quella adottata dal giudice delle leggi", "dando così luogo a orientamenti contrastanti, che si dislocano secondo le linee contrapposte già suggerite dalla formulazione ambigua della disposizione" [25].

Il primo orientamento ben è sintetizzato da questa affermazione del Consiglio di Stato, espressa in occasione di un giudizio di legittimità dei pareri negativi delle Soprintendenze sulla compatibilità paesaggistica dei progetti nell'ambito della conferenza di servizi indetta ai fini dell'autorizzazione unica: "alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione" [26].

Questo filone attribuiva valore decisivo all'espressione letterale "nel rispetto delle normative vigenti ... in materia di tutela del paesaggio", utilizzata dall'art. 12, comma 3: lo speciale procedimento abilitativo consistente nel rilascio dell'autorizzazione unica "richiede il ricordato rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico", con la conseguenza che "occorre assicurare, pena il sospetto di incostituzionalità, adeguatamente la difesa di questo interesse mediante l'esercizio ove occorra di poteri senz'altro interdittivi" [27].

Pertanto il parere delle Soprintendenze nel procedimento di autorizzazione unica si trasforma in un sostanziale potere di veto, condizionando in termini assoluti la localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili alle valutazioni di compatibilità formulate dalle amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio, dell'ambiente e dei beni culturali: nel confronto in conferenza di servizi questo interesse "assume valore preminente, come reso evidente dal sistema previsto in caso di dissenso da parte dell'amministrazione ad esso preposta" [28].

Sottostante all'affermazione della non bilanciabilità del paesaggio vi è non tanto e solo un'assolutizzazione del valore paesaggistico, eventualmente giustificabile in epoca pre-riforma del 2022, ma anche e soprattutto una nozione di paesaggio meramente conservativa.

Vero è che originariamente l'art. 9 Cost. è stato interpretato in maniera pietrificata e statica: il paesaggio da tutelare costituzionalmente si risolveva nelle bellezze naturali, secondo una concezione restrittiva, in quanto solo estetica,

---

[25] B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit.

[26] Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2015 n. 3652; in senso analogo Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2015, n. 3039.

[27] In tal maniera si trasfigurava il potere della Soprintendenza da potere di mero controllo di legittimità ai sensi dell'art. 159, d.lgs. n. 42/2004 a potere di esprimere nel merito un dissenso qualificato ai sensi dell'art. 14-*quater*, legge n. 241/1990; così Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Urb. app.*, 2012, p. 1167, con nota di A. BARTOLINI, *Tutela del paesaggio e difetto assoluto di attribuzione* e in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 719, con nota di A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato*. Sui nodi decisionali che spesso determinano l'arresto con esito negativo delle procedure cfr. S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 262 ss.

[28] Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1562, in *Riv., giur. amb.*, 2013, p. 574, con nota di C. CREMONA.

del paesaggio, accolta per lungo tempo a livello normativo, a far data dalla legge 29 giugno 1939, n. 1497 (c.d. legge Bottai).

Tuttavia, gradualmente, dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, la concezione prettamente estetizzante fatta propria dalla legislazione pregressa viene abbandonata, specie grazie alla riflessione di Alberto Predieri, che parte dal presupposto in base al quale i termini impiegati dalla Costituzione devono essere valutati nel contesto della gerarchia delle norme e, di conseguenza, il significante utilizzato a livello superiore influenza la comprensione dei significanti sottordinati [29].

Il paesaggio costituzionalmente da garantire è concepito come "forma del paese" nella sua interezza, frutto dello scambio tra persona umana e natura, è "processo creativo continuo", che va ad integrare e completare l'idea originaria di paesaggio estetizzante [30].

La definizione di paesaggio frutto di questa interpretazione dinamica del dettato costituzionale è stata poi pienamente accolta dal Codice dei beni culturali e del paesaggio: il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 definisce disgiuntamente i beni paesaggistici (art. 2, comma 3) e il paesaggio (art. 131, comma 1).

Se i primi sono essenzialmente gli immobili e le aree costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e quindi rappresentano le "emergenze (o eccellenze) culturali/identitarie del paesaggio", il paesaggio viene assunto come categoria concettuale più ampia rispetto a quella dei singoli beni paesaggistici [31]. Secondo la versione attuale del Codice, che deriva dal decreto correttivo del 2008 (d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), il quale a sua volta riprende la formulazione della Convenzione europea del Paesaggio [32], il paesaggio è il "territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni", tutelato "relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali".

Emerge così un secondo orientamento in seno alla giurisprudenza amministrativa. Esso pare risentire dell'influenza della già descritta giurisprudenza costituzionale e pertanto è favorevole al riconoscimento dell'esistenza di un interesse pubblico primario alla diffusione delle fonti rinnovabili che assume rilevanza nella stessa valutazione tecnico discrezionale di compatibilità paesaggistica.

Si afferma quindi che le infrastrutture energetiche sono un genere di impianti che "costituisce un impatto sostanzialmente neutro che non può in linea

---

[29] Ancora A. PREDIERI, *La regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amm*., 1970, I, p. 360, nt. 3.

[30] A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, spec. p. 7 ss.; ID., voce *Paesaggio,* in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 514 ss.; sul magistero di Predieri cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo fondamentale di Alberto Predieri all'evoluzione e alla decifrazione della nozione giuridica di paesaggio*, in G. MORBIDELLI-M. MORISI (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze, 2019, p. 13 ss.

[31] Il virgolettato è tratto da G. SCIULLO, *I beni paesaggistici*, in *Tutela e valorizzazione del paesaggio nella transizione. Attori, istituzioni e strumenti*, a cura di M. REHO-F. MAGNI, Bologna, p. 69 ss., p. 69. Sulla coabitazione giuridica necessaria tra paesaggio e beni paesaggistici cfr., da ultimo, G. PIPERATA, *Il paesaggio: dalla tutela alla valorizzazione*, *ivi,* p. 59 ss.

[32] Convenzione firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, sulla quale cfr. G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *Aedon*, 2008, n. 3; G.F. CARTEI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, *ivi*, 2008, n. 3; D.M. TRAINA, *Il ventennale della convenzione europea sul paesaggio: un primo bilancio del suo stato di attuazione*, in *Federalismi*, n. 30/2020.

generale essere qualificato in termini di impatto significativamente negativo sull'ambiente". Di conseguenza "si deve negare che, al di fuori dei siti paesaggisticamente sensibili e specificamente individuati come idonei, si possa dar luogo ad arbitrarie valutazioni di compatibilità estetico-paesaggistica sulla base di giudizi meramente estetici, che per loro natura sono *crocianamente* opinabili" [33]. In questa maniera si abbraccia una concezione di paesaggio dinamicamente inteso, fatta propria dalla dottrina più attenta e dalla giurisprudenza della Consulta.

La revisione costituzionale ha reso palese la disponibilità dell'interesse paesaggistico e quindi la sua relatività rispetto ad altri interessi in gioco. Di ciò pare consapevole l'orientamento in esame, che esclude l'incompatibilità *a priori* con la tutela del paesaggio di ogni possibile alterazione e reclama sempre un punto di equilibrio da ricostruire caso per caso con un bilanciamento dinamico e modulato sulla realtà concreta [34].

Più precisamente, l'evoluzione giurisprudenziale si è anzitutto manifestata con riferimento alla dialettica tra tutela dell'ambiente e la tutela dei beni culturali, per poi estendersi anche alla relazione tra la tutela dell'ambiente e la tutela del paesaggio. Così il Consiglio di Stato, nel valutare la legittimità di un vincolo culturale indiretto, ha sostenuto che la tutela del patrimonio culturale non possiede "il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica", riprendendo poi la giurisprudenza costituzionale che riconosce nel procedimento amministrativo la sede in cui devono "contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi confliggenti" [35].

Ai fini della localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili è lo stesso art. 12, d.lgs. n. 387/2003 ad imporre "una più severa comparazione tra i diversi interessi coinvolti", la quale "non può ridursi all'esame della ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato, che connota generalmente il tema della compatibilità paesaggistica negli ordinari interventi edilizi, ma impone una valutazione più analitica che si faccia carico di esaminare la complessità degli interessi coinvolti" [36]. Secondo questa giurisprudenza "ogni nuova opera d'altronde ha una qualche incidenza sul paesaggio (che è costituito, secondo una delle definizioni più appropriate, dalla interazione tra le opere dell'uomo e la natura), di tal che il giudizio di compatibilità paesaggistica non può limitarsi a rilevare l'oggettività del *novum* sul paesaggio preesistente, posto che in tal modo ogni nuova opera, in quanto corpo estraneo rispetto al preesistente quadro paesaggistico, sarebbe di per sé non autorizzabile" [37].

Di qui un'evoluzione ulteriore della giurisprudenza amministrativa in materia. Censurando il fatto che in sede di ponderazione comparativa degli interessi sia

---

[33] Cons. Stato, Sez. IV, 9 settembre 2014, n. 4566.

[34] Della "necessità della ricerca e della verifica, di volta in volta, in concreto di un ragionevole bilanciamento tra interessi pubblici e privati ed anche tra valori costituzionali in potenziale conflitto tra di loro quali il paesaggio e l'ambiente" parla Cons. Stato, Sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8258. In senso analogo cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 6 dicembre 2022, n. 10664.

[35] Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, relativa all'imposizione di vincoli indiretti; sulla decisione cfr. G. SCIULLO, *Nuovi paradigmi per la tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2022, n. 3; F. PELLIZZER-E. CARUSO, *Tutela della cultura e transizione ecologica nel vincolo culturale indiretto: un binomio (solo) occasionale. Alcune riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI, n. 8167/2022*, *ivi*, 2023, n. 2.

[36] Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201.

[37] Ancora Cons. Stato, Sez. VI, n. 1201/2016, cit.

data la prevalenza “univoca e assoluta” a uno solo di essi, si precisa che la stessa tutela costituzionale del paesaggio, in quanto improntata all’identità estetico-culturale della forma del territorio, implica che “l’intervento dell’uomo contribuisca a conformarne la nozione” [38].

Respingendo il ricorso proposto dal Ministero della Cultura contro l’autorizzazione unica rilasciata dalla Regione nonostante il parere negativo della Soprintendenza, il Consiglio di Stato, sulla scorta di un’approfondita ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, ha affermato che la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è “un’attività di interesse pubblico che contribuisce anch’essa non solo alla salvaguardia degli interessi ambientali ma, sia pure indirettamente, anche a quella dei valori paesaggistici” [39], mentre si spinge ancora più in là l’orientamento che considera le tecnologie di produzione di energia fotovoltaica “ormai ... elementi normali del paesaggio” [40].

5. La relazione tra paesaggio e infrastrutture energetiche nell’attuale disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili: la logica programmatoria

L’originario schema introdotto dall’art. 12, ultimo comma, d.lgs. n. 387/2003 e dalle Linee guida per l’autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabile è stato rovesciato da un complesso e stratificato sistema. Quest’ultimo si compone del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, di recepimento della direttiva 2018/2001, del successivo d.m. 21 giugno 2024 (c.d. decreto Aree Idonee) e delle (poche) relative leggi regionali, del d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (Testo Unico sulle rinnovabili), per arrivare, da ultimo, al recente d.l. 21 novembre 2025, n. 175 (cd. Decreto Transizione 5.0), non ancora convertito in legge, che ha assorbito la normativa precedente e ha trasferito nel Testo Unico rinnovabili molte disposizioni in precedenza contenute nel d.lgs. n. 199/2021. Incidentalmente è possibile osservare come nel giro di pochi anni, se non addirittura mesi, il quadro normativo sia continuato a mutare vorticosamente creando un indubbio problema di certezza del diritto e di ricostruzione della disciplina vigente *ratione temporis*.

Osservato ciò, per quanto qui specificamente rileva la tendenza da sottolineare è l’emancipazione della valutazione di compatibilità tra paesaggio e fonti rinnovabili dalla logica puntuale-provvedimentale per articolarsi in snodi progressivi, che prendono le mosse anzitutto dal livello generale, anche se non astratto.

Come sopra evidenziato, l’art. 12, d.lgs. n. 387/2003 non prevedeva alcuno strumento programmatorio, lasciava le scelte localizzative all’iniziativa privata e affidava alle Regioni la funzione meramente orientativa (in senso negativo) di individuare le aree non idonee all’installazione di determinate tipologie di impianti. Di conseguenza veniva demandata esclusivamente a una valutazione caso per caso la compatibilità tra paesaggio e infrastrutture energetiche.

---

[38] Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2024, n. 4766. Cfr. altresì Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2024, n. 667.

[39] Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983. Da ultimo TAR Campania, Salerno, Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 73, che riprende TAR Campania, Salerno, Sez. II, 5 ottobre 2017, n. 1458.

[40] TAR Campania, Salerno, Sez. II, 28 febbraio 2022, n. 564.

Tuttavia, visto che non tutti i valori paesaggistici possono essere indiscriminatamente considerati incompatibili con gli impianti da fonti rinnovabili, ma devono essere graduati per pregnanza e intensità, era via via emersa la consapevolezza della necessità di individuare già a livello pianificatorio i valori paesaggistici maggiormente sensibili e difficili da armonizzare con la presenza di impianti da fonti rinnovabili. In altri termini, data la non eludibilità dell'obiettivo di sviluppo delle fonti rinnovabili, il bilanciamento tra gli interessi in gioco dovrebbe essere già inserito in maniera vincolante nella valutazione di livello programmatorio dell'impatto degli impianti da fonti rinnovabili sui valori naturalistici, paesaggistici e culturali presenti sul territorio [41].

Di questa consapevolezza è stata originaria espressione l'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 199/2021, che adotta per primo una logica programmatoria, prevedendo da parte delle Regioni l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal Piano Nazionale Integrato Energia e Clima per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili (comma 1) [42].

Esiste una contestualità e una reciproca dipendenza tra l'individuazione di aree idonee e non idonee e il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili: da un lato, devono essere reperite aree idonee sufficienti a localizzare impianti la cui potenza complessivamente soddisfi l'obiettivo di sviluppo delle fonti rinnovabili (art. 20, comma 4), dall'altro, le aree non idonee devono essere limitate in funzione della potenza da installare secondo l'obiettivo dato (che non potrebbe essere raggiunto se l'insieme delle aree non idonee rendesse impossibile individuare aree idonee sufficienti) [43].

Come osservato ai paragrafi precedenti, in realtà già le Linee guida nazionali stabilivano che le Regioni dovessero conciliare "le politiche di tutela del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili attraverso atti di programmazione congruenti con la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata" e che "le aree non idonee (fossero) individuate dalle Regioni nell'ambito dell'atto di programmazione con cui sono definite le misure e gli interventi necessari al raggiungimento degli obiettivi di *burden sharing*", in modo da assicurare la "congruenza con lo specifico obiettivo" assegnato a ciascuna Regione (par. 17.2).

Tuttavia, a queste indicazioni mancava la vincolatività conferita dalla nuova disciplina che non solo ha rango legislativo ma prevede una precisa imposizione al posto di un generico indirizzo di mera congruenza [44].

La cornice di diritto positivo inizialmente introdotta dall'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021 [45] si fa ulteriormente specifica. Il processo pianificatorio è tenuto prioritariamente a determinare le aree idonee a soddisfare la quota di obiettivo

---

[41] Sulla necessità di una programmazione in materia cfr. S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 753 ss.; N. RANGONE, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1490 ss.

[42] L'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021 è stato ora abrogato dall'art. 2, comma 1, del già menzionato d.l. n. 175/2025, non ancora convertito in legge, e il suo testo è in parte confluito all'interno dell'art. 11 *bis* del d.lgs. n. 190/2024 (Testo Unico rinnovabili), sempre introdotto dal d.l. n. 175/2025.

[43] B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit.

[44] Ancora B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit.

[45] Che, come accennato, è stato abrogato dall'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 190/2024, come modificato art. 2, comma 1, del d.l. n. 175/2025, non ancora convertito in legge.

PNIEC gravante sulle singole Regioni. A tal fine le Regioni devono rivolgersi prima di tutto alle "aree industriali dismesse, altre aree compromesse, aree abbandonate e marginali" (art. 20, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 199/2021). Ciò in attuazione di un criterio di "minimizzazione" degli impatti sull'ambiente, sul territorio, sul patrimonio culturale e sul paesaggio (art. 20, comma 5) e di limitazione della "porzione di suolo occupabile" (comma 1, lett. a). Queste aree dovranno essere "idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili" (comma 1, lett. b) e la potenza in esse installabile dovrà essere comunque sufficiente a soddisfare il vincolo del raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione previsti per il 2030 (comma 5).

Pertanto, secondo il (primo) legislatore degli anni Venti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili preferibilmente sono da collocare in aree già compromesse dal punto di vista paesaggistico. Al tempo stesso viene introdotto un meccanismo atto a garantire che tali aree siano effettivamente sufficienti a raggiungere gli obiettivi dati, imponendo in caso contrario di rinvenire le aree idonee mancanti in altre parti del territorio [46].

La traslazione dal piano puntuale-provvedimentale al piano generale-programmatorio però è solo il primo passo verso un nuovo paradigma di conciliabilità tra sviluppo delle fonti rinnovabili e tutela del paesaggio. Infatti, l'individuazione delle aree idonee e non idonee da parte delle Regioni va compiuta all'interno di una precisa cornice normativa di livello nazionale, venendo così in rilievo la dinamica Stato-Regioni, che rappresenta il secondo, problematico, tassello del cambio di paradigma.

6. Segue: la dinamica Stato-Regioni

Nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina un ruolo importante è affidato alle Regioni. Dal punto di vista temporale il cambio di passo si ricava dapprima dal comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021, che ha attribuito alle singole leggi regionali il compito di individuare le aree idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una determinata potenza complessiva [47]. Il nuovo sistema, nella sua originaria declinazione, prevedeva che i principi e criteri omogenei per l'individuazione, da parte delle Regioni, delle superfici e delle aree idonee e non idonee, fossero stabiliti a livello nazionale con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica (oggi Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica), di concerto con il Ministro della cultura, e del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali (oggi Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste), previa intesa in sede di Conferenza

[46] In maniera poco coordinata, il comma 3 detta un criterio analogo per l'individuazione delle aree idonee in generale, cioè per tutte le tipologie di impianti e per obiettivi ulteriori rispetto a quelli necessari in base al PNIEC (mentre, a quel che è dato comprendere, il comma 1, lett. b), detta un criterio specifico per l'individuazione in via prioritaria delle "aree idonee all'installazione della potenza eolica e fotovoltaica indicata nel PNIEC"), stabilendo che l'individuazione deve essere fatta "privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi incluse le superfici agricole non utilizzabili, compatibilmente con le caratteristiche e le disponibilità delle risorse rinnovabili". Sul punto cfr. B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit.

[47] Almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili.

unificata (art. 20, comma 1). Nelle more dell'adozione del decreto in questione il legislatore nazionale aveva individuato aree idonee *ex lege* (art. 20, comma 8).

Con il decreto ministeriale 21 giugno 2024 (c.d. decreto Aree Idonee) la previsione normativa nazionale è stata attuata e quindi sono stati determinati i criteri per l'individuazione delle aree idonee e di quelle non idonee, sia pure con due anni di ritardo rispetto a quanto normativamente previsto [48].

La tipizzazione delle aree ai fini della realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili non si limita alla dicotomia tra aree idonee e aree non idonee (art. 1 del decreto). Viene contemplata anche la categoria delle "aree ordinarie", ovvero quelle non qualificabili né come idonee né come non idonee. Una volta individuate le aree "idonee" – per le quali è previsto un *iter* accelerato ed agevolato per la costruzione e l'esercizio degli impianti – e quelle "non idonee" – le cui caratteristiche sono incompatibili con l'installazione di specifiche tipologie di impianti [49] –, residuano le aree "ordinarie", diverse dalle prime due e in relazione alle quali si applicano i regimi autorizzativi ordinari [50].

Quello che più importa nella relazione tra fonti rinnovabili e paesaggio è il regime delle aree così tipizzate: per le aree "non idonee" vige la regola secondo cui la "non idoneità" non deve configurarsi come divieto preliminare o come impedimento assoluto alla localizzazione, dovendo comunque l'amministrazione verificare caso per caso se l'impianto progettato, considerati i vincoli insistenti sull'area, possa essere realizzato; a maggior ragione non può escludersi *a priori* la possibilità che un impianto possa essere ospitato in un'area che non sia né idonea, né non idonea e sia dunque da considerare come "ordinaria" [51].

È lo stesso legislatore nazionale, al comma 7 dell'art. 20, d.lgs. n. 199/2021 a chiarire che le aree non incluse tra le aree idonee "non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee". In altri termini, il legislatore nazionale adotta una impostazione favorevole a consentire la localizzazione degli impianti tendenzialmente in qualsiasi parte del nostro territorio.

Come sottolineato, secondo il disegno originario del nuovo paradigma, così come tracciato dal d.lgs. n. 199/2021, è al legislatore regionale che spetta provvedere con propria legge all'individuazione le aree idonee. Tuttavia, poche Regioni hanno dettato una normativa per il recepimento del decreto sulle aree idonee, la maggior parte si è limitata a presentare proposte di legge, mentre altre ancora non ne hanno mai formalizzato alcuna.

---

[48] Sulla sorte del Decreto Aree Idonee cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo. Per quanto qui rileva l'art. 7, comma 2, del Decreto ha stabilito che "per l'individuazione delle aree idonee le regioni tengono conto (...) delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica, e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi incluse le superfici agricole non utilizzabili, compatibilmente con le caratteristiche e le disponibilità delle risorse rinnovabili, delle infrastrutture di rete e della domanda elettrica, nonchè tenendo in considerazione la dislocazione della domanda, gli eventuali vincoli di rete e il potenziale di sviluppo della rete stessa".

[49] Secondo le modalità stabilite dal par. 17 e dall'all. 3 delle Linee guida emanate con il più volte citato decreto ministeriale del 10 settembre 2010.

[50] In tema cfr. P. PANTALONE, *La disciplina introdotta dal Decreto legislativo 25 novembre 2024, n. 190, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[51] TAR Umbria, Sez. I, 6 agosto 2024, n. 589.

Tra i fattori alla base del percorso a rilento delle Regioni vanno fatti rientrare i vari ricorsi pendenti su alcune disposizioni del decreto Aree Idonee proposte da operatori del settore, parzialmente accolti dal TAR Lazio, dopo che il Consiglio di Stato con ordinanza cautelare aveva concesso la misura sospensiva [52]. Ciò ha portato all'annullamento della parte del decreto (art. 7, commi 2 e 3) che lasciava alle Regioni il potere di definire non idonee anche le aree stabilite come idonee dall'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 199/2021, come le aree industriali dismesse, cave, aree lungo autostrade e ferrovie, in considerazione del fatto che nella disciplina di livello primario non sembra possa rinvenirsi spazio per una più restrittiva disciplina regionale [53]. Il giudice amministrativo ha chiarito che le Regioni non possono derogare *in peius* ai criteri statali e che qualsiasi limitazione va giustificata sulla base di parametri oggettivi e non di considerazioni discrezionali, imponendo la riscrittura del decreto entro 60 giorni, per stabilire nuovi criteri nazionali vincolanti ai quali le Regioni dovranno adeguarsi.

Prima di accennare alla sorte del nuovo decreto ministeriale, che però ha assunto le ben diverse sembianze di un decreto legge, vale la pena soffermarsi anche sulla posizione assunta dalla Corte costituzionale in merito alla dinamica tra Stato e Regioni. Infatti anche la Consulta ha avuto modo di intervenire sul nuovo sistema introdotto. Nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Calabria nel frattempo adottata, la Consulta ha precisato che l'inidoneità dell'area, pur se dichiarata con legge regionale, non si può tradurre in un divieto assoluto e aprioristico, ma "equivale a indicare un'area in cui l'installazione dell'impianto può essere egualmente autorizzata ancorché sulla base di una idonea istruttoria e di una motivazione rafforzata" [54].

Per la Corte il nuovo assetto è funzionale a dare risalto alla autonomia regionale, ma al contempo è "idoneo a scongiurare il rischio che gli organi politici regionali, quando non sussistano evidenti ragioni di salvaguardia degli ecosistemi e della biodiversità, ricorrano allo *strappo legislativo* per assecondare la tentazione di ostacolare impianti sui rispettivi territori (secondo l'efficace espressione *Ninmby: not in my back yard*), ciò che si porrebbe in palese contrasto con la pressante esigenza dello sviluppo di energie rinnovabili: interesse ... *di cruciale rilievo* proprio *rispetto al vitale obiettivo di tutela dell'ambiente, anche nell'interesse delle future generazioni*" [55].

Come accennato, il d.l. n. 175/2025 ha abrogato l'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021, sia pure riprendendone in parle la disciplina, e ha introdotto elementi nuovi nella dinamica Stato-Regioni. Due gli aspetti qualificanti, strettamente connessi. Ora alcune aree idonee sono individuate direttamente da una norma di rango primario e cioè dal novello art. 11 *bis* (Aree Idonee su terraferma) del Testo Unico Rinnovabili [56], che prevede anche disposizioni *ad hoc* per gli

---

[52] Cons. Stato, Sez. IV, ord. 14 novembre 2024, n. 4298.

[53] TAR Lazio, Sez. III, 13 maggio 2025, n. 9155.

[54] Corte cost., 28 luglio 2025, n. 134. Cfr. altresì Corte cost., 7 giugno 2024, n. 103.

[55] Ancora Corte cost., n. 134/2025, cit.; ma cfr. altresì Corte cost., 11 marzo 2025, n. 28, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge reg. Sardegna 3 luglio 2024, n. 5, che introduce il divieto di realizzare impianti FER per 18 mesi nelle more dell'approvazione della legge regionale di individuazione delle aree idonee, in quanto viola i principi introdotti dall'art. 20, d.lgs. n. 199/2021, quali il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione al 2030 (comma 5), il divieto di introduzione di moratorie (comma 6) e l'avvio di procedure autorizzatorie agevolate per l'installazione di FER nelle aree individuate temporalmente da considerarsi idonee (comma 8).

[56] Sulle aree direttamente riconosciute come idonee per l'installazione di impianti da fonti

impianti fotovoltaici [57]; di conseguenza risultano ridotti gli spazi di intervento delle Regioni, che entro 120 giorni dall'entrata in vigore del provvedimento potranno individuare con una propria legge ulteriori aree idonee, attenendosi ai vincoli previsti nella normativa nazionale [58].

Qualsiasi giudizio sulla nuova disciplina è prematuro, specie in considerazione del fatto che essa è ancora in attesa di conversione di legge e nel frattempo le varie audizioni parlamentari stanno evidenziando non poche criticità.

7. Segue: l'attività provvedimentale

L'ultimo livello di disciplina della relazione tra fonti rinnovabili e paesaggio è dato dall'attività provvedimentale di rilascio delle autorizzazioni. Sempre secondo il disegno originario del nuovo paradigma, l'art. 22, d.lgs. n. 199/2021 ha regolato le procedure di autorizzazione per le aree idonee, stabilendo che l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime con un parere obbligatorio non vincolante. Una volta decorso inutilmente il termine per l'espressione del parere, l'amministrazione "provvede comunque sulla domanda di autorizzazione" (comma 1, lett. a), consentendo così il rilascio del provvedimento anche in assenza dell'atto di competenza dell'autorità paesaggistica. Dunque, dal punto di vista sistematico, nel caso delle aree idonee esiste una presunzione relativa di autorizzabilità dei progetti localizzati su di esse.

In base all'accennata successione vorticosa di normative è poi stato adottato il d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (c.d. Testo Unico FER), per riordinare e semplificare la disciplina sulla costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili [59] e infine è intervenuto il d.l. n. 175/2025, inserendo in questo Testo l'art. 11 *quater* al fine di semplificare ulteriormente il procedimento per la realizzazione degli impianti localizzati in aree idonee.

Come già accennato al paragrafo iniziale, l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 190/2024 stabilisce che gli interventi relativi alla costruzione, potenziamento, rifacimento ed esercizio degli impianti di produzione da fonti rinnovabili sono considerati di interesse pubblico prevalente in occasione dell'attività di ponderazione degli interessi [60].

Si è parimenti sottolineato che la disposizione fa proprio un principio di derivazione europea, previsto dapprima dalla direttiva 2023/2413/UE (c.d. RED III) secondo cui "entro il 21 febbraio 2024, fino al conseguimento della neutralità climatica" gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle

---

rinnovabili si rinvia all'art. 11 *bis* del Testo Unico Fer, così come introdotto dall'art. 2, comma 1, del d.l. n. 175/2025.

[57] Cfr. lett. *l* del comma 1 dell'art. 11 *bis* del Testo Unico Fer.

[58] In particolare, i vincoli posti alle Regioni sono contenuti al comma 4 dell'art. 11 *bis* del TU Rinnovabili, introdotto dall'art. 2, comma 1, del d.l. n. 175/2025.

[59] Il decreto aspira a razionalizzare i procedimenti amministrativi per l'installazione degli impianti, articolando i regimi autorizzativi nelle tre categorie principali di Attività Libera, Procedura Abilitativa Semplificata (PAS) e Autorizzazione Unica (AU). Sulla disciplina dettata dal Testo Unico cfr. E. BRUTI LIBERATI-C. MAINARDIS-A. TRAVI (a cura di), *Codice dell'energia. La nuova disciplina delle fonti rinnovabili,* Milano, 2025.

[60] La Regione Sicilia ha impugnato davanti alla Corte costituzionale l'art. 9 del Testo Unico Fer, lamentando l'esclusione della competenza regionale nel procedimento di autorizzazione unica per gli impianti che superano i 300 megawatt, per violazione dell'art. 117 Cost. in materia concorrente e dell'art. 14 dello Statuto della Regione Sicilia.

autorizzazioni, “la pianificazione, la costruzione e l’esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente” e successivamente dal regolamento UE 2024/1991 sul ripristino della natura secondo cui “la pianificazione, la costruzione e l’esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio sono presunti di interesse pubblico prevalente” (art. 4).

Se nessun interesse pubblico può pretendere una prevalenza assoluta, né, di contro, può essere sacrificato in maniera indiscriminata, il bilanciamento tra paesaggio e ambiente s’impone non solo per evitare una protezione sproporzionata del paesaggio in violazione di quella parte dell’art. 9 Cost. che costituzionalizza la tutela dell’ambiente, ma anche per scongiurare una protezione sproporzionata dell’interesse ambientale alla transizione ecologica, che sarebbe parimenti non rispettosa dell’art. 9 Cost. nella parte in cui costituzionalizza la tutela del paesaggio [61].

Di conseguenza, la disciplina di costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili non va letta nel senso di avere introdotto un’astratta e aprioristica gerarchizzazione degli interessi in favore della neutralità climatica.

Vero è che il legislatore recente parla di “interesse pubblico prevalente” ai progetti inerenti allo sviluppo delle fonti rinnovabili. Tuttavia, per un verso, a livello europeo l’“interesse pubblico prevalente” è definito in termini di presunzione relativa ed è quindi sempre da verificare in concreto “se (non) vi s(ia)no prove evidenti che tali progetti hanno effetti negativi significativi sull’ambiente che non possono essere mitigati o compensati” [62]. Per altro verso e in termini del tutto analoghi, a livello nazionale “nei singoli casi” l’interesse pubblico prevalente passa espressamente attraverso un processo di ponderazione degli interessi e viene fatto “salvo (il) giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi” non solo sull’ambiente e sulla tutela della biodiversità, ma anche specificamente sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo [63].

Pertanto, il c.d. *overriding public interest* va correttamente interpretato. Se in passato era servito per giustificare in via eccezionale una tutela meno stringente degli interessi ambientali, ora viene ad assolvere una funzione diametralmente opposta [64]. Ma sempre e in ogni caso prevalenza di un interesse non significa

---

[61] Teme l’irrilevanza degli interessi paesaggistico-culturali P. MARZARO, *Paesaggio vs. rinnovabili. Le pressioni di un sistema in continua espansione: verso l’irrilevanza paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2023, p. 248 ss.; cfr. altresì S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell’ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 753 ss.; G. SEVERINI-P. CARPENTIERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[62] Così i già menzionati art. 16-*septies*, direttiva (UE) 2018/2001 sulle energie rinnovabili, così come modificato dalla direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 e art. 6, regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869. In senso analogo i considerando 4 e 8 del regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio, del 22 dicembre 2022 che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

[63] In questo senso il già citato art. 3, d.lgs. n. 190/2024, recante la disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

[64] Basti pensare all’art. 4, par. 7, direttiva 2000/60/CE, sulla qualità delle acque, come puntualmente richiamato da P. CHIRULLI, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra Repower EU e direttiva Red III*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, a cura di F. Cusano, Milano, 2025, pp. 311 ss., 319.

sua assolutezza in astratto. Non si può abbandonare la lezione della Corte costituzionale sulla tutela sistemica e in rapporto di integrazione reciproca dei valori e quella, ancora più risalente nel tempo, della giurisprudenza amministrativa sulla logica del necessario ed equilibrato bilanciamento degli interessi che tenga presente le peculiarità delle diverse situazioni fattuali.

Si deve così conclusivamente tornare sulla dimensione giurisprudenziale del problema, perché la soluzione dei conflitti tra paesaggio e ambiente è destinata sempre ad essere risolta nel concreto della valutazione di ogni singolo progetto di localizzazione di un impianto. E se i criteri che presiedono alla valutazione dei progetti non risultano sufficientemente chiari *ex ante*, a causa dell'ambiguità e dell'indeterminatezza della disciplina normativa, si apre lo spazio per l'introduzione nel giudizio di *rationes* giurisprudenziali, condizionate non solo dalle peculiarità dei casi concreti, ma anche da opinioni differenti circa l'assetto ordinamentale degli interessi in gioco.

Pertanto, senza una stabilizzazione del quadro entro il quale il giudice amministrativo esercita il sindacato di legittimità sugli atti relativi alla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili, continueranno a manifestarsi in giurisprudenza decisioni oscillanti tra i due poli sopra evidenziati della tutela statica e assoluta del paesaggio, da un lato, e del necessario bilanciamento tra paesaggio e ambiente, dall'altro.

La legislazione recente non ha superato affatto le ambiguità della disciplina originaria. Basti pensare che il d.lgs. n. 190/2024 sembrerebbe affermare, come si è visto, il criterio del necessario bilanciamento, ma in realtà il dettato normativo non risulta affatto chiaro sul punto.

Anzitutto, l'art. 3 esclude la prevalenza dell'interesse pubblico allo sviluppo delle fonti rinnovabili quando emergano "effetti negativi significativi" sul paesaggio (e sugli altri interessi ivi indicati). Per quanto la disposizione specifichi che devono emergere "prove evidenti" di tali effetti negativi, la qualificazione "significativo", rendendo giuridicamente indeterminato il concetto, finisce per rimettere alla discrezionalità tecnica insindacabile delle autorità competenti la stessa ammissibilità di un bilanciamento tra gli interessi pubblici in conflitto.

L'indeterminatezza che ne risulta è inoltre accentuata dalla formulazione dell'art. 1, comma 2, il quale, da un lato, afferma che "il presente decreto assicura, anche nell'interesse delle future generazioni, la massima diffusione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili", ma, dall'altro, ripropone la formula dell'art. 12, d.lgs. n. 387/2003 [65]: "nel rispetto della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, dei beni culturali e del paesaggio", così replicando l'ambiguità della disciplina originaria.

8. I problemi aperti e la difficoltà di stabilizzare il quadro di riferimento della prassi giurisprudenziale

A fronte di un quadro normativo non ancora sufficientemente chiaro il contributo che la riflessione sistematica può dare alla stabilizzazione dei punti di riferimento della prassi giurisprudenziale in materia passa attraverso l'individuazione dei problemi aperti e la specificazione dei criteri di giudizio da considerare indefettibili nel contesto ordinamentale attuale.

[65] Cfr. *supra*, paragrafo 2.

Ci si limiterà in questa sede ad evidenziare i punti che appaiono di maggior rilievo, anche in considerazione della prassi giurisprudenziale più recente.

Come si è illustrato in precedenza, la giurisprudenza ha compiuto un faticoso percorso di superamento dell'idea per la quale la tutela del paesaggio rivestirebbe un valore assoluto, non bilanciabile rispetto all'interesse ambientale allo sviluppo delle fonti rinnovabili e alla riduzione delle emissioni climalteranti.

Per la giurisprudenza inizialmente prevalente, la tutela del paesaggio prevista all'art. 9 Cost. determinava un quadro in base al quale "alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione"; di conseguenza, il parere di compatibilità paesaggistica è "atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto"; e la previsione della conferenza di servizi ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 387/2003 "non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale"; l'ordinamento attribuisce tuttavia al Consiglio dei Ministri il potere di comporre l'eventuale dissenso, attraverso "una ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, resa possibile dalla collocazione istituzionale dell'organo decidente, il cui orizzonte è tale da poter considerare, in un'ottica di sintesi, tutte le diverse posizioni di interesse (quelle ambientali, paesaggistiche, energetiche, urbanistiche, industriali, ecc.)" [66].

È importante sottolineare che questo orientamento si alimentava anche della convinzione che le direttive europee e gli accordi internazionali sulla promozione delle fonti rinnovabili non svolgessero "alcuna incidenza, né rilevanza riguardo alle scelte – statali e regionali – in ordine al corretto bilanciamento tra gli opposti interessi pubblici" e che non si sarebbe neppure potuto operare una comparazione "tra il valore della lotta al mutamento climatico, che riguarda effetti ipotetici, indiretti e futuri e si pone su di un piano globale e di lungo periodo, e il valore di tutela della risorsa agricola e del paesaggio, che verrebbe invece pregiudicato immediatamente per effetto diretto degli interventi proposti", trattandosi di "termini palesemente eterogenei e non commensurabili, perseguendo l'uno un effetto solo ipotetico, indiretto e futuro, comportando l'altro, invece, danni immediati, certi e diretti ai beni-interessi protetti" [67].

Come pure in precedenza illustrato, l'orientamento che invece ritiene il paesaggio istituzionalmente bilanciabile con l'esigenza ambientale di tutela del clima, sulla base del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili, è ispirato a ragioni frontalmente contrapposte [68].

Si afferma, infatti, che "la primarietà di valori come la tutela del patrimonio

---

[66] Così, sintetizzando l'orientamento in esame, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486, che ha coerentemente ritenuto, in caso di dissenso tra il Ministero della cultura e il Ministero dell'ambiente in sede di VIA statale relativa ad impianti da fonti rinnovabili, che l'intervento del Consiglio dei Ministri sia sempre necessario. Sul carattere di atto di alta amministrazione della decisione del Consiglio dei Ministri, il quale è "competente a fissare l'indirizzo politico-governativo ed è, pertanto, anche competente a valutare quale, fra due o più posizioni in contrasto, garantisca meglio gli interessi pubblici coinvolti e le priorità della politica governativa, dovendo dunque prevalere", cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2025, n. 610.

[67] Cons. Stato, Sez. I, 28 aprile 2021, n. 843.

[68] Ad. es., Cons. Stato, n. 8258/2023, cit., che sottolinea l'importanza del "trend normativo, sempre più favorevole ed incentivante all'utilizzo delle fonti rinnovabili" come "costantemente interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa all'insegna della necessità della ricerca e della verifica, di volta in volta, in concreto di un ragionevole bilanciamento".

culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione *totalizzante* come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto"; inoltre "l'indirizzo politico europeo e nazionale riconosce agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili importanza fondamentale" e "richiede di abbandonare il modello delle *tutele parallele* degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali"; tutto ciò quindi "implica che il procedimento sia la *sedes materiae* in cui devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi configgenti" [69].

9. Sistemi valoriali e criteri decisionali

La contrapposizione tra questi due modi di concepire il quadro di riferimento per la valutazione dei progetti di localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili appare davvero radicale e bisogna evitare di sminuirla smussando le differenze.

Piuttosto, occorre mettere a fuoco l'effettiva diversità del criterio decisionale che risulta dall'adozione dell'una o dell'altra impostazione, evitando di concentrare l'attenzione unicamente sui contrapposti sistemi valoriali. A risultare significativi, da questo punto di vista, non sono i casi in cui la questione viene risolta a livello politico dal Consiglio dei Ministri, ma i casi in cui la decisione viene assunta nella ordinaria conferenza di servizi, perché da essi emerge come effettivamente in gioco non sia il bilanciamento degli interessi, quanto il significato e il conseguente valore che vengono attribuiti al bene paesaggistico, anche nell'ottica del bilanciamento.

Dal confronto tra due coppie di decisioni recenti sembra emergere con chiarezza quanto ora ipotizzato.

La prima coppia riguarda il problema del c.d. effetto selva derivante dalla presenza di una pluralità di impianti eolici nella stessa zona. I due casi sembrano differire quantitativamente per il numero di aerogeneratori coinvolti, che in un caso appare abbastanza contenuto, mentre nell'altro risulta essere macroscopico. La diversità dei casi potrebbe dunque ragionevolmente spiegare il diverso esito della controversia. Tuttavia, dalla lettura delle motivazioni emerge anche una marcata differenza d'impostazione la quale merita di essere valutata attentamente.

---

[69] Cons. Stato, n. 8167/2022, cit., la quale si basa, da un lato, sulla convinzione che "negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi" e, dall'altro, sulla primarietà del "principio di integrazione delle tutele" sancito dall'art. 11 TFUE e recepito dall'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006, osservando anche come lo stesso art. 12, ultimo comma, d.lgs. n. 387/2003, prevedendo delle linee guida sul corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio, escluda "per ciò stesso una incompatibilità di principio di essi con la tutela del paesaggio". Si veda altresì Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2024, n. 4818, la quale aggiunge anche il motivo della "trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale ... a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati" e della conseguente "attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili come quello del paesaggio, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi, quale quello della salvaguardia dell'ambiente".

Nel primo caso [70] l'area interessata dall'intervento, consistente nella installazione di sette aerogeneratori, non ricadeva in un vincolo paesaggistico, ma in un "ulteriore contesto paesaggistico" sottoposto a tutela dal PPTR, ragione per la quale la normativa regionale imponeva di valutare gli impatti visivi del progetto entro un'area di 12 km di raggio. In tale vasta area (circa 452 kmq) esitevano già circa 300 aerogeneratori di vari modelli e dimensioni. Nel rendere il giudizio di VIA negativa, l'autorità competente aveva sottolineato che "gli aerogeneratori in progetto sommandosi a quelli già esistenti, vanno a creare un effetto selva che assume nel contesto locale un effetto significativo dalla criticità non trascurabile". Per contrastare tale determinazione, la ricorrente aveva sostenuto che l'esistenza di impianti eolici già realizzati nell'area vasta di indagine aveva modificato la percezione del paesaggio, per cui l'aggiunta dei nuovi aerogeneratori non avrebbe alterato significativamente degli scenari visuali ormai trasformati in un "paesaggio eolico".

Dal momento che l'amministrazione si era limitata ad opporre il numero eccessivo degli aerogeneratori esistenti, la ricorrente aveva dunque sottolineato che il paesaggio era già naturalisticamente degradato e che quindi non era sufficiente addurre l'aggravamento quantitativo, ma sarebbe stato necessario dimostrare che l'inserimento dei nuovi aerogeneratori avrebbe significativamente alterato il paesaggio. Si intuisce, quindi, che il privato stava cercando di contestare l'astrattezza della valutazione puramente quantitativa posta a base del giudizio negativo.

Nel respingere questa prospettazione il Consiglio di Stato ha osservato che "in termini puramente astratti, non si può escludere che nel futuro le torri eoliche possano essere considerate alla stregua di elementi caratterizzanti del paesaggio, da valorizzare ovvero tutelare", ma "nell'attuale momento storico ciò non vale, dato che gli obiettivi di tutela della normativa in tema di VIA, e in generale di tutta la normativa in materia paesaggistica, sono altri". Si afferma cioè che gli impianti eolici sono da considerare, alla stregua delle norme che proteggono il paesaggio, come un valore negativo, secondo la logica innescata dalla locuzione "nel rispetto, ecc." contenuta nell'art. 12, d.lgs. n. 387/2003 e ripresa anche dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 190/2024.

Appare evidente in ciò la convinzione che la tutela del paesaggio abbia carattere statico e conservativo, rifiutando la possibilità che le trasformazioni in atto nel paesaggio, sotto la spinta dei bisogni umani, abbiano l'effetto di trasformarne il significato. Da questa concezione statica deriva, nella decisione in esame, la giustificazione della valutazione puramente astratta e quantitativa contenuta nel provvedimento impugnato, che viene considerata legittima alla stregua di un principio altrettanto astratto e insuscettibile di verifica in concreto, a causa della limitata sindacabilità delle valutazioni in materia.

Da un lato, la sentenza afferma che, siccome "allo stato della normativa le torri eoliche vanno riguardate come potenziali elementi detrattori del paesaggio, in quanto si tratta in sintesi estrema di impianti industriali, nel caso di specie si deve affermare che la presenza di numerosi impianti di questo tipo già installati, e quindi di un parziale degrado della zona interessata, non impedisce di negare la VIA per installarne di ulteriori, dato che in questo modo si impedisce un degrado ulteriore".

Dall'altro, l'effettività del degrado affermata dall'amministrazione non viene verificata in concreto, ma accettata sul piano puramente logico, osservando che

[70] Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2024, n. 7400.

"non è consentito al privato interessato contrapporre ad una non illogica valutazione della p.a preposta alla tutela di un dato interesse, una diversa valutazione dei propri esperti, ancorché non assurda o implausibile" e "che si tratti di valutazione non illogica è poi evidente, dato il numero considerevole degli impianti già installati in questione, pari come si è detto ad alcune centinaia".

Al netto della particolarità del caso, l'assenza di valutazione in concreto dell'impatto specifico del progetto e la limitazione del sindacato alla sola logicità estrinseca emergono dalla decisione esaminata come un rilevante portato della concezione antagonistica dei rapporti tra paesaggio e impianti da fonti rinnovabili.

Nel secondo caso [71] il progetto prevedeva la realizzazione di un solo aerogeneratore di grande taglia, in un contesto ravvicinato nel quale erano presenti circa venti altri impianti eolici di dimensioni sensibilmente inferiori ed altri aerogeneratori di grande taglia a maggiore distanza. Malgrado la zona non fosse soggetta a vincoli paesaggistici, la Soprintendenza aveva partecipato alla procedura di VIA in ragione della vicinanza con beni vincolati ed aveva reso parere negativo sulla base di un preteso effetto selva, nonché della mancanza di armonia rispetto alle inferiori dimensioni degli aerogeneratori già presenti nella zona. La Regione aveva condiviso tale valutazione emettendo un giudizio negativo di compatibilità ambientale.

La ricorrente aveva censurato l'astrattezza della valutazione relativa all'effetto selva e contestato sotto il profilo dell'irrilevanza percettiva la valutazione relativa alla sproporzione delle dimensioni dell'impianto rispetto a quelli vicini.

Il TAR aveva respinto il ricorso, osservando che "le motivazioni del provvedimento impugnato non si espongono *ictu oculi* a rilievi di inattendibilità, arbitrarietà, travisamento o irragionevolezza che costituiscono i limiti del sindacato giurisdizionale, né risultano confliggenti con i principi di massima diffusione delle fonti rinnovabili e di ragionevolezza i quali non escludono la necessità di coordinare lo sviluppo delle energie rinnovabili con la tutela dei valori paesaggistici e archeologici" [72].

Inoltre, secondo il TAR la censura relativa all'irrilevanza percettiva della diversa altezza dell'aerogeneratore, "ponendosi in contrasto rispetto alle conclusioni in merito al profilo dell'impatto visivo della soluzione progettuale per cui è causa, configurerebbe un inammissibile sindacato giurisdizionale di natura sostitutiva della valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione, in difetto di convincenti indici sintomatici dell'inattendibilità di tale apprezzamento specialistico".

Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto che il ricorso fosse da accogliere, perché "in una situazione di fatto così connotata l'aggravamento dell'effetto 'selva' andava motivato in concreto, tenuto conto che si tratta di un solo aerogeneratore che si inserisce in un contesto che vede non solo la presenza di 20 impianti (13 già realizzati e 7 autorizzati) ma anche di altri parchi eolici limitrofi e prossimi alle zone archeologiche (secondo quanto evincibile dalla perizia di parte in atti) sicché il valore marginale in termini di potenziale pregiudizio paesaggistico è oggettivamente ridotto e, come tale, andava puntualmente giustificato in relazione alle caratteristiche dei luoghi".

Nella decisione è esplicita l'adozione di un criterio decisionale, non solo opposto rispetto a quello adottato nella prima pronuncia esaminata, ma anche

[71] Cons. Stato, n. 10664/2022 cit.

[72] TAR Basilicata, Sez. I, 19 ottobre 2021, n. 669.

esplicitamente fondato sull'esigenza di osservare il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili.

Infatti la sentenza richiama l'orientamento per il quale, anche se "nulla impedisce alla Soprintendenza di adottare criteri generali per la valutazione delle fattispecie sottoposte al suo esame ed è legittimo che, in linea di principio, essa possa considerare con cautela, ai fini della tutela del paesaggio, la presenza di più parchi eolici nella stessa area", tuttavia "non è altrettanto legittimo che la Soprintendenza si arresti a una valutazione per dir così tipica ... e non scenda a considerare le caratteristiche della specifica vicenda ... Una valutazione una volte per tutte, che prescinda dalla congrua analisi del caso concreto, può rappresentare una non consentita 'irragionevole limitazione' alla installazione di un impianto di produzione di energie alternative" [73].

Inoltre, la sentenza riporta l'osservazione per la quale una valutazione astratta come quella contestata in giudizio "non sembra neppure conforme alla Linee guida, per le quali l'eventuale preesistenza di altri impianti eolici nello stesso territorio non è di per sé ostativa all'installazione di un nuovo analogo impianto, benché di essa occorra tener conto" [74], a conferma del fatto che il favore espresso dall'ordinamento per lo sviluppo delle fonti rinnovabili richieda una particolare cautela nella valutazione di compatibilità paesaggistica dei singoli progetti.

La seconda coppia di decisioni riguarda la rilevanza del parere negativo della Soprintendenza nella conferenza di servizi per il rilascio dell'autorizzazione unica.

In un recente caso [75], la Regione Toscana aveva rilasciato l'autorizzazione unica per la localizzazione di un impianto eolico in area non soggetta a vincoli paesaggistici, ritenendo di potere superare, in base alle posizioni prevalenti espresse in sede di conferenza di servizi, il parere negativo reso dalla Soprintendenza trattandosi di aree c.d. contermini [76]. In questo caso, si scontravano dunque due visioni differenti della rilevanza dell'impatto del progetto eolico sul paesaggio.

L'autorizzazione unica rilasciata dalla Regione [77] è stata impugnata da Italia Nostra. Mentre il TAR aveva respinto il ricorso, il Consiglio di Stato ha ritenuto di doverlo accogliere, per difetto di motivazione della valutazione di prevalenza effettuata dalla Regione.

Anzitutto, il Consiglio di Stato ha dichiarato di condividere la premessa "secondo la quale quando vengono in rilievo opere infrastrutturali di grande impatto

---

[73] Cons. Stato, n. 4566/2014, cit.

[74] Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5001.

[75] Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2025, n. 1872.

[76] In base all'art. 30, d.l. n. 77/2021, nella versione *ratione temporis* applicabile, "nei procedimenti di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela paesaggistica, il Ministero della cultura si esprime nell'ambito della conferenza di servizi con parere obbligatorio non vincolante". La disposizione è stata abrogata dall'art. 47, comma 2, d.l. n. 13/2023. Attualmente, ai sensi dell'art. 9, comma 13, d.lgs. n. 190/2024, "il Ministero della cultura partecipa al procedimento autorizzatorio unico di cui al presente articolo nel caso in cui gli interventi di cui al comma 1 siano localizzati in aree sottoposte a tutela, anche in itinere, ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42", con esclusione pertanto di qualsiasi valutazione di compatibilità paesaggistica sulle aree contermini.

[77] Trattandosi di aree contermini, il parere della Soprintendenza non era vincolante e quindi non era ammesso il rimedio dell'opposizione al Consiglio dei Ministri di cui all'art. 14-*quinquies*, legge n. 241/1990.

visivo, il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo. In altri termini, il paesaggio si manifesta in tali casi quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche di matrice costituzionale" [78].

In secondo luogo, la sentenza in esame ha interpretato la valutazione negativa della Soprintendenza come espressione della concezione assoluta e irrelata della tutela paesaggistica, osservando che con essa sono state sottolineate "le plurime problematicità della localizzazione dell'impianto esattamente e approfonditamente sotto il profilo dell'impatto sulle visuali sia in relazione alle componenti paesaggistiche del territorio individuato sia in relazione alle sue componenti culturali".

A fronte di ciò, la sentenza ha osservato che "il percorso argomentativo e di asserito bilanciamento svolto dall'Amministrazione non è convincente", in quanto "non sono state esaminate le circostanze che nel caso concreto hanno fatto propendere per il superamento delle criticità rilevate dalla Soprintendenza".

La sentenza ha riconosciuto che la Regione ha dato rilievo al "*favor* del legislatore verso la diffusione delle energie rinnovabili ed alternative a quelle di matrice fossile", rinviando a un caso analogo deciso dal Consiglio dei Ministri relativo a un impianto localizzato nelle vicinanze nel quale pure la Soprintendenza si era espressa negativamente, ma ha ritenuto tuttavia che l'amministrazione avrebbe dovuto dimostrare il maggior peso dei pareri positivi rispetto alle criticità evidenziate nel parere negativo della Soprintendenza (e dell'Unione di Comuni interessata).

Al netto della specificità del caso concreto, non apprezzabile dalla sola lettura della decisione, si deve osservare che la sentenza, prendendo le mosse dalla concezione conservativa del paesaggio, fornisce un'interpretazione riduttiva del bilanciamento rimesso alla Regione, sostanzialmente subordinandolo al superamento dei rilievi negativi avanzati dalla Soprintendenza, quindi negandogli la natura di bilanciamento in senso proprio, nonostante la mancanza di valori paesaggistici vincolati nell'area interessata dal progetto.

In un altro caso [79], si era pure in aree contermini, ma si presentava la situazione inversa che l'unico parere negativo della Soprintendenza aveva determinato l'esito negativo della conferenza di servizi per il rilascio dell'autorizzazione unica di un parco eolico.

La sentenza in esame ha accolto il ricorso sulla base del seguente percorso argomentativo. Anzitutto ha ricordato che la Corte costituzionale ha chiarito che il sistema normativo "si ispira alla finalità di assicurare la massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile". Inoltre, ha osservato che la decisione in base alle posizioni prevalenti, di cui all'art. 14-*quater*, legge n. 241/1990, costituisce "un modulo flessibile che tiene conto delle posizioni concrete assunte dalle singole amministrazioni nell'ambito della conferenza". La relativa valutazione

[78] Il richiamo è a Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1144, una delle più radicali pronunce a favore della concezione antagonista del rapporto tra paesaggio e impianti da fonti rinnovabili, esaminata, sotto il profilo della tendenza espansiva della dimensione dei vincoli paesaggistici, in B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative* cit.

[79] Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2024, n. 667.

avrebbe dovuto tenere conto non solo del fatto che “soltanto una amministrazione aveva fatto valere ragioni ostative (e, come detto, non vincolanti)”, bensì anche del principio secondo cui “la diffusione degli impianti per produzione di fonti rinnovabili è posta a tutela di una specifico e rilevante interesse pubblico”.

Ma soprattutto la sentenza ha rilevato che in ordine ai rilievi sollevati dalla Soprintendenza “non risulta effettuata una adeguata istruttoria che tenga conto della specifica conformazione dell’area in questione, essendo la stessa non coinvolta da vincoli specifici che precludono *a priori* l’installazione, ma inserita in un ampio comparto dell’*Ager Venusinus*, che copre il territorio di molti Comuni. In altri termini, non è sufficiente una generale valorizzazione della valenza culturale dell’intero comparto senza una puntuale motivazione in ordine alla specifica relazione dell’impianto all’interno del contesto in cui esso è collocato”.

Confrontando le quattro sentenze esaminate, emerge che l’accoglimento del principio del *favor* per le fonti rinnovabili porta con sé non tanto l’affermazione di bilanciamento di interessi tipicamente discrezionale, quanto piuttosto una considerazione attenta sia dell’effettivo valore paesaggistico di volta in volta rilevante, sia del fatto che quel valore non si impone di per sé, ma è il frutto di una valutazione dell’amministrazione competente, alla quale non può essere dato un credito assoluto, con conseguente superamento del sindacato di mera estrinseca logicità della valutazione.

È su questi aspetti che occorrerebbe trovare un accordo al fine di stabilizzare il quadro speciale della localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili.



Capital Markets Union e interessi strategici nazionali*

Capital Markets Union and national strategic interests

di *Andrea Sacco Ginevri*** e *Luigi Scipione****

ABSTRACT

Il presente contributo analizza il rapporto tra disciplina del mercato dei capitali e regolazione del *golden power*, verificando in che misura il percorso di integrazione finanziaria promosso dalla Capital Markets Union sia condizionato dall'evoluzione dei meccanismi di *screening* degli investimenti esteri diretti. La tensione strutturale tra trasparenza e neutralità competitiva, proprie del mercato unico, e la discrezionalità politica connessa alla tutela degli interessi nazionali rappresenta il nucleo problematico dell'indagine.
Vengono esaminate le dinamiche europee di armonizzazione e frammentazione in materia di FDI, i rischi di disparità applicativa e di arbitraggi regolatori, nonché il ruolo crescente del *golden power* quale strumento di politica industriale. Il caso italiano è analizzato quale esempio emblematico di ampliamento dei presìdi nazionali. Il confronto con i modelli statunitense e cinese consente di collocare il dibattito europeo nel più ampio contesto della sovranità economica multilivello. Da ultimo si riflette sul possibile sviluppo di un *golden power* europeo e sulla sua compatibilità con gli obiettivi di integrazione e credibilità della Capital Markets Union.

This essay analyzes the relationship between capital market regulation and the regulation of golden power, examining the extent to which the path of financial integration promoted by the Capital Markets Union is influenced by the evolution of foreign direct investment screening mechanisms. The structural tension between transparency and competitive neutrality, inherent in the single market, and the political discretion associated with the protection of national interests, constitutes the core of the investigation. The paper examines the European dynamics of harmonization and fragmentation in the field of FDI, the risks of unequal application and regulatory arbitrage, and the growing role of golden power as an instrument of industrial policy. The Italian case is analyzed as a prime example of the expansion of national safeguards. A comparison with the US and Chinese models allows the European debate to be placed within the broader theme of multilevel economic sovereignty. The final section reflects on the possible development of a European golden power and its compatibility with the Capital Markets Union's objectives of integration and credibility.

* Ancorché frutto di una riflessione comune, i paragrafi 1, 2 e 12 sono da attribuire ad Andrea Sacco Ginevri mentre i restanti paragrafi sono da attribuire a Luigi Scipione.

** Professore ordinario di Diritto dell'economia dell'Università degli Studi Roma Tre.

*** Professore a contratto di Diritto della finanza di impresa dell'Università Telematica "San Raffaele" di Roma.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Capital Markets Union e princìpi di riforma del TUF – 3. La disciplina dei poteri speciali tra tutela dell'interesse nazionale e attrattività dei capitali. – 4. La regolazione europea sugli investimenti diretti esteri tra armonizzazione e frammentazione. – 5. Il rapporto tra poteri speciali nazionali e Capital Markets Union. – 6. *Golden power* e politica industriale. – 7. Il caso Italia. – 8. Disparità applicative, rischi di arbitraggi regolatori e credibilità della Capital Markets Union. – 9. Dalla pluralità dei regimi nazionali al confronto con i modelli statunitense e cinese. – 10. Verso una lettura multilivello della sovranità economica. – 11. Il progetto di un *golden power* europeo. – 12. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente contributo si concentra sull'analisi del rapporto fra disciplina del mercato dei capitali e regolazione del *golden power*, con il proposito di verificare se il percorso di progressiva integrazione dei mercati finanziari europei sia minacciato, o semplicemente influenzato, dall'evoluzione del quadro normativo in materia di *foreign direct investment screening* (FDI).

La relazione in disamina è ontologicamente controversa e le ragioni di questa difficile coabitazione sono molteplici.

In primo luogo, l'ordine giuridico del mercato si fonda su princìpi di trasparenza, prevedibilità e fungibilità di posizioni. Diversamente, gli interessi tutelati dai poteri speciali postulano un'ampia discrezionalità valutativa e interventi fondati su scelte politiche.

Inoltre, il mercato finanziario unico esige la parità di trattamento fra operatori mentre la protezione degli interessi vitali dello Stato necessariamente distingue in base alla natura dell'investitore.

La distonia evidenziata varia di intensità insieme all'evoluzione del contesto storico di riferimento.

A una fase iniziale di trionfo del pensiero capitalista, in cui l'allora *golden share* (art. 2, legge n. 474/1994) era vista come pericolosa eccezione a un sistema imperniato sul libero scambio [1], ha fatto seguito – in linea con una progressiva espansione del protezionismo *post* deglobalizzazione – un periodo di complicata convivenza fra leggi di mercato e *golden power* in cui, nella sostanza, il rapporto "regola/eccezione" è quantomeno sfumato [2].

Di qui la difficoltà di enucleare equilibri soddisfacenti e scenari prevedibili.

Quel che però può anticiparsi è la sempre più avvertita sensazione che le esigenze sottese alle politiche nazionali in materia di *golden power* stiano influenzando in maniera crescente non solo le operazioni di mercato nei loro esiti e conformazioni, ma anche – e forse ancor prima – il modo stesso di *pen-*

[1] All'indomani del d.l. n. 332/1994 sulle privatizzazioni era avvertita la preoccupazione che si potesse verificare una pericolosa commistione fra processi societari e controlli amministrativi [*ex multis* N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2003, p. 129 ss.]. Di qui la diffusa sensazione fra gli studiosi dell'epoca che l'originaria versione dei poteri speciali (*golden share*) – introdotta, appunto, dal menzionato provvedimento normativo – per via dell'estensione delle prerogative governative [cfr. B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 732 ss.] avesse scardinato «dalle fondamenta i principi del nostro diritto societario» attraverso «ideologie e tentazioni esclusivamente stataliste o dirigiste» in evidente contrasto con l'"efficienza del mercato" [così G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 390 ss.].

[2] Limitandoci ai contributi più recenti, si v. G. PRESTI, *Il mercato del controllo*, in *Riv. soc.*, 2025, p. 110 ss.; E. RIMINI, *Golden power: nuove regole per le imprese o neo protezionismo?*, in *Giur. comm.*, 2024, I, p. 1217 ss.

sare degli operatori economici, i quali, nel vigente ambiente regolatorio, programmano strategie, alleanze, obiettivi tentando di attualizzare le ricadute che una data iniziativa possa avere sugli interessi strategici del Paese, ipotizzando, di riflesso, i presìdi che il Governo potrebbe implementare per farvi eventualmente fronte.

In altre parole, i controlli statali sulle attività soggette ai poteri speciali non si pongono più all'esterno del mercato dei capitali, quale momento di supervisione *ex post*, bensì all'interno di esso, alla stregua di veri e propri ingranaggi delle dinamiche finanziarie, e segnatamente quale elemento di impostazione delle principali operazioni di investimento e disinvestimento.

Questo è il *fil rouge* su cui ci interrogheremo nei prossimi paragrafi.

2. Capital Markets Union e princìpi di riforma del TUF

Il delicato equilibrio fra armonizzazione a livello europeo e concorrenza fra ordinamenti nazionali, in parte messo in pericolo dall'espansionismo domestico in materia di *foreign direct investment screening* e tradizionalmente basato sul rapporto fra "norme di mercato" e "norme societarie" [3], è al centro delle riflessioni che stanno accompagnando, in Italia, il progetto di riforma e ammodernamento del testo unico della finanza [4].

In occasione di un recente Convegno [5] è stato ricordato che il progetto dell'Unione dei Mercati dei Capitali (CMU) costituisce uno dei pilastri strategici del sistema finanziario dell'UE, essendo finalizzato a promuovere un'integrazione dei mercati nella prospettiva di favorire la competitività del tessuto produttivo europeo, superando la logica della "regolazione ad ogni costo", e tentando di promuovere un processo di razionalizzazione e semplificazione delle fonti, in qualche modo orientato a restituire sistematicità e funzionalità alla disciplina di settore [6].

In tale contesto si innesta la delega recata dall'art. 19, legge n. 21/2024 – come modificata e integrata dalla legge n. 28/2025 – a procedere con la riforma della disciplina italiana in materia di mercati finanziari, imperniata su obiettivi di sostegno alla crescita del Paese, favorendo l'accesso delle imprese al capitale di rischio, con particolare riferimento ai mercati regolamentati, e rendendole maggiormente attrattive per gli investitori internazionali.

E ciò assicurando la trasparenza del mercato unitamente alla semplificazione e razionalizzazione delle regole applicabili agli emittenti, anche attraver-

---

[3] Sul punto, in luogo di molti, si v. R. COSTI, *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 65 ss.

[4] In argomento, di recente, M. GARGANTINI, *Diritto europeo e discipline nazionali dei mercati finanziari: l'armonizzazione normativa dopo la Capital Markets Union*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, I, p. 20 ss.; G. FERRARINI-M. SIRI, *Golden Mercati finanziari e concorrenza fra ordinamenti: risultati di un confronto e spunti per future ricerche*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 996 ss.

[5] Ci si riferisce al Convegno di studi intitolato "Metamorfosi del mercato finanziario italiano e princìpi di una riforma" tenutosi a Roma, in data 10 e 11 aprile 2025, presso l'Università degli Studi Roma Tre, organizzato nell'ambito del PRIN 2020 "*An analysis of the Italian financial legal framework vis-à-vis the Capital Markets Union Action Plan: the perspective of regulatory fragmentation and sustainability*".

[6] In questo senso si v. D. ROSSANO, *Capital Markets Union e riforma del TUF*, e F. SARTORI, *Verso una nuova governance dei mercati finanziari,* entrambi in A. SACCO GINEVRI (a cura di), *Princìpi di riforma del Testo Unico della Finanza,* in corso di pubblicazione.

so la riduzione degli obblighi e oneri previsti a legislazione vigente, «per assicurare una maggiore coerenza e semplificazione delle fonti normative e per eliminare o razionalizzare obblighi o divieti non previsti dall'ordinamento dell'Unione europea e non giustificati sulla base di interessi meritevoli di tutela, provvedendo altresì a correggere eventuali disfunzioni riscontrate» (così la lett. l) del comma 2 dell'art. 19, legge n. 21/2024) [7].

Lo sforzo riformatore di cui trattasi muove dalla constatazione che le aree di armonizzazione in ambito finanziario a livello europeo sono ad oggi suscettibili di progressivo e opportuno ampliamento e omogeneizzazione, e che, dunque, lo spazio offerto dalla delega in questione consente di mirare alla realizzazione di un quadro d'insieme organico e coordinato.

Ecco, in quest'ottica è auspicabile una rinnovata dialettica fra libertà dei Trattati in materia di stabilimento e movimento di capitali, da un lato, e protezione degli interessi pubblici essenziali tramite *FDI screening mechanisms* domestici, dall'altro lato, che sappia coniugare le esigenze sottese ai due plessi normativi in discorso in maniera il più possibile uniforme e prevedibile.

3. La disciplina dei poteri speciali tra tutela dell'interesse nazionale e attrattività dei capitali

Quanto precede conferma che il *golden power* si inserisce in un quadro giuridico ed economico di particolare complessità, segnato dall'intreccio di interessi nazionali strategici, dinamiche dei mercati finanziari globali e processi di integrazione europea.

L'istituto risponde, infatti, a una duplice esigenza che ne definisce la natura ambivalente: da un lato, quella di garantire la protezione di *asset* ritenuti vitali per la sicurezza e la stabilità economica di un Paese contro operazioni potenzialmente predatorie o motivate da logiche estranee al mercato; dall'altro, quella di preservare uno spazio di discrezionalità pubblica che consenta di fronteggiare le vulnerabilità sistemiche emergenti in settori chiave, come l'energia, le telecomunicazioni o la finanza [8].

L'evoluzione recente del contesto internazionale ha reso questa esigenza sempre più pressante. L'accresciuta mobilità dei capitali, il ruolo crescente di attori statali e para-statali nel controllo di imprese strategiche e la rilevanza assunta da dinamiche geopolitiche nell'economia globale hanno imposto una

[7] Si v. P. VALENSISE, *Osservazioni su possibili ambiti di riforma della disciplina degli emittenti*, in A. SACCO GINEVRI (a cura di), *Princìpi di riforma del Testo Unico della Finanza,* in corso di pubblicazione. Sulla delega si v. anche P. MARCHETTI, Sub *art. 19 Legge Capitali*, in AA.VV., *Commentario alla Legge Capitali*, a cura di P. Marchetti-M. Ventoruzzo, Pacini giuridica, Pisa, 2024, p. 151 ss.

[8] Cfr. M. MANNA, *I Golden powers, dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia*, in *Riv. dir. risp.*, 3, 2022, p. 4 ss.; A. LALLI, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Riv. dir. cost.*, 2022, p. 77 ss.; F. PRENESTINI, *Golden power: una tela di Penelope*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 667 ss.; P. MACCARRONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, p. 121 ss.; A. FERRARI ZUMBINI, *Principi dell'Unione Europea in materia di golden power. Opportunità e limiti*, in G. DELLA CANANEA-L. FIORENTINO (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 21; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al "golden power"*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2020, p. 405 ss.

riflessione sulla necessità di disporre di strumenti capaci di filtrare e controllare le acquisizioni. Eventi straordinari, come la pandemia da Covid-19 e il conflitto russo-ucraino, hanno accelerato questo processo, spingendo molti ordinamenti a fortificare i propri regimi di controllo. In Italia, ciò si è tradotto in un ampliamento significativo dei settori sottoposti a *golden power* e in un rafforzamento dei meccanismi di notifica, con l'obiettivo dichiarato di prevenire acquisizioni ostili in una fase di vulnerabilità diffusa del tessuto economico [9].

Tale inasprimento normativo, pur giustificato dalle circostanze, ha alimentato un intenso dibattito dottrinale e politico. Al centro della discussione vi è la necessità di bilanciare le misure di protezione con principi di trasparenza, proporzionalità e prevedibilità, al fine di evitare che il *golden power* si trasformi in un ostacolo strutturale alla libera circolazione dei capitali e alla competitività dei mercati finanziari.

In questa prospettiva, appare sempre meno plausibile concepire i poteri speciali come meri strumenti emergenziali, utilizzabili solo in situazioni eccezionali, e sempre più urgente considerarli come componenti ordinarie di una nuova architettura del diritto economico europeo, chiamata a conciliare l'apertura dei mercati con la tutela delle infrastrutture critiche e la salvaguardia della capacità decisionale degli Stati in settori essenziali per la collettività.

Come detto, la disciplina del *golden power* consente, infatti, di cogliere le discordanze e le incongruità dell'integrazione europea: da un lato, l'Unione promuove la costruzione di un mercato dei capitali integrato, competitivo ed efficiente, in grado di canalizzare risorse verso l'innovazione e la crescita; dall'altro, gli Stati membri riaffermano, attraverso il ricorso ai poteri speciali, il primato della sovranità economica, che tende a riemergere con forza soprattutto nei momenti di crisi o di percepita vulnerabilità [10].

---

[9] Cfr., in particolare e tra i numerosi studi in materia, A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 282 ss.; A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al goldenpower*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 405 ss.; L. VASQUES, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia,* in *Merc. conc. reg.*, 1, 2020, p. 119 ss.; E. RIMINI-M. RESCIGNO, *"Golden power" e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *An. giur. eco.*, 2, 2020, p. 517 ss.; M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 115 ss.; S. MELE, *Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo* "golden power". *Dalla compliance delle aziende e della pubblica amministrazione alla sicurezza nazionale*, in G. CASSANO- S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di Internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 185 ss.; V. MACCARONE, *I poteri speciali dopo il decreto legge "liquidità": un'analisi e alcune note in prospettiva*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2021, p. 137 ss.; F. BIANCONI, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contr. impr.*, 1, 2022, p. 202 ss.; R. MAGLIANO, *La ricerca di equilibrio tra investimenti esteri diretti e interventi emergenziali a tutela dell'interesse strategico nazionale: una sfida per l'Unione europea*, in *Dir. comm. int.*, 2021, p. 1057 ss.; A. ILACQUA, *L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore alla Stato protettore*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 429 ss.; M.R. MAURO, *L'effetto del Covid-19 sull'accesso degli investimenti stranieri: le recenti modifiche introdotte nel regime di "golden power"*, in P. ACCONCI-E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid su commercio, investimenti e occupazione, una prospettiva italiana*, *AMS Acta-AlmaDL*, Bologna, 2020, p. 193 ss.

[10] Il progetto della Capital Markets Union, avviato nel 2015, è ambizioso: mira a trasformare un mosaico normativo in un mercato unico, dinamico e competitivo a livello globale. Le fonti normative chiave – dai provvedimenti su prospetti e fondi fino al *Listing Act* – sono già state adottate, ma la vera sfida riguarda l'armonizzazione della vigilanza e la centralizzazione delle regole, temi che incontrano riserve e resistenze politiche. Gli sviluppi recenti (*Savings and Investment Union*, poteri di ESMA, pacchetti CMU 2025) testimoniano un rilancio del progetto, che continua a muovere terreno tra aspirazioni di integrazione e timori di sovranità.

Siffatta tensione strutturale apre a una questione centrale: l'uso estensivo e non sempre prevedibile dei poteri speciali può generare incertezza regolatoria, scoraggiando gli investimenti e incidendo negativamente sulla crescita e sulla competitività del sistema produttivo.

Il rapporto tra *golden power* e mercati finanziari non deve dunque essere letto in termini rigidamente oppositivi, piuttosto come l'espressione di un equilibrio dinamico e costantemente negoziato, nel quale coesistono esigenze di protezione e spinte verso l'apertura dei mercati.

La sfida consiste nel calibrare l'esercizio di tali poteri in modo da preservare la credibilità dell'ordinamento: una credibilità che, nel contesto globale, dipende non solo dalla capacità di difendersi dai rischi esterni, ma anche dall'offrire agli operatori economici un quadro regolatorio prevedibile, affidabile e coerente con gli obiettivi di lungo periodo dell'integrazione europea.

4. La regolazione europea sugli investimenti diretti esteri tra armonizzazione e frammentazione

Il diritto primario e secondario dell'Unione europea offre già una cornice normativa che consente interventi di natura armonizzatrice, pur lasciando ampi margini di discrezionalità agli Stati membri.

L'art. 64 par. 2 TFUE stabilisce che le misure restrittive agli investimenti diretti esteri (IDE) provenienti da paesi terzi possano essere adottate mediante procedura a maggioranza qualificata, mentre per gli investimenti di matrice intra-UE permane la regola dell'unanimità. Tale asimmetria procedurale riflette la particolare sensibilità politica della materia, poiché la regolazione degli investimenti intracomunitari tocca direttamente il nucleo delle libertà economiche fondamentali e rende assai più arduo giungere a soluzioni uniformi. A questa disciplina si affiancano disposizioni speciali: l'art. 346 TFUE, che riconosce agli Stati la possibilità di derogare per ragioni attinenti alla sicurezza e alla difesa; e l'art. 21 par. 4 regolamento UE n. 139/2004 sulle concentrazioni, che legittima gli Stati membri a invocare interessi pubblici ulteriori rispetto alla tutela della concorrenza – come sicurezza pubblica, pluralismo dell'informazione o stabilità del sistema finanziario – purché tali interessi siano ritenuti compatibili dalla Commissione europea.

In questo contesto, il regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti esteri ha introdotto un sistema di *screening* fondato sul coordinamento e sullo scambio di informazioni, segnando un passo in avanti verso una cornice sovranazionale [11]. Tuttavia, la competenza primaria resta saldamente

[11] Per tutti, cfr. G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto fra discipline nazionali in materia di 'Foreign direct investment screening' e diritto internazionale degli investimenti*, in *Dir. comm. inter.*, 3, 2020, p. 325 ss.; G. SCARCHILLO-A. IMPERIA, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Dir. comm. int.*, 3, 2023, p. 591 ss.; R. GAROFOLI, *Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 4 ss.; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in questa *Rivista*, 1, 2019, p. 2 ss.; R. MAGLIANO, *Gli orientamenti della Commissione europea sul controllo degli investimenti esteri diretti e i golden powers rafforzati in tempo di pandemia*, in *Dirittobancario.it*, 7 luglio 2020, p. 1 ss.; J. SPORTOLETTI, *Il golden power, tra compatibilità europea e prospettive di riforma*, in *Nomos*, 3, 2023, p. 17 ss.; S. SANTAMARIA, *Il controllo*

ancorata agli Stati membri, con la conseguenza di mantenere un mosaico frammentato di discipline nazionali [12]. Tale configurazione, coerente con il principio di sussidiarietà, si giustifica alla luce delle persistenti resistenze politiche degli Stati a cedere sovranità in un settore tanto sensibile; nondimeno, essa rischia di minare gli obiettivi strategici dell'Unione, *in primis* il completamento dell'Unione dei mercati dei capitali. La mancanza di uniformità normativa inevitabilmente produce effetti distorsivi: il rischio di arbitraggi regolatori, l'aumento dell'incertezza giuridica per gli operatori economici e, in ultima analisi, una contraddizione strutturale con la finalità di rafforzare l'attrattività e la competitività del mercato unico europeo nei confronti degli investitori globali.

Il confronto comparato tra i principali ordinamenti dell'Eurozona – Germania, Francia, Italia e Spagna – pone in risalto come, negli ultimi anni, gli Stati abbiano irrobustito i propri regimi di *screening*, ampliandone l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione. Donde, le modalità di intervento divergono sensibilmente: dalla centralizzazione decisionale francese alla cooperazione interministeriale tedesca, fino ai modelli più ibridi adottati in Italia e Spagna. Tali differenze non solo rendono evidente la difficoltà di conciliare la difesa delle prerogative sovrane con le esigenze di integrazione del mercato, ma confermano altresì il carattere eminentemente politico delle scelte in materia di *golden power*.

Siffatto assetto produce un equilibrio instabile, in cui le libertà fondamentali sancite dal diritto dell'Unione si confrontano con strumenti e prassi nazionali largamente diversificati, generando una sorta di "integrazione selettiva" nella quale le istanze del mercato comune si armonizzano solo parzialmente con le logiche di protezione statale.

La conseguenza è duplice: da un lato, gli Stati preservano spazi di manovra in settori percepiti come strategici; dall'altro, il mercato interno rischia di frammentarsi in una pluralità di micro-regimi, generando inefficienze e ostacolando la realizzazione di una vera autonomia strategica europea.

Una regolazione eccessivamente discontinua rischia, infatti, di generare incertezza e disincentivi, minando l'attrattività complessiva del mercato europeo rispetto ad altri ordinamenti.

Alla luce di tali considerazioni, si può sostenere che il quadro giuridico attuale consenta già un certo equilibrio tra tutela del mercato e protezione degli interessi nazionali, ma lo faccia a prezzo di un'eccessiva eterogeneità. L'analisi comparata dimostra che, senza un livello più incisivo di armonizzazione a livello unionale – ad esempio mediante l'introduzione di standard minimi comuni di valutazione e di coordinamento decisionale – la disciplina degli IDE rischia di trasformarsi in un fattore di disintegrazione, anziché di rafforzamento della capacità competitiva e dell'autonomia strategica dell'Unione europea.

Al contrario, l'elaborazione di una *governance* condivisa, che armonizzi i criteri sostanziali e procedurali di intervento, consentirebbe di rafforzare la capacità dell'UE di tutelarsi da rischi esterni senza compromettere la coerenza del mercato interno e la credibilità dell'Unione dei mercati dei capitali.

---

degli investimenti esteri diretti tra la protezione degli assets strategici e la tutela degli investitori. Questioni di compatibilità, in *Federalismi.it*, 6, 2023, p. 196 ss.

[12] Il quadro è completato dalla Comunicazione del 6 aprile 2022 della COMMISSIONE UE – "*Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni*" (2022/C 151 I/01).

5. Il rapporto tra poteri speciali nazionali e Capital Markets Union

Se la normativa europea, insieme alle comunicazioni e linee guida della Commissione, ha spostato l'asse dal conflitto "Stato / mercato" verso meccanismi di coordinamento eurounitari, quando si passa dal piano teorico a quello delle operazioni concrete l'analisi della giurisprudenza e della prassi è rivelatrice delle criticità sottese a tale assetto.

Le divergenze applicative tra Stati, come mostrano i confronti con i casi spagnolo (OPA BBVA su Banco de Sabadell), tedesco (ipotesi UniCredit-Commerzbank) e l'ultima stagione delle concentrazioni bancarie in Italia, generano asimmetrie regolamentari che finiscono per tradursi in vantaggi competitivi o svantaggi a seconda della rigidità delle regole nazionali.

Tali vicende hanno finito col mettere a nudo l'ambivalenza intrinseca dell'integrazione europea. Le operazioni straordinarie cui si è fatto riferimento palesano come l'intervento pubblico, pur formalmente sorretto da parametri giuridici predeterminati, assuma significati plurali a seconda del contesto istituzionale, degli attori coinvolti e degli obiettivi perseguiti dal decisore politico. In tal senso, l'evidenza empirica riflette una dialettica costante con i princìpi europei di libertà di circolazione dei capitali (artt. 63-65 TFUE), con la disciplina sulla liberalizzazione dei movimenti finanziari e con i meccanismi di scrutinio degli investimenti diretti esteri introdotti dal regolamento (UE) 2019/452. Sebbene questi riferimenti normativi impongano criteri di proporzionalità, necessità e non discriminazione, la loro interpretazione si rivela flessibile e adattabile, soprattutto quando lo Stato intende orientare secondo la propria visione le traiettorie evolutive dell'architettura finanziaria nazionale.

Il risultato è un equilibrio precario, nel quale la disciplina europea sugli investimenti e le libertà fondamentali si confrontano con un uso pragmatico e differenziato dei poteri speciali, generando una mescolanza di pratiche che, pur sotto il vincolo comune del diritto dell'Unione, delineano scenari di "integrazione selettiva" e di "sovranità economica residuale".

Il contrasto emerge con chiarezza considerando che la libera circolazione dei capitali è l'unica tra le quattro libertà fondamentali a godere di una proiezione esterna, applicandosi non solo agli operatori stabiliti nell'Unione, ma anche agli investitori *extra*-UE. Questo carattere "ibrido" della disciplina dei capitali rende l'intervento nazionale mediante *golden power* particolarmente delicato, soprattutto quando il suo esercizio si traduce in misure restrittive suscettibili di risultare discriminatorie o sproporzionate La giurisprudenza della Corte di giustizia ha da tempo affermato che gli Stati non possono introdurre regimi che, sotto il pretesto della tutela della sicurezza o di altri interessi generali, alterino la contendibilità delle società o scoraggino investimenti legittimi, come accaduto nei casi Commissione c. Portogallo, Commissione c. Francia e Commissione c. Belgio, relativi alle c.d. *golden shares*. In quelle occasioni, la Corte ha riconosciuto che prerogative statali troppo ampie violano l'art. 63 TFUE in quanto incidono in modo dissuasivo sulla capacità del mercato di attirare capitali e imprese.

Invero, è la stessa esperienza maturata a mostrare come l'ordinamento dell'Unione europea sia comunque capace di tollerare meccanismi derogatori rispetto alle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. In questo senso, la Corte ha costantemente riaffermato che la tutela di interessi pubblici fondamentali – quali la sicurezza, la difesa, la continuità dei servizi essenziali – non è del tutto incompatibile con la logica del mercato interno, ma per essere

consentita deve svolgersi entro confini chiaramente tracciati dal diritto dell'Unione. Le restrizioni alle libertà possono, infatti, essere ammesse purché giustificate da ragioni imperative di interesse generale, se risultano idonee al perseguimento dell'obiettivo e se si mantengono proporzionate rispetto allo scopo dichiarato. La giurisprudenza e la prassi rivelano, inoltre, un'attenzione costante alla funzione preventiva degli strumenti comunitari: l'obiettivo non è impedire l'intervento statale, ma assicurare che esso non si trasformi in un mezzo surrettizio di protezionismo economico. In tal modo, il diritto dell'Unione cerca di mantenere un equilibrio dinamico, evitando che la giustificazione della tutela degli interessi strategici venga piegata a logiche di chiusura dei mercati o di distorsione della concorrenza.

È proprio questo profilo interpretativo che consente di cogliere come la tensione tra sovranità nazionale e integrazione dei mercati non si esaurisca in una contrapposizione politica, ma si configuri come questione profondamente giuridica e istituzionale, in cui la Corte di giustizia è deputata a svolgere il ruolo di garante dell'equilibrio.

6. *Golden power* e politica industriale

La dialettica tra *golden power* e mercato unico dei capitali evidenzia un processo più complesso di ridefinizione delle relazioni tra potere pubblico e mercato. Se da un lato la Commissione europea insiste sulla necessità di preservare l'integrità concorrenziale e la neutralità del quadro regolatorio, dall'altro gli Stati membri rivendicano uno spazio crescente di sovranità economica, giustificato dalla rilevanza sistemica del settore finanziario. Tale contrapposizione si inserisce nel paradigma del *variegated capitalism*, secondo cui gli Stati, pur operando in un sistema integrato, mantengono percorsi istituzionali e strategie di intervento differenti, riflettendo modelli di capitalismo nazionali eterogenei. In questa prospettiva, l'uso selettivo del *golden power* appare come una manifestazione di politica industriale implicita, spesso celata dietro valutazioni tecniche o decisioni autorizzative che, pur non violando apertamente il diritto europeo, ne indebolisce l'impianto liberista originario [13].

L'estensione del *golden power* al settore finanziario rappresenta un passaggio emblematico del nuovo ruolo dello Stato in economia, che non rinuncia

[13] Cfr. B. Russo, *La tutela dell'integrità dei mercati e ruolo proattivo dello Stato nell'evoluzione della disciplina golden power*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al n. 1/2024, p. 64 ss.; G. Dibattista, *La geometria (imprevedibilmente) variabile del "golden power"*, in *Soc.*, 6, 2024, p. 657 ss.; G. Scarchillo-A. Imperia, *Golden powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, cit., p. 596 s.; P. Piluso, *L'età (post-)globale, il nuovo "capitalismo politico" e la disciplina del golden power. Profili di dottrina dello Stato e di diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, p. 232 ss.; G. Tesauro, *Concorrenza e Golden Power: confini e conflitti*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 534 ss.; F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, cit., p. 208 ss.; M. Benvenuti, *La spada e lo scudo. Prime note sulle nuove forme di intervento diretto dello Stato nell'economia con finalità di politica industriale*, in *Dir. cost.*, 2021, p. 35 ss.; R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, p. 706 ss.; R. Magliano, *Il labile confine tra tutela degli interessi nazionali e "sviamento protezionistico"*, in *Riv. comm. int.*, 2, 2014, p. 320 ss.; L. Ardizzone-M.L. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 922 ss.; A. Aresu, *Dalla golden share al golden power: la dimensione strategica*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, cit., p. 63 ss.

all'apertura del mercato, ma si riserva la possibilità di intervenire a tutela della propria autonomia strategica e della stabilità del sistema [14]. Esso testimonia il superamento dell'ideologia del "ritiro dello Stato" propria delle fasi più intense delle privatizzazioni, a favore di un modello di Stato regolatore attivo, capace di esercitare un potere di indirizzo mirato, flessibile e legittimato da esigenze superiori di interesse pubblico. Si tratta, in definitiva, di una forma sofisticata di sovranità economica, in cui la tutela della stabilità non è più un fatto meramente tecnico, ma un atto di governo nel senso più pieno del termine.

Questo slittamento segnala un cambiamento paradigmatico di vasta portata: si è passati da una concezione difensiva e reattiva del controllo sugli investimenti – centrata sulla provenienza geografica del capitale – a una prospettiva più evoluta, che si concentra sulla struttura del controllo societario, sulla qualità della *governance* e sull'effettiva possibilità per lo Stato di monitorare e indirizzare l'andamento strategico di imprese ritenute cruciali per l'interesse nazionale. Tale mutamento rivela, in controluce, una profonda trasformazione del concetto stesso di sicurezza economica, ormai svincolata dalla sola logica territoriale e sempre più ancorata alla resilienza dei processi produttivi, alla protezione delle tecnologie sensibili e alla difesa dell'integrità decisionale delle imprese [15].

La giustificazione economico-istituzionale di questo nuovo approccio risiede nella crescente convergenza tra politica industriale e politica della sicurezza, secondo un modello ibrido che sfuma i confini tradizionali tra competenze economiche e competenze strategiche [16]. Se, in passato, l'intervento pubblico nell'economia doveva giustificarsi alla luce del principio di sussidiarietà e del rispetto del quadro normativo dell'Unione europea, oggi il ricorso al *golden power* appare sempre più legittimato da una lettura evolutiva del principio di proporzionalità, capace di tenere conto della mutata configurazione dei rischi e della necessità di preservare un nucleo di sovranità economica funzionale alla coesione sociale e alla sicurezza collettiva.

Pur tuttavia, il *golden power* assume un significato eminentemente ambivalente. Per un verso, costituisce l'ultima risorsa a disposizione dello Stato per tutelare la sovranità economica e proteggere interessi strategici essenziali; dall'altro, diventa un *test* cruciale per la capacità degli Stati membri di esercitare le proprie prerogative in un contesto europeo complesso e integrato, dove la libertà d'azione nazionale deve essere bilanciata con l'armonizzazione normativa, la disciplina della concorrenza e la solidità del settore finanziario.

Si assiste così a un paradosso: lo Stato, pur intervenendo nominalmente per rafforzare la stabilità del sistema economico, può divenire esso stesso fat-

---

[14] Sull'ampio dibattito sviluppatosi a seguito dell'inserimento anche delle infrastrutture finanziarie nel perimetro dei settori strategicamente rilevanti, cfr. S. ALVARO-M. LAMANDINI-A. POLICE-I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il* golden power *dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici Consob*, febbraio 2019, p. 45 ss.; S. VELLUCCI, *The new regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interest*, in *Dir. comm. int.*, 1, 2019, p. 142 ss.; F. ANNUNZIATA, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., p. 110 ss.

[15] In tal senso v. A. SACCO GINEVRI, *Golden powers* e funzionamento delle imprese strategiche, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., p. 153 ss.

[16] In particolare, in ordine ad una possibile interazione sinergica fra politica industriale e disciplina della concorrenza, v. A. LICASTRO, *Salvaguardia dell'autonomia strategica dell'Unione europea e tutela della competitività del mercato unico. La linea sottile fra golden power e antitrust*, in *Riv. Orizz. dir. comm.*, 2, 2025, p. 597 ss.

tore di blocco e instabilità. Sotto la veste della tutela dell'interesse nazionale, la resistenza implicita al cambiamento e la volontà politica di indirizzare esiti di mercato teoricamente determinati dalle dinamiche concorrenziali frenano l'innovazione, riducono la pressione competitiva e ostacolano l'allineamento dell'industria creditizia agli standard europei e internazionali in termini di solidità patrimoniale, digitalizzazione e apertura al mercato dei capitali [17].

In tale ottica, il *golden power*, se esercitato privo di rigorose basi tecnico-economiche e senza coordinamento con la *governance* europea, rischia di trasformarsi da strumento di protezione sistemica in vincolo eccessivo, con effetti negativi sulla competitività e sull'integrazione dei mercati finanziari nell'ambito della CMU.

7. Il caso Italia

La disciplina attuale del *golden power*, soprattutto in Italia, sembra riprodurre in forme nuove criticità identiche a quelle già segnalate a livello paneuropeo. L'estensione dei poteri speciali a settori eterogenei (energia, finanza, comunicazioni, tecnologie critiche, sanità, media, difesa) ha ampliato sensibilmente il margine discrezionale dell'autorità pubblica, generando una tensione con lo spazio che il diritto europeo intende preservare alla libera circolazione dei capitali.

In un contesto internazionale caratterizzato da crescente instabilità geopolitica, transizione energetica, digitalizzazione e vulnerabilità cibernetiche, la previsione di estendere il perimetro applicativo del *golden power* ai settori dell'intermediazione finanziaria, creditizia e assicurativa, non rappresenta una semplice evoluzione tecnica dell'ambito oggettivo di tale strumento, ma riflette una precisa volontà politico-istituzionale [18]. Questi sistemi vengono, infatti, qualificati non soltanto come infrastrutture critiche in senso funzionale, ma come *asset* strategici la cui rilevanza trascende la dimensione microeconomica, incidendo direttamente sulla stabilità macrofinanziaria, sulla sicurezza nazionale e sulla resilienza sistemica. In tale prospettiva, il potere speciale assume una configurazione intrinsecamente eterogenea: esso si colloca all'incrocio tra la tutela dell'ordine pubblico economico e la salvaguardia della sovranità finanziaria, muovendosi in un contesto giuridico multilivello che intreccia norme interne e vincoli dell'ordinamento dell'Unione [19].

---

[17] In ordine a tali profili cfr. 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.it*, 20, 2021, p. 39 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello stato nell'economia*, in *Ceridap*, 2021.

[18] Nell'ampia dottrina sul tema cfr. F. ANNUNZIATA, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., p. 105 ss.; R. LENER, *Golden power e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2, 2020, p. 231 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in *Dirittobancario.it*, 2020; S. ALBANO, *Poteri speciali e mercati finanziari. Il ritorno dello Stato nei mercati finanziari?*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, cit., p. 205 ss.

[19] Cfr. F. BASSAN, *Prime note prospettiche sul Golden power applicato a banche e assicurazioni*, in *Diritto bancario.it*, 20 aprile 2020; D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in questa *Rivista*, 1, 2021, p. 27 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, ivi, p. 55 ss.

Ne discende che le operazioni di *M&A* bancarie o tra infrastrutture finanziarie non vengano più lette esclusivamente in termini di efficienza allocativa o di razionalizzazione industriale, ma come snodi strategici in grado di condizionare la capacità dello Stato di attuare politiche pubbliche, di gestire i rischi sistemici e di garantire il finanziamento dell'economia reale [20].

Le frizioni emerse conducono a una riflessione più generale: i poteri speciali, se esercitati in maniera estesa, rischiano di confliggere con la logica del mercato unico, che mira a garantire una concorrenza aperta. L'incertezza normativa derivante da un *golden power* utilizzato in modo generalizzato, anziché circoscritto, può innalzare i costi del capitale, scoraggiare gli investitori – anche intra-UE – e alterare le dinamiche di mercato, proprio come osservato in dottrina riguardo al ritorno delle *golden shares* e alla loro tendenza a "raffreddare" investimenti legittimi.

Da questo punto di vista, quanto accaduto – soprattutto nelle recenti vicende che hanno interessato il settore bancario – deve essere interpretato non come un'eccezione isolata, ma come esemplificazione contemporanea di temi strutturali: la politica industriale nazionale che interagisce con operazioni di mercato, la reazione della Commissione e le pronunzie dei tribunali, nonché le conseguenze pratiche per la *governance* bancaria [21]. Tali eventi hanno mostrato quanto sia delicata la commistione tra logiche politiche nazionali – anche di natura industriale – e il quadro regolatorio europeo che presidia la libera circolazione dei capitali.

Se l'interventismo pubblico non è sorretto da un solido impianto motivazionale e da analisi tecnico-economiche rigorose, esso può produrre distorsioni di mercato non giustificate da interessi generali prevalenti. Ciò si verifica soprattutto quando il soggetto acquirente opera secondo procedure trasparenti e conformi alle norme europee in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e tutela degli investitori (direttiva 2014/65/UE – MiFID II; regolamento UE n. 600/2014; regolamento UE 2017/1129; regolamento UE n. 596/2014). In tali circostanze, il rischio sistemico non deriva dall'operazione in sé, bensì dall'instabilità normativa e dall'incertezza regolatoria generata da un utilizzo non rigorosamente tecnico e "legittimo" del *golden power*, con ricadute negative sulla previsione delle regole, sulla fiducia degli investitori e sulla coerenza della *governance* europea dei mercati finanziari.

Di fronte a simili criticità, le teorie della *public choice* e della *regulatory capture* offrono chiavi di lettura significative: l'intervento pubblico non costituisce sempre un'immediata proiezione dell'interesse generale, potendo invece essere plasmato dalle dinamiche del contesto politico-economico-istituzionale. Ne deriva un assetto decisionale in cui l'interesse collettivo risulta esposto a pressioni e vincoli contingenti, con effetti potenzialmente distorsivi sulla qualità e sull'efficacia della regolazione.

---

[20] In merito sia consentito rinviare a L. SCIPIONE, *Mutamenti degli assetti proprietari in ambito bancario. Il difficile connubio tra disciplina di settore, normativa sull'Opa e* Golden powers", in *Banca, impr. soc.*, 2023, p. 71 ss.

[21] Cfr. TAR Lazio, 12 luglio 2025, n. 1374. Per un primo commento si rimanda a L. SCIPIONE, *Il golden power alla prova del diritto. Riflessioni alla luce della sentenza del TAR Lazio sul caso UniCredit–Banco BPM*, in *Riv. dir. risp.*, 2, 2025, p. 4 ss.

8. Disparità applicative, rischi di arbitraggi regolatori e credibilità della Capital Markets Union

La questione tra sovranità nazionale e integrazione europea si manifesta non solo come tensione giuridico-formale, ma anche come dinamica concreta che condiziona in modo diretto le scelte degli operatori, la stabilità percepita dei mercati e, più in generale, l'efficacia complessiva della Capital Markets Union.

La contraddizione strutturale tra l'apertura dei mercati e la tutela di interessi strategici nazionali rappresenta uno degli snodi più delicati del processo di integrazione finanziaria, poiché costringe gli attori economici a muoversi in un contesto in cui convivono regole europee uniformi, tese a favorire mercati aperti e contendibili, e strumenti normativi nazionali che consentono agli Stati di intervenire in maniera selettiva e discrezionale nelle operazioni considerate essenziali.

L'ampio ricorso ai poteri speciali porta con sé anche implicazioni politiche e geopolitiche non trascurabili. In contesti nazionali caratterizzati da forte polarizzazione politica, il *golden power* può essere impiegato come strumento di politica industriale o come leva per la protezione di "campioni nazionali", con evidenti effetti distorsivi sulla concorrenza europea. Allo stesso tempo, un uso eccessivamente protezionistico può generare reazioni di reciprocità da parte dei paesi terzi, complicando le relazioni economiche e finanziarie internazionali. L'equilibrio tra la legittima tutela degli interessi strategici e il rischio di deriva protezionistica rimane, pertanto, una delle questioni più delicate per il futuro della *governance* economica europea.

In particolare, quando il *golden power* viene esercitato nei confronti di istituzioni finanziarie, esso si intreccia con altri strumenti regolatori di natura sovranazionale, come il controllo delle concentrazioni, la vigilanza prudenziale e i meccanismi di risoluzione bancaria. Le condizioni imposte in termini di *governance*, allocazione degli *asset* o strategie di espansione possono interferire con decisioni prese a livello europeo, creando incoerenze e aumentando il rischio di contenzioso [22]. L'assenza di protocolli di coordinamento formali tra le autorità nazionali e quelle europee evidenzia quindi un ulteriore punto debole, che rischia di compromettere non solo la coerenza interna della CMU, ma anche la sua stessa appetibilità agli occhi degli operatori globali.

La discrezionalità che connota tali interventi, pur legittima nell'ambito delle competenze attribuite agli Stati membri, si traduce inevitabilmente in un fattore di incertezza. L'esito di un'acquisizione o di una ricapitalizzazione può infatti dipendere da valutazioni non sempre prevedibili o armonizzate a livello sovranazionale, con effetti destabilizzanti sulla fiducia degli investitori. Non di rado, le procedure subiscono ritardi significativi o modifiche sostanziali delle condizioni originariamente previste, mentre la difficoltà di anticipare i vincoli imposti rende complessa la stessa valutazione economica delle operazioni. Per gli operatori stranieri e per gli investitori istituzionali, ciò si traduce in un rischio aggiuntivo che si riflette in un costo del capitale più elevato e in una minore propensione a investire in mercati percepiti come esposti a queste dinamiche.

[22] Più in generale, su tali profili, cfr. M. CARPAGNANO, *Il rapporto tra la disciplina golden power e le altre discipline di settore*, in R. CHIEPPA-C.D. PIRO-R. TUCCILLO (a cura di), *Golden power*, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 178 ss.; R. ANGELINI, *I rapporti tra le istituzioni nell'esercizio dei poteri speciali*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, cit., p. 271 ss.

Sul piano strutturale, uno dei principali ostacoli deriva dall'eterogeneità dei regimi nazionali, aspetto al quale si è già fatto riferimento. Differenze nelle soglie di notifica, nei settori considerati sensibili, nei criteri di valutazione e nelle tempistiche procedurali creano un mosaico normativo profondamente disomogeneo che alimenta fenomeni di arbitraggio regolamentare. In molti ordinamenti, i processi di *screening* non sono caratterizzati da limiti temporali certi o da meccanismi di coordinamento pre-notifica trasparenti ed efficienti. Tutto ciò si traduce in ritardi, in maggiori costi legali e negoziali e in un quadro di asimmetria informativa tra investitori e autorità. Gli operatori possono così scegliere le giurisdizioni meno restrittive o sfruttare i margini procedurali esistenti, amplificando quelle distorsioni competitive che indeboliscono il progetto della CMU.

Si aggiunga che, talora, le stesse amministrazioni nazionali non dispongono delle competenze tecniche necessarie per valutare rischi complessi connessi a settori innovativi come la cybersicurezza, i semiconduttori o l'intelligenza artificiale, e che, spesso, la condivisione tempestiva delle informazioni tra autorità nazionali ed europee rimane incompleta. L'assenza di una capacità tecnica comune a livello europeo genera un *trade-off* evidente: mantenere il livello nazionale, con l'inevitabile eterogeneità che ne deriva, o costruire strutture condivise, con i costi e le difficoltà politiche che ciò comporta.

A tali criticità si sommano problematiche di natura più marcatamente giuridica. Un impiego eccessivamente ampio o non adeguatamente motivato del *golden power* rischia di scontrarsi con i principi fondamentali del diritto dell'Unione e con la disciplina antidiscriminatoria. Inoltre, quando i poteri speciali incidono su operazioni che rientrano anche nel campo di applicazione della *Merger Regulation* o coinvolgono risorse pubbliche, si produce un'interferenza multilivello che richiede un complesso coordinamento tra diversi strumenti regolatori europei [23].

Ancora, dal punto di vista economico-finanziario, l'incertezza regolatoria prodotta da un uso non coordinato dei poteri speciali incide direttamente sulla liquidità e sui prezzi degli *asset*, determinando sconti legati al rischio politico-regolamentare e scoraggiando le operazioni transfrontaliere che rappresentano il cuore della CMU.

Per inciso, i settori ad alta intensità di capitale e ad alto contenuto tecnologico sono particolarmente vulnerabili, così come il *venture capital* e il *private equity*, che dipendono dalla possibilità di realizzare *exit* liquide e transfrontaliere. Numerosi studi empirici confermano che la prevedibilità delle regole costituisce un fattore decisivo per le scelte di allocazione del capitale: laddove il rischio di interventi arbitrari è percepito come elevato, gli investitori tendono a

---

[23] Sia consentito il rinvio a L. SCIPIONE, *Il golden power tra interessi nazionali e vincoli europei. I rilievi della Commissione europea sull'OPS UniCredit-Banco BPM*, in *Riv. dir. risp.*, 2, 2025, p. 4 ss. Il 26 maggio 2025, la Commissione europea ha formalmente trasmesso alle autorità italiane una richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 6, regolamento (UE) n. 452/2019, relativo al quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione. A seguire, il 21 novembre 2025 la Commissione, nell'ambito del pacchetto sulle decisioni in materia di infrazioni, ha reso noto l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (INFR(2025)2152), collocata nell'area "*Stabilità finanziaria, servizi finanziari e Unione dei mercati dei capitali*". La procedura trae origine dalla presunta violazione, da parte dell'ordinamento italiano, del regolamento (UE) n. 1024/2013, che attribuisce alla BCE competenze esclusive in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza, nonché della direttiva 2013/36/UE sui requisiti patrimoniali degli enti bancari. La Commissione contesta, inoltre, la possibile incompatibilità della normativa nazionale con gli articoli 49 e 63 TFUE, che tutelano rispettivamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

spostare risorse verso mercati più stabili e prevedibili, con la conseguenza di ridurre la profondità e la capacità di diversificazione dei mercati europei.

9. Dalla pluralità dei regimi nazionali al confronto con i modelli statunitense e cinese

Il confronto tra i diversi modelli di regolazione degli investimenti esteri diretti evidenzia come la questione del *golden power* non possa essere compresa se isolata dal contesto comparato. Le esperienze statunitense e cinese, pur profondamente diverse, rappresentano due paradigmi opposti di organizzazione istituzionale e di rapporto tra apertura dei mercati e tutela degli interessi strategici. È proprio nello spazio tra questi modelli che si colloca la peculiare traiettoria europea, caratterizzata da un equilibrio instabile tra protezione e integrazione, nel quale il difetto di centralizzazione e la persistenza delle sovranità nazionali determinano effetti rilevanti per la costruzione della Capital Markets Union.

A differenza del modello europeo, quello statunitense si fonda su un sistema fortemente centralizzato. Il *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) rappresenta, in tal senso, un esempio paradigmatico: attraverso un meccanismo unificato e riconoscibile di *screening* sugli investimenti esteri, gli Stati Uniti sono in grado di coniugare tutela degli interessi strategici e prevedibilità del quadro regolatorio. Gli investitori conoscono *ex ante* l'autorità competente, le procedure applicabili e i criteri di valutazione, circostanza che, pur introducendo un margine di discrezionalità politica, riduce sensibilmente l'incertezza e rafforza l'attrattività complessiva del mercato americano.

All'estremo opposto, la Cina presenta un modello in cui il controllo politico sugli investimenti esteri e sulle operazioni societarie è ancora più pervasivo, essendo saldamente ancorato a logiche di sicurezza nazionale e di politica industriale. In tale contesto, la distinzione tra esigenze economiche e ragioni politiche è pressoché inesistente, e il sistema di *screening* diviene uno strumento diretto di pianificazione strategica. Il mercato cinese si presenta quindi come altamente selettivo e, al tempo stesso, fortemente prevedibile sotto il profilo della direzione politica, benché con minori garanzie per gli operatori esteri in termini di trasparenza e di parità di trattamento.

Il confronto evidenzia la peculiare postura dell'Unione europea, che si colloca in una posizione intermedia nel tentativo di bilanciare le esigenze di protezione con quelle di apertura dei mercati. Tale equilibrio, tuttavia, risulta intrinsecamente fragile. L'assenza di un'autorità centrale dotata di poteri comparabili a quelli del CFIUS e la persistente riluttanza degli Stati membri a trasferire competenze in materia di sicurezza economica producono un assetto frammentato e potenzialmente distorsivo, il cui effetto finale è quello di scoraggiare gli investitori più sensibili all'incertezza normativa e ai costi di conformità.

Il nodo centrale, dunque, non è tanto la legittimità dei poteri speciali, quanto la loro compatibilità con gli obiettivi di integrazione finanziaria e con la coerenza sistemica della CMU. Se il *golden power* resta concepito come strumento difensivo esercitato in maniera disomogenea, esso rischia di trasformarsi in un fattore di disintegrazione. Al contrario, l'elaborazione di una *governance* europea condivisa, capace di armonizzare criteri sostanziali e procedurali senza privare gli Stati della possibilità di intervento in casi eccezionali, può rafforzare

l'autonomia strategica dell'Unione, assicurando al contempo la prevedibilità necessaria a mantenere competitivo il mercato unico rispetto ai modelli alternativi statunitense e cinese.

10. Verso una lettura multilivello della sovranità economica

Sul piano prospettico, il rapporto tra poteri speciali nazionali e Capital Markets Union va collocato in un processo più ampio di ridefinizione della *governance* economica dell'Unione, che tende sempre più a confrontarsi con il nodo della sovranità economica europea.

Del resto, deve oramai ritenersi un dato acquisito il fatto che l'esercizio del *golden power* non possa più essere confinato a un orizzonte puramente nazionale. L'elevato grado di integrazione dei mercati finanziari europei impone una lettura stratificata del potere statale, in cui le prerogative nazionali devono confrontarsi con i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione e con le competenze concorrenti – e talvolta sovraordinate – delle istituzioni comunitarie, in materia di vigilanza prudenziale, concorrenza, libertà di circolazione dei capitali e disciplina dei mercati finanziari.

Ciononostante, mentre questi apparati si caratterizzano per un'elevata tecnicità e per l'operare attraverso automatismi normativi, il *golden power* conserva un'accentuata natura politico-decisionale. Questa peculiare configurazione conferisce agli Stati un margine di apprezzamento più largo e discrezionale, che consente di integrare la dimensione tecnica della regolazione con una valutazione strategica degli interessi nazionali, collocando la decisione finale in una sfera di comando piuttosto che di mera amministrazione.

Detta traiettoria riflette una duplice convergenza: da un lato, il paradigma della regolazione multilivello, funzionale all'armonizzazione normativa in un contesto di interdipendenze finanziarie globali; dall'altro, la riaffermazione della sovranità statale come risposta alle vulnerabilità prodotte da tali interdipendenze.

La questione trascende, dunque, il mero profilo giuridico, assumendo una dimensione politica e istituzionale: riguarda la ridefinizione della sovranità nell'era della *governance* condivisa e la possibilità per gli ordinamenti nazionali di agire strategicamente in un ecosistema normativo multilivello.

La domanda di fondo non è se *golden power* e Capital Markets Union siano fisiologicamente incompatibili, ma se possano coesistere in un assetto istituzionale capace di fissare criteri comuni, di assicurare trasparenza e proporzionalità e di evitare che la frammentazione nazionale diventi un ostacolo insormontabile all'integrazione finanziaria. In altri termini, il nodo non è la mera giuridicità del *golden power*, ma la sua funzione politica: esso può essere concepito come strumento di difesa contingente e protezionistica, oppure come meccanismo armonizzato e integrato che, lungi dal mettere in pericolo la CMU, ne rafforza la legittimità, offrendo garanzie di sicurezza comuni per risparmiatori e mercati.

Il cambio di rotta decisivo cui l'Unione è chiamata è proprio questo: trasformare un potenziale fattore di tensione in un elemento di coerenza sistemica, dove l'apertura del mercato dei capitali non significhi vulnerabilità e dove la protezione strategica non si traduca in chiusura protezionistica.

11. Il progetto di un *golden power* europeo

Ciò che oggi rallenta l'integrazione dei mercati dei capitali non è soltanto la persistenza di differenze giuridiche o la mancanza di infrastrutture comuni, ma la percezione politica che l'apertura indiscriminata esponga gli Stati e le loro economie a vulnerabilità esterne. La CMU rischia di apparire come un progetto tecnocratico, utile a rendere i mercati più profondi e liquidi, ma potenzialmente indifferente agli interessi strategici e di sicurezza delle comunità nazionali.

In questo scenario, l'introduzione di un *golden power* ancor più europeo, disciplinato da criteri comuni, proporzionati e trasparenti, potrebbe funzionare come garanzia politica: gli Stati e le opinioni pubbliche sarebbero più disponibili ad accettare un mercato dei capitali realmente integrato potendo confidare in un meccanismo europeo capace di bloccare acquisizioni lesive dell'interesse strategico dell'Unione nel suo complesso [24].

La sfida non è soltanto giuridica quanto principalmente politica: costruire un assetto che, anziché accentuare il dualismo tra libertà economiche e sicurezza, riesca a farne due componenti complementari di un'unica architettura istituzionale. Solo così la Capital Markets Union potrà trasformarsi da progetto tecnocratico a progetto politico europeo, capace di attrarre capitali e insieme di proteggere gli interessi vitali dell'Unione.

Un modello europeo unico dovrebbe muovere da tre direttrici principali: armonizzazione, proporzionalità e *governance* multilivello.

Sul piano dell'armonizzazione, è necessario definire una cornice normativa comune che stabilisca criteri uniformi per l'individuazione dei settori strategici e delle minacce rilevanti alla sicurezza e all'ordine pubblico. La nozione di "attivi critici" dovrebbe essere chiarita a livello europeo, ricomprendendo non solo difesa, energia e telecomunicazioni, ma anche i nuovi ambiti digitali, i dati sensibili, le tecnologie emergenti e la finanza sistemica. Tale uniformità eviterebbe che singoli Stati possano ampliare in modo arbitrario il perimetro dei poteri speciali, con finalità di protezionismo mascherato.

Sul piano della proporzionalità, occorre sancire regole procedurali stringenti, che impongano una valutazione oggettiva e motivata degli interventi. Il principio di necessità dovrebbe costituire la clausola di chiusura: il potere speciale deve essere esercitato soltanto quando l'interesse strategico non sia altrimenti tutelabile con strumenti di diritto ordinario o con meccanismi di vigilanza settoriale. Inoltre, dovrebbe essere previsto un sistema di rimedi effettivi, affidati non solo ai giudici nazionali, ma anche alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, affinché sia garantito un sindacato pieno di legittimità e proporzionalità.

Infine, sul piano della *governance*, è indispensabile delineare una struttura multilivello che preveda un ruolo più incisivo delle istituzioni europee, senza però esautorare gli Stati membri. Un'autorità europea dedicata al controllo degli investimenti esteri – eventualmente incardinata presso l'ESMA o istituita come nuova agenzia indipendente – potrebbe fungere da centro di coordinamento, raccogliendo informazioni, elaborando linee guida vincolanti e svolgendo funzioni di raccordo tra i diversi regimi nazionali. La Commissione europea, a sua volta, dovrebbe disporre di un potere di intervento decisivo laddove l'uso del

[24] In generale su questi aspetti cfr. F. CAPRIGLIONE-A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione europea. Le ragioni di un difficile incontro*, Cedam, Padova, 2015, p. 173 ss.

golden power da parte di uno Stato membro possa compromettere l'unità del mercato o costituire un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei capitali.

Un modello di *golden power* europeo si configura, dunque, come una sintesi avanzata tra le esigenze di sicurezza nazionale e l'obiettivo, altrettanto prioritario, di costruire un mercato finanziario europeo integrato e competitivo. La sua istituzione risponderebbe alla tensione strutturale che attraversa l'Unione: da un lato, la necessità di salvaguardare i settori strategici, le infrastrutture critiche e le filiere tecnologiche, oggi esposte a dinamiche geopolitiche sempre più complesse; dall'altro, l'urgenza di garantire un contesto normativo capace di favorire la piena realizzazione dell'Unione bancaria e della Capital Markets Union, superando resistenze politiche e frammentazioni regolatorie.

Sul versante economico, un simile strumento permetterebbe di ridurre la frammentazione oggi derivante dall'applicazione di discipline nazionali eterogenee, che spesso generano incertezza per gli operatori e rischi di conflitto tra Stati membri. L'adozione di un quadro unitario garantirebbe maggiore prevedibilità e trasparenza, rafforzando la fiducia degli investitori e accrescendo l'attrattività del mercato europeo rispetto ai concorrenti globali. Ne deriverebbe un doppio beneficio: la tutela dell'interesse comune europeo e, al tempo stesso, la creazione di condizioni di concorrenza più eque, capaci di stimolare la competitività delle imprese europee.

Sotto il profilo giuridico, la costruzione di un *golden power* europeo rafforzerebbe la coerenza sistemica del diritto dell'Unione, evitando il proliferare di regimi nazionali potenzialmente incompatibili con le libertà fondamentali del mercato interno. Esso non si configurerebbe come una deroga accettabile al principio di libera circolazione dei capitali, sottoposta a costanti verifiche di proporzionalità, ma assumerebbe il carattere di un meccanismo strutturale di integrazione, volto a preservare la logica del mercato unico mediante un equilibrio interno tra apertura e protezione. In tal senso, l'introduzione di un *golden power* europeo segnerebbe il passaggio da un approccio difensivo e dispotico a un modello integrato e proattivo, nel quale la sicurezza economica diventa parte integrante del progetto di unione finanziaria.

A livello politico e strategico, infine, un simile strumento rafforzerebbe la credibilità internazionale dell'Unione, che si presenterebbe non solo come spazio aperto agli investimenti globali, ma anche come attore capace di difendere collettivamente la propria autonomia e i propri interessi vitali. L'elemento innovativo consisterebbe proprio nella capacità di coniugare apertura e protezione in un quadro comune, superando la diffidenza che finora ha ostacolato l'approfondimento dei meccanismi di integrazione finanziaria. Ciò consentirebbe all'Unione di trasformare il *golden power* da strumento nazionale, spesso percepito come eccezione di carattere protezionistico, a pilastro di legittimazione politica condivisa, in grado di garantire che l'apertura dei mercati non si traduca in vulnerabilità strategica.

Beninteso, la realizzazione di un simile progetto non comporterebbe la soppressione dei poteri speciali degli Stati membri, ma la loro ricomposizione in un sistema integrato, coerente con la dimensione sovranazionale delle sfide attuali. In questo senso, il *golden power* europeo rappresenterebbe un passo decisivo verso l'autonomia strategica dell'Unione: un dispositivo che, lungi dall'indebolire la logica del mercato unico, ne rafforzerebbe la sostenibilità politica e istituzionale, offrendo un quadro stabile e prevedibile in cui sicurezza e competitività non appaiono più in contraddizione, ma si configurano come aspetti complementari di un medesimo processo di integrazione.

12. Conclusioni

Il percorso *de iure condendo* sopra ipotizzato deve tener conto della metamorfosi che sta caratterizzando oggigiorno l'evoluzione degli operatori di mercato.

L'affastellamento normativo conseguente alla stratificazione di un elevato numero di disposizioni innestatesi nel tempo, da un lato, unitamente alla ampiezza e profondità dell'interventismo pubblico, dall'altro lato, non consentono più di ponderare con sufficiente grado di certezza il rischio di un'influenza esterna sull'operatività imprenditoriale [25].

Ciò ha contribuito ad arricchire le connotazioni che presenta attualmente l'*interesse sociale* degli operatori di mercato di nuove e diverse sfumature, incluse – nel variegato concetto di *stakeholderism* – anche le maggiori attenzioni alle ricadute istituzionali delle proprie decisioni gestorie e ancor più strategiche.

In altre parole, nel nuovo ordine giuridico del mercato finanziario non è solo all'esterno – e dunque dalla prospettiva dei controlli e delle autorità – che deve trovare adeguato bilanciamento l'esigenza di promuovere un mercato attrattivo ed efficiente con quella di preservare gli interessi vitali del territorio.

La menzionata dialettica, infatti, si espleta anche dall'interno dei singoli operatori finanziari, nell'organizzazione della propria attività e nei processi di selezione di interessi e obiettivi perseguiti.

È nel dialogo costante fra profitto e altri interessi che trova posto, nell'assetto particolarmente strategico di chi opera sul mercato finanziario, anche la prospettiva dell'impatto istituzionale che le iniziative in discorso sono in grado di produrre. E dunque saranno sempre più le regole del diligente agire gestorio a dover orientare *ex ante* le azioni imprenditoriali a risultati che siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco, inclusi quelli sottesi alle dinamiche del mercato e quelli protetti dalla disciplina sui *golden power* [26].

[25] Sia consentito il rinvio a A. Sacco Ginevri, *Rileggendo "Le privatizzazioni in Italia" di Laura Ammannati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, Suppl. n. 1, p. 71 ss.

[26] Per riflessioni simili si v. L. Enriques, *Sostenibilità, transizione tecnologica, geopolitica, "azionariato universale": gli impatti su interesse sociale e conflitto d'interessi*, in *Riv. dir. soc.*, 2024, p. 703 ss.



Gestione dei rischi ICT e *governance* bancaria*

ICT Risk Management and Banking Governance

di *Filippo Sartori***

ABSTRACT

Il contributo analizza la gestione del rischio ICT nel settore bancario, evidenziandone la natura strutturale nell'ambito della regolazione finanziaria contemporanea. Il rischio digitale, infatti, non si configura più come profilo tecnico settoriale, ma come fattore sistemico in grado di incidere sulla continuità operativa, sulla legittimità dell'attività contrattuale e sull'affidabilità complessiva dell'intermediario. La disciplina europea – in particolare il Regolamento DORA e la direttiva NIS2 – impone agli intermediari vigilati un presidio integrato, che coinvolge governance, processi, fornitori terzi e obblighi informativi. L'articolo ricostruisce i profili tecnici e normativi della materia, mettendo in luce il ruolo ordinante assunto dalla resilienza digitale nella definizione della sana e prudente gestione.

The article examines ICT risk management in the banking sector, highlighting its structural role within the current framework of financial regulation. Digital risk is no longer a purely technical matter but a systemic factor affecting operational continuity, the legitimacy of contractual activity, and the overall reliability of financial intermediaries. European regulation – notably the DORA Regulation and the NIS2 Directive – requires supervised institutions to adopt an integrated control framework involving governance, internal processes, third-party providers, and reporting obligations. The paper analyses the legal and technical dimensions of ICT risk, emphasizing the central role of digital resilience in shaping the principle of sound and prudent management.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il rischio ICT come elemento strutturale dell'attività finanziaria regolata. – 3. Le declinazioni del rischio ICT nelle imprese vigilate: tra disciplina regolamentare e vulnerabilità sistemica. – 4. Il governo del rischio ICT tra regolazione finanziaria e interesse generale. – 5. La disciplina del rischio ICT nella dimensione dell'impresa e del mercato. – 6. La disciplina del rischio ICT nella dimensione dell'attività: cenni. – 7. Conclusioni: la resilienza digitale come orizzonte regolatorio della sana e prudente gestione.

* Lo scritto è destinato al *Liber Amicorum* in onore di Antonella Antonucci.

** Professore ordinario di Diritto dell'economia presso l'Università di Trento.

1. Premessa

La gestione del rischio ICT nei mercati finanziari costituisce, nell'attuale contesto, una delle questioni più complesse e delicate della disciplina regolatoria. Non è materia che possa essere ricondotta a soluzioni standardizzate, né tanto meno affrontata mediante approcci semplificati.

Essa richiede un'analisi che coinvolga, in modo coordinato, il profilo tecnologico, quello organizzativo e quello giuridico. Il diritto è chiamato a misurarsi con tali esigenze, riaffermando la propria funzione ordinante nella prospettiva di costruire un *framework* normativo e istituzionale capace di fornire criteri certi per la prevenzione, la gestione e la mitigazione del rischio. Senza peraltro ostacolare la capacità di adattamento delle infrastrutture digitali e la costante evoluzione degli strumenti applicativi.

Il rischio, inteso come possibilità che un evento futuro e incerto comprometta l'equilibrio economico, patrimoniale o operativo di un soggetto vigilato, presenta, nella dimensione ICT, profili di particolare rilevanza e complessità. La natura immateriale degli *asset* coinvolti, l'interconnessione sistemica tra operatori e infrastrutture, nonché l'elevato grado di dipendenza dai sistemi digitali, impongono un'estensione del perimetro tradizionale della nozione di rischio, che non può più limitarsi alla sfera strettamente finanziaria o gestionale.

Tale evento incerto può concretizzarsi in diverse forme: un attacco informatico condotto da soggetti esterni, lo sfruttamento di una vulnerabilità da parte di attori ostili, un errore umano all'interno di un sistema ad elevato grado di automazione, l'interruzione di servizi digitali essenziali, la perdita o l'indebito accesso a dati sensibili, ovvero la compromissione dell'integrità e dell'affidabilità delle informazioni trattate.

Ne è esempio l'attacco di tipo *Distributed Denial of Service* (DDoS) che, nel gennaio 2023, ha colpito la Banca Centrale di Danimarca e sette istituti bancari privati, impedendo per diverse ore l'accesso ai portali digitali [1]. L'azione, condotta mediante una rete distribuita di dispositivi compromessi, ha saturato i *server* delle istituzioni coinvolte, compromettendone la continuità operativa. Un caso diverso, ma parimenti rilevante, ha interessato Intesa Sanpaolo nel 2024, quando un dipendente ha effettuato oltre 6.000 accessi non autorizzati ai conti di circa 3.500 clienti, tra cui soggetti istituzionali, acquisendo e consultando dati riservati [2]. L'episodio, pur non riconducibile a un attacco esterno, ha messo in luce le criticità nella gestione degli accessi interni e nel controllo dei privilegi informatici. Un ulteriore incidente, di natura ancora differente, ha interessato UniCredit, che ha subito un'intrusione informatica di larga scala tramite un partner commerciale esterno italiano [3]. L'attacco, risalente al 2017 ma reso pubblico nel 2019, ha coinvolto i dati anagrafici e gli IBAN di circa 400.000 clienti. Pur non essendo stati compromessi strumenti dispositivi (quali credenziali o password), l'incidente ha comportato un rilevante danno reputazionale, confermando la particolare esposizione del settore bancario alle ricadute immateriali di eventi di natura cibernetica.

---

[1] Cfr. J. Gronholt-Pedersen, N. Skydsgaard, *Hackers hit websites of Danish central bank, other banks,* reperibile online su https://www.reuters.com/.

[2] Cfr. *Il sole 24 ore*, 11 ottobre 2024, *Conti spiati, caccia ai mandanti. «Non ha agito da solo». Fonti Bankitalia, chiesti chiarimenti a Intesa su accessi.*

[3] Cfr. Comunicato stampa di Unicredit dd. 26 luglio 2017.

La rilevanza sistemica di questi fenomeni è confermata anche dai dati raccolti dall'EBA (*Risk Assessment of the European Banking System*, December 2023). Nel solo 2022, le banche dell'Unione Europea hanno segnalato oltre 61.000 eventi di rischio ICT, con un incremento superiore al 20% rispetto al 2021. Nonostante il numero totale di eventi di perdita operativa (che include tutte le tipologie di rischio operativo, anche non digitali) sia diminuito del 14% nel 2022 rispetto al 2021, il numero di eventi legati specificamente al rischio ICT è aumentato di oltre il 20%, segno di una crescente incidenza della componente digitale tra i *driver* di rischio. Inoltre, gli incidenti che hanno causato indisponibilità dei servizi digitali hanno comportato complessivamente circa 300 milioni di ore cliente non disponibili nel canale *e-banking* e 200 milioni nel *mobile banking*, imponendo in numerosi casi l'attivazione di piani di continuità operativa. Le cause principali degli incidenti più gravi restano i guasti di sistema (347 casi), seguiti da errori di processo (131), eventi esterni (115) ed errori umani (80) [4].

A rendere peculiare questa particolare tipologia di rischio è la sua capacità di propagarsi rapidamente, talvolta in modo invisibile, lungo filiere complesse, fino a mettere in discussione non solo la continuità operativa di un singolo operatore, ma anche la fiducia complessiva nel mercato e nella sua infrastruttura tecnologica. In questa prospettiva, l'esigenza di una sana e prudente gestione si intreccia con la costruzione di una resilienza operativa che non è più solo questione tecnica, ma parte integrante della *governance* bancaria.

2. Il rischio ICT come elemento strutturale dell'attività finanziaria regolata

Il rischio, in ambito digitale, costituisce oggi una dimensione strutturale dell'attività bancaria, non meno rilevante del rischio di credito o di mercato [5]. La sua incidenza non si esaurisce nella dimensione operativa, ma assume rilievo conformativo per l'intero impianto regolamentare, incidendo direttamente sui presìdi organizzativi, sui sistemi di controllo interno e sulla definizione delle responsabilità apicali.

Gli enti bancari si trovano oggi a operare in ambienti digitali ad alta intensità tecnologica, nei quali la qualità e la sicurezza delle infrastrutture ICT condizionano in modo diretto la capacità di assicurare continuità operativa, correttezza delle informazioni, tutela dell'integrità patrimoniale e affidabilità nei confronti del mercato e della clientela. Tali ambienti si caratterizzano, tra l'altro, per una crescente esternalizzazione delle funzioni critiche, con un'elevata dipendenza da fornitori terzi e un'elevata permeabilità del perimetro digitale aziendale, che rende più difficile il presidio integrato delle minacce.

La trasformazione digitale ha, insomma, reso strutturale la dipendenza delle imprese bancarie da sistemi tecnologici complessi: ambienti *cloud*, architetture distribuite, algoritmi di allocazione automatica, sistemi di *remote onboarding*, piattaforme di comunicazione continua con clienti e fornitori. L'aspetto che va segnalato è che l'attività bancaria non è più solo supportata dall'ICT, ma si realizza in forma integrata con esso. In questa cornice, l'interruzione, la vulnerabilità

[4] Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Risk assessment report*, dicembre 2023, p. 97 ss.

[5] *Ibidem*, *Cyber risk and data security continue to be by far the most prominent driver of operational risk for banks,* p. 97.

o la compromissione di un sistema tecnologico non incidono semplicemente sull'efficienza, ma mettono in discussione la stessa continuità e legittimità dell'attività.

La normativa europea più recente – in particolare il regolamento (UE) 2022/2554 (DORA) [6] e la Direttiva NIS2 [7] – recepisce questa trasformazione, qualificando il rischio ICT come oggetto di obblighi specifici e tracciabili, con rilevanza non solo operativa ma anche organizzativa e strategica. Ne derivano obblighi che si riflettono sulla stessa struttura di *governance*: dal ruolo dell'organo di gestione nella definizione della strategia digitale, alla responsabilità ultima nella supervisione dei fornitori terzi critici, fino all'obbligo di istituire presidi di controllo indipendenti, piani di continuità e test periodici di resilienza. In tale prospettiva, l'EBA e le Autorità nazionali hanno progressivamente richiesto l'adozione di un approccio olistico alla resilienza, basato su una mappatura dei servizi essenziali, un'analisi del livello di tolleranza al rischio ICT e l'integrazione della "*resilience by design*" nella pianificazione strategica e operativa degli intermediari bancari.

Si afferma così una concezione del rischio ICT non come mero adempimento settoriale, ma come fattore strutturale della regolazione bancaria, in grado di orientare l'assetto organizzativo interno, i processi decisionali rilevanti ai fini prudenziali, i presìdi di governo e controllo, le scelte di investimento in infrastrutture digitali, nonché il rapporto informativo e ispettivo con le autorità di vigilanza.

A differenza degli operatori non soggetti a vigilanza prudenziale, le banche devono operare entro una cornice normativa che subordina la stessa legittimità dell'attività bancaria al rispetto di standard tecnologici, documentali e procedurali. La conformità ai requisiti in materia ICT si configura dunque come condizione di validità e continuità dell'operatività, oltre che come presidio di stabilità e affidabilità sistemica.

In tale scenario, il presidio del rischio ICT assume una valenza strategica: non più solo risposta reattiva alle minacce emergenti, ma anche leva proattiva di posizionamento competitivo. L'integrazione della resilienza digitale nei processi aziendali, nei criteri di allocazione del capitale e nelle logiche di gestione delle *performance* può rafforzare la fiducia degli *stakeholder*, ridurre la volatilità operativa e accrescere la reputazione dell'intermediario nel mercato.

Da questo angolo visuale è solo l'integrazione della cultura del rischio ICT a tutti i livelli dell'organizzazione e nei processi di governo societario che consente di ottenere un vantaggio competitivo durevole, riducendo nel tempo i costi da incidenti e aumentando l'efficienza complessiva dei controlli interni.

---

[6] Cfr. regolamento (UE) 2022/2554 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (*Digital Operational Resilience Act*, DORA). Per un commento v. G. ALFANO, *Rischi informatici nel settore finanziario: strumenti di prevenzione e resilienza operativa digitale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2024, p. 363 ss.; C.P. BUTTIGIEG-B. BRUNELLI ZIMMERMANN, *The digital operational resilience act: challenges and some reflections on the adequacy of Europe's architecture for financial supervision*, in *ERA Forum*, 25/2024, pp. 11-28.

[7] Cfr. direttiva (UE) 2022/2555 relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione (*Network and Information Security 2*, NIS2). Per un commento v. C. SINGH, *European cyber security law in 2023: A review of the advances in the Network and Information Security 2 Directive 2022/2555*, in *Cyber Security: A Peer-Reviewed Journal*, vol. 7/1, *Autumn/Fall* 2023, pp. 82-92; F. CASAROSA-G. COMANDÉ, *Aspettando la NIS2: ovvero il diritto privato della cybersecurity*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2024, p. 29 ss.

3. Le declinazioni del rischio ICT nelle imprese vigilate: tra disciplina regolamentare e vulnerabilità sistemica

Nel contesto bancario, allora, il rischio ICT si caratterizza per l'elevato grado di articolazione, ampiezza e dinamicità [8]. Non si configura come un'esposizione unitaria, ma si compone di una pluralità di dimensioni – di natura tecnica, organizzativa, regolamentare, contrattuale, reputazionale – che si influenzano reciprocamente e impongono un approccio gestionale fondato su prevenzione, adeguamento e presidio costante.

La disciplina europea più recente ha consolidato un approccio policentrico alla gestione del rischio ICT. Il Regolamento DORA introduce, per tutti gli operatori finanziari vigilati, un modello organico fondato su cinque *pillars* fondamentali: (*i*) una *governance* del rischio ICT, con attribuzione diretta di responsabilità all'organo di gestione; (*ii*) un sistema strutturato di gestione del rischio ICT, comprensivo di misure di identificazione, prevenzione, rilevazione, risposta e ripristino; (*iii*) un meccanismo di segnalazione degli incidenti significativi, da attivarsi secondo tempistiche definite dalle autorità competenti; (*iv*) test periodici sulla resilienza operativa digitale, inclusi test avanzati di penetrazione basati su scenari simulati (*Threat-Led Penetration Testing*, TLPT); nonché (*v*) una disciplina stringente in materia di rischio connesso ai fornitori terzi di servizi ICT, con obblighi contrattuali specifici e strumenti di controllo, inclusi diritti di *audit*.

All'interno di questo quadro, il rischio ICT si articola in almeno sette profili distinti che meritano di essere segnalati. In primo luogo, il rischio cibernetico, connesso alla minaccia di attacchi informatici in grado di compromettere la riservatezza, l'integrità o la disponibilità dei dati, generando effetti sulla fiducia del mercato e sul rapporto con la clientela. Vi è poi il rischio operativo, riconducibile a malfunzionamenti dei sistemi, errori umani, guasti *hardware*, obsolescenza tecnologica o carenze nei processi di aggiornamento. Un ulteriore profilo è rappresentato dalla violazione dei dati, attraverso accessi non autorizzati, debolezze nei sistemi di autenticazione o insufficienze nelle tecniche di cifratura. Rilevante è anche il rischio da dipendenza da fornitori terzi, in particolare quando siano esternalizzate funzioni critiche, con possibili effetti in termini di *lock-in* tecnologico, interruzioni operative e difficoltà nella gestione del rischio di concentrazione. A ciò si aggiunge il rischio reputazionale, derivante dalla percezione negativa generata da eventi ICT gestiti in modo inadeguato o non trasparente. Un ulteriore profilo è rappresentato dal rischio di non conformità, legato alla violazione di obblighi normativi e regolamentari, tra cui quelli previsti da DORA, dal GDPR, dalla direttiva NIS2, dalla circolare Banca d'Italia n. 285/2013, nonché dagli atti normativi e dagli standard tecnici emanati dalle Autorità europee di vigilanza. Infine, e più importante, il rischio sistemico, ossia la possibilità che un incidente grave, relativo a infrastrutture condivise – quali fornitori *cloud* o prestatori di servizi di terze parti – si propaghi generando effetti a catena che incidono sulla stabilità complessiva del sistema finanziario.

Proprio la crescente rilevanza di quest'ultima categoria di rischio ha orientato le Autorità europee verso un approccio integrato alla resilienza digitale, culminato

[8] Cfr. A. Sciarrone Alibrandi, *Innovazione tecnologica e regolazione dei mercati*, in R. Lener-G. Luchena-C. Robustella (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 5 ss.; F. Capriglione, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in R. Lener-G. Luchena-C. Robustella (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 78 ss.

nell'inclusione esplicita della resilienza operativa tra i parametri fondamentali del processo SREP [9]. In tale contesto, la Banca Centrale Europea valuta la qualità dei presìdi ICT anche come indicatore della solidità complessiva della *governance* [10], mentre l'EBA ha rafforzato i vincoli normativi in materia di *outsourcing* e gestione di fornitori terzi critici [11].

Tali profili sono ormai riconosciuti come componenti pienamente rilevanti ai fini prudenziali

Le Autorità europee di vigilanza – EBA, ESMA ed EIOPA – hanno progressivamente delineato un quadro tecnico articolato, attraverso una serie di linee guida che, pur in attesa di pieno coordinamento con il DORA, già qualificano il rischio ICT come componente strutturale della resilienza operativa. Tra queste, assumono particolare rilievo le *Guidelines on ICT and Security Risk Management* (EBA/GL/2019/04) e le *Guidelines on Outsourcing Arrangements* (EBA/GL/2019/02), entrambe vincolanti per le banche soggette alla vigilanza dell'EBA. A livello nazionale, la Banca d'Italia ha integrato il quadro regolatorio con la Comunicazione del 23 dicembre 2024, rivolta in particolare agli intermediari meno significativi (LSI), e con le pedisseque Istruzioni operative. Il nuovo assetto normativo richiede agli operatori una valutazione approfondita dell'assetto ICT, comprensiva dell'analisi dei presìdi interni, del censimento dei fornitori critici, della predisposizione di piani strutturati di risposta agli incidenti e della formalizzazione dei processi di gestione delle modifiche. In tale prospettiva, assumono rilievo anche i requisiti introdotti dalla Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013 (aggiornamento n. 40), che recepisce gli orientamenti EBA, e che rafforzano l'obbligo di implementare una funzione di controllo indipendente sui rischi ICT, nonché una strategia di resilienza digitale allineata agli obiettivi aziendali. Tali obblighi si completano con i dettami del *framework* TIBER-EU, recepito a livello nazionale con il programma TIBER-IT, che promuove test avanzati basati su scenari realistici di attacco cibernetico per valutare la capacità di risposta delle infrastrutture digitali bancarie.

L'approccio olistico adottato non si esaurisce nella definizione di adempimenti formali, ma implica una trasformazione più profonda della cultura organizzativa. Il rischio ICT non è concepito come ambito tecnico settoriale, confinato alle competenze dell'area informatica. La crescente interdipendenza tra infrastrutture digitali e funzioni aziendali essenziali impone una diversa consapevolezza: la gestione del rischio tecnologico costituisce oggi una responsabilità trasversale, che coinvolge direttamente l'organo di gestione, le funzioni di controllo, i responsabili di processo e le strutture di *business*. Di tal che, come logica conseguenza, l'integrazione del rischio ICT nelle decisioni strategiche, nella pianificazione operativa e nella definizione dell'assetto organizzativo rappresenta una condizione imprescindibile per assicurare la continuità operativa, la solidità aziendale e il rispetto del principio di sana e prudente gestione.

In particolare, si evidenzia come la gestione del rischio ICT non possa più limitarsi all'adozione di controlli statici, ma richieda una capacità dinamica di

---

[9] *Supervisory Review and Evaluation Process*. Per un approfondimento sul processo di revisione e valutazione prudenziale cfr. A. GENOVESE, *La vigilanza finanziaria sugli emittenti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, p. 497 ss.

[10] Cfr. BCE, *ECB Banking Supervision: SSM supervisory priorities for 2024-2026*, p. 14 ss. Consultabile su www.bankingsupervision.europa.eu.

[11] Cfr. in particolare EBA/GL/2019/02 *Orientamenti EBA in materia di esternalizzazione*; EBA/GL/2019/04 *Orientamenti EBA sulla gestione dei rischi relativi alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e di sicurezza*.

adattamento, fondata sull'analisi costante degli scenari di minaccia, sulla simulazione di incidenti sistemici e sulla continuità dei test di penetrazione e delle analisi di impatto. Tale approccio "*intelligence-driven*" consente non solo di contenere l'esposizione al rischio, ma anche di orientare le scelte allocative e di *governance* in chiave prospettica e preventiva.

A ciò si affianca la crescente rilevanza della gestione integrata del rischio ICT e del rischio di terza parte, secondo una logica "*risk-based*" che impone di modulare i presìdi organizzativi in funzione del livello di criticità dei servizi esternalizzati e del grado di concentrazione dei fornitori. In quest'ottica, l'evoluzione della disciplina evidenzia una convergenza tra i presidi di sicurezza operativa e i requisiti di sostenibilità della funzione bancaria nel lungo periodo [12].

La resilienza digitale diventa così cartina di tornasole della capacità di un'impresa bancaria di operare nel rispetto dei princìpi di sana e prudente gestione: un indicatore non solo tecnico, ma istituzionale, della qualità dell'amministrazione, della trasparenza nei confronti delle autorità e della solidità percepita dagli *stakeholder*.

4. Il governo del rischio ICT tra regolazione finanziaria e interesse generale

Come si è avuto modo di ricordare, la gestione del rischio ICT ha ormai oltrepassato i confini dell'organizzazione aziendale per assumere una dimensione istituzionale e sistemica. L'evento ICT critico – sia esso un attacco, un malfunzionamento, una discontinuità nei servizi digitali – non si esaurisce in un impatto interno all'intermediario, ma può generare effetti a catena sull'intero ecosistema finanziario, incidendo sulla stabilità del mercato e sulla fiducia del pubblico. La natura interconnessa, infrastrutturale e invisibile delle tecnologie impiegate fa sì che le vulnerabilità si diffondano con estrema rapidità, amplificando le conseguenze a livello macroprudenziale.

Un esempio significativo di come un evento critico possa assumere rilevanza sistemica è rappresentato dal fallimento della *Silicon Valley Bank* nel marzo 2023 [13]. Pur riconducibile, nella sua genesi, a una gestione inadeguata dei rischi di tasso e di liquidità, l'episodio ha rivelato la portata amplificativa dei canali digitali nei contesti ad alta interconnessione. La corsa agli sportelli, che in passato avrebbe richiesto la presenza fisica del depositante, si è concretizzata in poche ore attraverso bonifici istantanei e disposizioni online, eseguite da dispositivi mobili. L'effetto è stato quello di una fuoriuscita simultanea e massiva di liquidità, che ha reso impossibile ogni tentativo di contenimento. Le conseguenze non si sono limitate al contesto statunitense. Anche in Europa si sono registrate ripercussioni immediate sul piano della fiducia, della stabilità dei depositi e della percezione del rischio, con richiami espliciti da parte delle autorità

[12] Per un approfondimento cfr. R. CALDERAZZI, *Gli effetti della digitalizzazione sugli assetti organizzativi delle banche,* in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Cedam, Padova, 2021, p. 399 ss.

[13] Cfr. F. BACON-L. FERNANDO DOS REIS, *The Failure of Silicon Valley Bank: A Test of Market Efficiency*, in *Journal of Applied Business and Economics*, vol. 26, no. 4, 2024; V.V. LAI-H.T.T. LE, *From hero to zero: The case of Silicon Valley Bank*, in *Journal of Economics and Business*, September, 5, 2023.

di vigilanza alla necessità di rafforzare i presìdi di resilienza operativa e comunicazione digitale nel settore bancario.

È questo il punto in cui il rischio ICT cessa di essere una questione di *compliance* individuale per divenire materia di interesse generale.

Le recenti evoluzioni normative non si limitano, infatti, a regolare il comportamento delle imprese, ma pongono le condizioni per la tutela della continuità operativa del sistema finanziario nel suo complesso. Il Regolamento DORA, nel suo impianto generale, non è solo un testo tecnico, ma un dispositivo di sicurezza collettiva, costruito attorno all'esigenza di preservare l'integrità del mercato interno anche in scenari di crisi digitale diffusa. E in questa prospettiva, le Autorità europee si sono orientate verso un approccio integrato alla resilienza digitale, riconoscendone il valore sistemico e la rilevanza prudenziale.

La rilevanza dell'interesse generale sotteso alla gestione del rischio ICT emerge con particolare evidenza ove si considerino le posizioni funzionali occupate da alcune componenti centrali dell'infrastruttura finanziaria. Un'interruzione nei circuiti interbancari può paralizzare i pagamenti al dettaglio e le operazioni di compensazione; una vulnerabilità nei depositari centrali è in grado di compromettere la certezza giuridica delle transazioni; un attacco a un'infrastruttura *cloud* condivisa può determinare effetti simultanei su una pluralità di intermediari, anche in assenza di relazioni contrattuali dirette tra loro.

In tutti questi casi, è in gioco non soltanto la continuità operativa, ma l'affidabilità stessa delle somme depositate presso le banche, la cui disponibilità effettiva – per cittadini, imprese e amministrazioni – dipende sempre più da architetture digitali interconnesse e non sempre presidiate in modo adeguato. È in questa prospettiva che l'art. 47 Cost., nella sua lettura sistematica, assume nuova centralità. La tutela del risparmio "*in tutte le sue forme*" implica oggi la necessità di garantire la resilienza delle infrastrutture digitali che ne rendono possibile la custodia, la movimentazione e la valorizzazione. Il risparmio non è più soltanto una grandezza patrimoniale: è anche un dato, un algoritmo, un flusso informativo. Il presidio del rischio ICT non si limita dunque alla protezione dell'impresa bancaria, ma si configura come garanzia della funzione allocativa della finanza e della tenuta ordinamentale del sistema economico nel suo complesso.

La disciplina del rischio ICT si articola lungo tre direttrici convergenti, che trovano fondamento nei più recenti sviluppi normativi e rispondono a una logica integrata di governo dell'impresa bancaria.

In primo luogo, la *dimensione organizzativa*, che impone all'intermediario l'obbligo di dotarsi di assetti strutturati, verificabili e documentati, idonei a presidiare in modo sistematico il rischio tecnologico. In secondo luogo, la *dimensione sistemica*, nella quale si collocano gli strumenti volti a prevenire effetti di propagazione del rischio. Rientrano in quest'ambito i test periodici di resilienza, il monitoraggio dei fornitori terzi critici e l'obbligo di segnalazione tempestiva degli incidenti significativi alle autorità competenti. Infine, la *dimensione funzionale dell'attività*, che attiene alla regolazione di quei comportamenti digitali rilevanti ai fini dell'autorizzazione, della vigilanza e dell'assunzione di responsabilità.

È in tale intreccio tra profili micro e macro, tra regola tecnica e funzione di interesse generale, che si colloca lo statuto della disciplina del rischio ICT. Si tratta, in effetti, di una delle nuove frontiere della sana e prudente gestione, non solo perché incide in profondità sui presìdi tradizionali di rischio, ma perché definisce le condizioni stesse per l'ammissione e la permanenza dell'intermediario nel mercato finanziario regolato (cfr. *infra*).

5. La disciplina del rischio ICT nella dimensione dell'impresa e del mercato

Il rischio ICT ha, così, assunto un ruolo ordinante nella regolazione delle imprese bancarie, in quanto strettamente connesso alla loro capacità di operare in condizioni di continuità, sicurezza e affidabilità. Come già evidenziato, l'approccio introdotto da DORA riconosce la natura sistemica di tale rischio, imponendo agli intermediari vigilati un assetto organizzativo in grado di integrarne la gestione all'interno dei processi decisionali, delle politiche aziendali e della strategia di lungo periodo.

Il primo livello di regolazione attiene alla struttura interna e all'organizzazione dell'impresa bancaria. Gli artt. da 5 a 15 di DORA definiscono in modo dettagliato i requisiti di *governance*, il ruolo dell'organo di gestione, le responsabilità interne e i flussi informativi. Il quadro normativo comprende la mappatura delle risorse digitali, la classificazione e il trattamento dei rischi, la segmentazione delle reti, la gestione dei privilegi di accesso, l'impiego di tecniche di cifratura e il monitoraggio degli eventi anomali. È altresì previsto l'obbligo di definire piani di continuità operativa e di ripristino in caso di incidente, che siano sottoposti a test periodici e aggiornati in funzione degli esiti delle *business impact analysis*. Particolare rilievo è attribuito alla gestione dei fornitori terzi di servizi ICT, con obblighi di documentazione e contrattualizzazione. In particolare, le banche sono tenute a integrare la gestione del rischio ICT all'interno di un *framework* olistico di controllo delle terze parti (TPRM), che comprenda qualificazione preventiva, clausole contrattuali standardizzate, strumenti di monitoraggio e *audit*, nonché una strategia di disimpegno per garantire la continuità in caso di cessazione del servizio. Gli obblighi contrattuali in materia di esternalizzazione dei servizi ICT devono includere la definizione di livelli di servizio (SLA), il diritto di *audit*, obblighi informativi tempestivi, meccanismi di gestione delle modifiche e clausole di *exit strategy* anche nei confronti di subfornitori [14]. L'accento posto dalla normativa europea e nazionale sulla mappatura delle funzioni essenziali o importanti (FEI) comporta, per le banche, l'obbligo di classificare e censire con aggiornamento continuo tutte le forniture ICT critiche, valutandone il grado di rischio in funzione della concentrazione, della posizione geografica e della localizzazione dei dati.

Tali obblighi organizzativi costituiscono condizioni strutturali per la sostenibilità operativa dell'impresa bancaria. Essi rilevano altresì sul piano prudenziale: nell'ambito dei processi ICAAP, la capacità di identificare, valutare e mitigare i rischi ICT assume rilievo diretto nella determinazione del capitale interno e nella definizione del profilo complessivo di rischio [15].

Un secondo asse attiene al ruolo delle autorità di vigilanza. Il DORA attribuisce ampie competenze alle autorità nazionali e agli organismi europei di settore

---

[14] In materia di subfornitura cfr. in particolare *Final report on Draft Regulatory Technical Standards to specify the elements which a financial entity needs to determine and assess when subcontracting ICT services supporting critical or important functions as mandated by Article 30(5) of Regulation (EU) 2022/2554*.

[15] Cfr. Circolare n. 285/2013 di Banca d'Italia, Parte prima, Titolo III, Capitolo 1, Allegato A, in cui nell'elenco dei rischi da sottoporre a valutazione nell'ICAAP è espressamente menzionato il rischio informatico (IT), definito come: «il rischio di perdite corrente o potenziale dovuto all'inadeguatezza o al guasto di hardware e software di infrastrutture tecniche suscettibile di compromettere la disponibilità, l'integrità, l'accessibilità e la sicurezza di tali infrastrutture e dei dati».

– in particolare l'EBA, unitamente a ESMA ed EIOPA – chiamati a verificare la coerenza dei presìdi ICT con il profilo operativo e il livello di rischio dell'intermediario. Le attività di vigilanza comprendono l'analisi delle politiche aziendali, la valutazione dei piani di continuità e resilienza, nonché l'esame delle misure di protezione e prevenzione adottate. In presenza di criticità, le autorità possono imporre misure correttive, limitazioni operative o azioni di rafforzamento. Per gli operatori classificati come significativi, l'art. 26 del DORA introduce l'obbligo di svolgere test avanzati di tipo *threat-led penetration testing* (TLPT), realizzati da soggetti terzi qualificati, secondo scenari di minaccia strutturati e simulazioni realistiche. Tali test non si limitano a verificare la tenuta tecnica del sistema, ma riproducono dinamiche proprie degli attacchi informatici effettivi, al fine di individuare debolezze non rilevabili con strumenti ordinari e rafforzare la capacità di risposta in condizioni critiche. Essi costituiscono, pertanto, uno strumento di verifica sostanziale dell'efficacia dei presìdi e della maturità complessiva dell'architettura di sicurezza. La Guida TIBER-IT, pubblicata nel 2022 da Banca d'Italia, Consob e IVASS, ha introdotto in Italia uno schema di riferimento per l'applicazione armonizzata di tali test, al fine di garantire la comparabilità dei risultati e la qualità degli scenari simulati [16].

A livello di supervisione, le autorità bancarie hanno rafforzato l'impianto di vigilanza prudenziale, legando il presidio del rischio ICT alla solidità organizzativa, operativa e patrimoniale dell'intermediario. La vigilanza è attuata secondo un approccio *risk-based* che modula l'intensità dei controlli sulla base del livello di criticità ICT rilevato.

A livello nazionale, poi, la Banca d'Italia ha recentemente rafforzato l'azione di controllo. La Comunicazione del 23 dicembre 2024 [17] e le relative istruzioni operative prevedono che le imprese vigilate procedano a un'autovalutazione sistematica del proprio livello di adeguamento ai requisiti DORA, con coinvolgimento diretto dell'organo amministrativo e con obbligo di trasmissione entro una scadenza prefissata. L'accento posto sulla responsabilità dell'organo di gestione evidenzia come la supervisione non si limiti alla verifica *ex post*, ma miri a stimolare un'appropriazione consapevole del rischio da parte del vertice aziendale. Il Regolamento prevede espressamente che i membri dell'organo di gestione mantengano aggiornate le proprie competenze in materia di ICT, anche attraverso percorsi formativi specifici e continuativi, e che siano in grado di comprendere gli impatti operativi e strategici dei rischi informatici sull'impresa bancaria.

Il terzo ambito regolativo riguarda gli obblighi di trasparenza e di informativa. La disciplina europea impone agli intermediari bancari l'adozione di un sistema strutturato di rendicontazione, idoneo a garantire la disponibilità continuativa di informazioni attendibili sullo stato di sicurezza digitale dell'organizzazione. Ciascun intermediario è tenuto a mantenere un registro aggiornato degli incidenti gravi e a trasmettere, entro termini predefiniti, le segnalazioni di eventi significativi alle autorità competenti. Tali adempimenti non rispondono a finalità meramente dichiarative, ma rappresentano strumenti di *accountability* regolamentare e di presidio prudenziale. Le relazioni annuali sulla resilienza operativa digitale, previste dalla normativa secondaria, devono documentare in modo trasparente non soltanto le misure adottate e i risultati conseguiti, ma anche le

[16] Cfr. Guida nazionale TIBER-IT. *Threat Intelligence Based Ethical Red-Teaming – Italia,* accessibile su www.bancaditalia.it.

[17] Cfr. BANCA D'ITALIA, *Comunicazione al mercato in materia di sicurezza ICT*, 23 dicembre 2024.

criticità riscontrate, le azioni correttive intraprese e l'esito dei test condotti. La rendicontazione così strutturata si configura quale componente essenziale della *governance* del rischio ICT, in quanto consente al vertice aziendale e all'autorità di vigilanza di valutare in modo continuo la coerenza tra l'assetto dichiarato e le condizioni effettive di sicurezza dell'impresa. La disciplina sulla trasparenza impone alle banche la predisposizione di un registro aggiornato delle forniture ICT, che documenti per ciascun contratto la funzione supportata, il livello di criticità e l'eventuale ricorso a subappaltatori, secondo quanto previsto dagli standard tecnici emanati dalle autorità europee di vigilanza.

A ciò si affianca una crescente aspettativa di trasparenza anche verso il mercato. La sicurezza ICT è sempre più considerata un indicatore di affidabilità istituzionale, e la capacità di comunicare in modo coerente il proprio grado di preparazione digitale incide sul capitale reputazionale dell'impresa [18]. In un sistema in cui la fiducia è elemento centrale, la credibilità dell'operatore si costruisce anche attraverso una rendicontazione efficace e una cultura interna orientata alla responsabilità.

In tale prospettiva, la resilienza digitale delle banche non si configura solo come presidio tecnico, ma come manifestazione concreta della capacità dell'intermediario di operare in continuità anche in condizioni di stress operativo, a tutela della fiducia del pubblico e della stabilità sistemica.

Nel complesso, la disciplina del rischio ICT nella dimensione dell'impresa e del mercato rappresenta un nuovo paradigma regolatorio. Il profilo informatico diventa così uno dei principali luoghi di articolazione della sana e prudente gestione, richiedendo un equilibrio dinamico tra obblighi giuridici, competenze organizzative e aspettative pubbliche. È su questa linea di confine, tra vulnerabilità e regolazione, che si gioca oggi la tenuta strutturale del sistema finanziario.

6. La disciplina del rischio ICT nella dimensione dell'attività: cenni

L'infrastruttura digitale non rappresenta più un mero strumento operativo per l'erogazione dei servizi bancari. Essa costituisce il luogo stesso in cui l'attività regolata si realizza e, per questa via, condiziona la qualità giuridica dell'atto, la tutela dell'utente e la stessa legittimità dell'esercizio.

La gestione del rischio ICT, in questa prospettiva, diventa elemento strutturale dell'attività contrattuale, poiché determina la possibilità dell'intermediario di adempiere correttamente agli obblighi informativi, di condotta e di esecuzione assunti nei confronti della clientela.

La regolazione europea offre una solida base normativa in tal senso. Le fonti primarie – dalla direttiva MiFID II alla IDD, dalla PSD2 al Regolamento DORA – convergono nell'imporre agli operatori obblighi stringenti in materia di sicurezza dei canali digitali, trasparenza dell'interfaccia, tracciabilità dell'azione contrattuale e protezione degli utenti. Le norme sul *Product Oversight and Governance* (POG) richiedono che i prodotti siano concepiti e distribuiti in modo coerente con gli obiettivi della clientela, tenendo conto anche delle modalità digitali di

[18] Cfr. R. CALDERAZZI, *Gli effetti della digitalizzazione sugli assetti organizzativi delle banche*, cit., pp. 400-404; S. KAMIYA-J-K. KANG-J. KIM-A. MILIDONIS-R.M. STULZ, *Risk Management, Firm Reputation, and the Impact of Successful Cyberattacks on Target Firms*, in *Journal of Financial Economics (JFE)*, July 2019; R. KNIGHT-J. R.C. NURSE, *A Framework for Effective Corporate Communication after Cyber Security Incidents*, in *Computers & Security*, 2020.

erogazione. La resilienza ICT incide direttamente sul contenuto del dovere di diligenza e sulla capacità dell'intermediario di conformarsi alle aspettative normative.

Nel settore dei pagamenti, la PSD2 impone precisi obblighi di sicurezza: l'adozione di autenticazione forte del cliente (SCA), una gestione strutturata dei rischi operativi e di sicurezza, da documentare e notificare alle autorità nazionali competenti [19]. Gli RTS 2018/389/UE [20] specificano i requisiti tecnici di queste misure, tra cui la segregazione delle credenziali, uso di codici dinamici, monitoraggio delle transazioni anomale. Il mancato rispetto di tali standard determina l'inversione dell'onere della prova nei casi di operazioni non autorizzate e il conseguente obbligo di rimborso immediato del cliente. È evidente, allora, che la sicurezza ICT non è solo funzionale alla prestazione, ma parte integrante del contenuto obbligatorio del contratto regolato.

Nel comparto del credito, la concessione di finanziamenti attraverso piattaforme digitali – spesso supportata da algoritmi di valutazione del rischio – impone l'adozione di sistemi che garantiscano trasparenza, correttezza e accessibilità delle informazioni, in conformità al GDPR e alla disciplina antiriciclaggio. Il rischio ICT, se non gestito, può tradursi in errori di profilazione, errata concessione del credito o impossibilità di ricostruire le scelte decisionali.

Anche nel settore degli investimenti, la dimensione digitale ha determinato nuove fonti di rischio: si pensi ai casi in cui l'utilizzo di *robo-advisor* o piattaforme di *trading* automatizzate ha reso difficile per il cliente comprendere i reali profili di rischio degli strumenti offerti, sollevando dubbi sulla correttezza dell'informativa precontrattuale.

In tutti questi casi, emerge chiaramente che la gestione del rischio ICT non si colloca a valle dell'attività contrattuale, ma ne costituisce un presupposto. La capacità dell'impresa di garantire sicurezza, resilienza e tracciabilità del servizio determina non solo l'efficienza dell'esecuzione, ma anche il grado di conformità dell'attività alle norme regolamentari. In altri termini, la qualità dell'infrastruttura ICT riflette la qualità dell'adempimento contrattuale e, con essa, la capacità dell'intermediario di operare nel rispetto dei principi di correttezza, trasparenza e tutela del cliente che fondano la fiducia pubblica nei mercati finanziari.

7. Conclusioni: la resilienza digitale come orizzonte regolatorio della sana e prudente gestione

Nel lessico della regolazione finanziaria, la formula della "sana e prudente gestione" rappresenta il principio ordinante dell'attività degli intermediari vigilati. In questo quadro, l'evoluzione digitale dei mercati ha reso evidente che la capacità di gestire il rischio ICT non è una dimensione accessoria, ma una delle espressioni più significative – e oggi irrinunciabili – di tale clausola generale.

---

[19] Cfr. M. SEMERARO, *Modelli di responsabilità e private enforcement: appunti su PSD2 e operazioni di pagamento non autorizzate*, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, p. 825 ss.; M. GOUNARI-G. STERGIOPOULOS-K. PIPYROS-D. GRITZALIS, *Harmonizing open banking in the European Union: an analysis of PSD2 compliance and interrelation with cybersecurity frameworks and standards*, in *International Cybersecurity Law Review*, n. 5/2024, pp. 79-120.

[20] Regolamento delegato (UE) 2018/389 che integra la direttiva (UE) 2015/2366 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri.

Nel contesto attuale, infatti, il governo dell'infrastruttura tecnologica è parte costitutiva dell'idoneità organizzativa dell'intermediario. Non vi è sana e prudente gestione se l'impresa non è in grado di presidiare le proprie vulnerabilità digitali, di garantire la continuità operativa dei sistemi critici, di assicurare la protezione dei dati trattati e la resilienza delle funzioni *core* nei confronti di eventi interni ed esogeni. L'infrastruttura ICT, nella sua dimensione tecnica, organizzativa e contrattuale, diventa il banco di prova della solidità complessiva dell'intermediario.

Questa evoluzione è stata recepita con chiarezza nella disciplina europea. Il Regolamento DORA, all'art. 5, stabilisce che le imprese finanziarie predispongano un quadro di gestione e di controllo interno che garantisca una gestione efficace e prudente di tutti i rischi informatici, al fine di acquisire un elevato livello di resilienza operativa digitale. Tale obiettivo deve essere perseguito attraverso un approccio integrato, che coinvolga in modo coordinato gli organi di amministrazione, le funzioni aziendali di controllo, le strutture operative e i fornitori critici.

La gestione ICT è così formalmente inserita nel perimetro della *governance* regolata, diventando criterio di giudizio anche per la vigilanza prudenziale: la supervisione, infatti, valuta la qualità dei presìdi digitali non in modo astratto, ma in relazione al profilo di rischio dell'impresa, alla complessità dei servizi offerti e alla rilevanza sistemica delle funzioni esercitate.

Sul piano operativo, la clausola della sana e prudente gestione si traduce in un insieme articolato di responsabilità: dall'adozione di piani di continuità e *disaster recovery*, alla predisposizione di test di resilienza basati su scenari critici; dalla gestione degli incidenti gravi, da notificare entro quattro ore, alla vigilanza sui fornitori terzi, fino alla validazione *ex ante* di ogni modifica rilevante delle architetture ICT. La *compliance* a questi obblighi costituisce una condizione necessaria per la conformità dell'attività, e viene espressamente integrata nei criteri di valutazione dell'autorizzazione, del controllo continuativo e dei processi straordinari (es. fusioni o acquisizioni).

Sul piano culturale, questa riconfigurazione della sana e prudente gestione comporta una ridefinizione degli equilibri interni all'impresa. L'innovazione tecnologica non può essere coltivata in assenza di un sistema di verifica e presidio proporzionato: una *governance* che ignori la rischiosità dell'ambiente ICT non è solo incompleta, ma strutturalmente inadeguata. Il rischio digitale non si aggiunge agli altri profili operativi: li attraversa, li condiziona, li riqualifica. Per questo motivo, il suo trattamento non può essere relegato alla funzione tecnica, ma deve costituire oggetto di attenzione strategica da parte dell'alta direzione e dell'organo con funzione di supervisione.

La clausola madre della regolazione finanziaria si adatta così a un nuovo contesto operativo, nel quale la stabilità dell'impresa e del mercato non si misura più soltanto in termini patrimoniali, ma anche nella capacità di garantire la disponibilità e l'integrità dei sistemi, la protezione delle informazioni, la fiducia nell'infrastruttura tecnologica. In questo scenario, la resilienza digitale si configura come un indicatore qualificato della sana e prudente gestione: una metrica concreta e misurabile della qualità dell'impresa, del suo profilo reputazionale, e della sua legittimazione a operare in mercati sempre più interconnessi.



Infrastrutture energetiche e potere tariffario

Energy Infrastructures and Tariffs

di *Eugenio Bruti Liberati*[*]

ABSTRACT

La regolazione delle tariffe relative alle infrastrutture elettriche e del gas naturale rappresenta una delle competenze fondamentali delle autorità indipendenti di regolazione del settore energetico. Essa è oggetto di un'articolata disciplina euro-unitaria e nazionale, che si è significativamente evoluta nel corso degli anni, dalle prime normative di liberalizzazione del settore sino alle direttive, ai regolamenti e alle norme nazionali più recenti, e ha dato luogo ad una ricchissima giurisprudenza amministrativa. Particolare rilevanza ha assunto, in questo contesto, la questione della natura del potere esercitato in ambito tariffario dei regolatori indipendenti: se cioè esso implichi solo o principalmente valutazioni e scelte tecniche ovvero anche apprezzamenti propriamente politico-discrezionali. Su tale questione il presente studio intende offrire alcune riflessioni di carattere sistematico, che muovono dalla considerazione dei caratteri di fondo della regolazione indipendente per poi considerare analiticamente anche le disposizioni dettate al riguardo dalla disciplina europea e nazionale.

The regulation of tariffs for electricity and natural gas infrastructure is one of the fundamental responsibilities of independent energy regulators. It is subject to complex EU and national regulations, which have evolved significantly over the years, from the first liberalisation regulations for the sector to the most recent directives, regulations and national rules, and has given rise to extensive administrative case law. Of particular relevance in this context is the question of the nature of the power exercised by independent regulators in the area of tariffs: whether it involves only or mainly technical assessments and choices or also properly political and discretionary assessments. On this issue, this study aims to offer some systematic reflections, starting from a consideration of the fundamental characteristics of independent regulation and then moving on to an analytical examination of the relevant provisions of European and national legislation.

Sommario: 1. Premessa. Infrastrutture energetiche e potere di regolazione tariffaria. – 2. L'evoluzione della disciplina euro-unitaria in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche. – 2.1. La normativa nazionale. – 3. Competenza tariffaria delle autorità nazionali di regolamentazione e indipendenza delle stesse. – 4. Il potere tariffario tra *cost reflectivity* e determinazione dei margini di redditività dell'investimento infrastrutturale. – 4.1. Il tema dell'identificazione dei costi efficienti.

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

1. Premessa. Infrastrutture energetiche e potere di regolazione tariffaria

Tra i molti problemi giuridici che la disciplina delle infrastrutture energetiche solleva, una posizione di particolare rilievo assumono le questioni inerenti alla regolazione tariffaria dell'accesso alle stesse.

Non solo tale regolazione incide in modo rilevante su molti dei diversi obiettivi perseguiti dal legislatore euro-unitario e da quello nazionale in materia di energia – dalla promozione della concorrenza nei mercati della produzione e della vendita dell'elettricità e del gas naturale allo sviluppo delle infrastrutture, dall'integrazione dei mercati e dei sistemi energetici a livello europeo alla coesione territoriale e sociale –, ma essa rappresenta una delle competenze fondamentali delle autorità nazionali di regolamentazione, e forse quella in cui maggiormente emerge la complessità del loro ruolo e della relazione che le lega alle autorità di governo.

Come emerge dalla prassi regolatoria italiana e dalla ricchissima giurisprudenza amministrativa che ne ha in questi anni ripetutamente valutato la legittimità, molte incertezze permangono tuttora in ordine a taluni aspetti determinanti della disciplina di tale fondamentale funzione [1].

Incerta appare in particolare la natura ~~profonda~~ del potere tariffario, il suo essere connotato da mere valutazioni e scelte tecnico-economiche, sia pure talora estremamente complesse, oppure anche da vere e proprie ponderazioni discrezionali di interessi.

Come ben emerge da molte pronunce relative agli atti tariffari dell'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente, è tutt'altro che raro che talune delle scelte in essi operate vengano motivate dall'Autorità (o comunque giustificate in sede giudiziale) richiamando la necessità di bilanciare i differenti interessi pubblici coinvolti, incluso ovviamente tra gli stessi l'interesse a contenere i corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture, così da ridurre anche il prezzo dell'energia per i clienti finali, industriali e domestici.

In un contesto di forte preoccupazione per i costi energetici che gravano sulle imprese e sulle famiglie, che notoriamente incidono in misura significativa sul problema della competitività internazionale delle prime e su quello della povertà energetica delle seconde, tale argomento presenta un'ovvia suggestività.

D'altra parte, nello stesso contesto, è comprensibile che molto robuste siano le pressioni dirette o indirette degli organi di governo sull'Autorità affinché eserciti i suoi poteri tariffari in modo tale da contribuire a ridurre i prezzi finali dell'energia: come spesso accade nei periodi di tensione sui prezzi di beni e servizi essenziali, l'indipendenza del regolatore appare più un ostacolo all'immediata realizzazione

---

[1] Su tali incertezze e in generale sui problemi attuali posti dalla disciplina delle tariffe dell'energia v. in dottrina, tra gli altri, A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale,* Giappichelli, Torino, 2010, p. 177 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 87 ss.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 1/2017, p. 1 ss.; D. SIMEOLI, *Tariffe e prezzi di riferimento*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Quali regole per il mercato del gas*, Annuario di diritto dell'energia, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 147 ss.; S. VACCARI, *Le tariffe dei servizi pubblici tra teoria economica e regolazione amministrativa*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2020, 367 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. p. 154 ss.

di tangibili obiettivi di carattere politico, che non un'apprezzabile barriera rispetto a interventi pubblici non sufficientemente razionali sul piano economico.

A fronte di tali tendenze, per la verità sempre presenti e anzi quasi fisiologiche nella dialettica tra tecnica e politica e tra autorità amministrative indipendenti e organi di governo, ma oggi particolarmente pressanti, sembra importante formulare qualche chiarimento sui due temi ora richiamati, analizzando la disciplina euro-unitaria e nazionale rilevante e considerando con attenzione anche la giurisprudenza formatasi sulla stessa.

È chiaro che, accanto a quei due temi, molti altri meriterebbero di essere considerati. Di estremo interesse appaiono, in particolare, quelli concernenti il modello di sindacato giudiziale applicato alle determinazioni tariffarie e il peculiare rapporto di circolarità che si è instaurato in questi anni tra la regolazione tariffaria, il vaglio giudiziale sulla stessa e il successivo ri-esercizio del potere regolatorio.

Esigenze di spazio e di tempo impongono peraltro, in questa sede, di concentrare l'analisi sulle questioni inerenti alla natura del potere tariffario e all'indipendenza delle Autorità di regolazione.

I paragrafi che seguono sono pertanto così organizzati: nel paragrafo 2 è ricostruita sinteticamente l'evoluzione della disciplina europea e nazionale in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche, sino a giungere a quella attualmente vigente; nel paragrafo 3 è preso specificamente in esame il tema dell'indipendenza dell'Autorità e delle regole volte a garantirla sul piano funzionale, anche con riferimento alle determinazioni tariffarie; nel paragrafo 4, infine, ci si concentra sul potere tariffario e sui suoi connotati giuridici.

2. L'evoluzione della disciplina euro-unitaria in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche

Nella disciplina inizialmente dettata dalle direttive comunitarie di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas naturale – la direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996 sull'elettricità e la direttiva 98/30/CE del 22 giugno 1998 sul gas – non era previsto che gli Stati membri dovessero necessariamente introdurre una regolazione dei prezzi di accesso alle infrastrutture energetiche. Le due direttive lasciavano infatti gli Stati liberi di scegliere tra il regime dell'accesso regolato e quello dell'accesso negoziato, fermo restando che tali procedure dovessero comunque essere "*applicate secondo criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori*" [2].

La preoccupazione principale del legislatore comunitario, nel momento in cui dettava le prime norme finalizzate all'apertura della concorrenza dei mercati della produzione e della vendita di elettricità e gas, era infatti quella di garantire che le infrastrutture energetiche fossero accessibili da tutti i produttori e venditori di tali beni per trasportare gli stessi, a parità di condizioni economiche e tecniche, dai luoghi di produzione a quelli di consumo, industriale e domestico. A tale scopo, mentre appariva necessario affermare in modo inequivocabile l'obbligo dei gestori di consentire l'accesso alle stesse da parte dei terzi a condizioni trasparenti e non discriminatorie e il corrispondente *third party access*

[2] Così l'art. 14, direttiva 98/30/CE, e v. anche i successivi artt. 15 e 16. Per l'elettricità v. l'analoga disciplina dettata dagli artt. 16 e 17, direttiva 96/92/CE.

degli utenti, così da assicurare la parità delle armi nei mercati concorrenziale della produzione e della vendita, meno essenziale era evidentemente sembrata l'adozione di sistemi di determinazione amministrativa dei corrispettivi per l'utilizzo delle reti e delle altre infrastrutture energetiche.

In tal senso deponeva, del resto, l'esperienza già maturata in quegli anni in altri settori, in cui l'accesso non discriminatorio dei terzi alle infrastrutture indispensabili per offrire al mercato determinati beni o servizi era stato garantito o mediante un'applicazione estensiva delle norme antitrust in tema di abuso di posizione dominante – attraverso la c.d. *essential facilities doctrine* [3] – oppure, come nel caso delle comunicazioni elettroniche, attraverso una regolazione dell'accesso *ex ante* ma solo eventuale, condizionata alla presenza di particolari situazioni e assetti di mercato [4].

L'impostazione così inizialmente definita è stata peraltro superata già pochi anni dopo, con le direttive comunitarie di seconda generazione, la 2003/54/CE sull'elettricità e la 2003/55/CE sul gas, entrambe del 26 giugno 2003: in esse è stata infatti prevista per tutte le infrastrutture energetiche, con la sola eccezione degli impianti per lo stoccaggio del gas naturale, l'obbligatoria istituzione parte degli Stati membri di un regime di accesso regolato, "*basato su tariffe pubblicate, …, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema*" [5].

I primi anni di faticoso e contrastato avvio dei processi di liberalizzazione avevano difatti mostrato che un intervento pubblico sui prezzi di accesso alle infrastrutture era in realtà necessario per contrastare la propensione dei gestori delle infrastrutture a sfruttare il loro potere di mercato per imporre agli utenti condizioni economiche – forse non discriminatorie, ma comunque – gravose e tali da incidere negativamente sui prezzi finali di elettricità e gas.

A tale quasi completa istituzionalizzazione del sistema dell'accesso regolato si accompagnava, d'altra parte, la previsione secondo cui le tariffe avrebbero dovuto essere definite da apposite autorità nazionali di regolamentazione (di seguito, anche ANR) o comunque con il concorso determinante delle stesse [6].

Riguardo a tali autorità, le due direttive in questione prescrivevano solo la necessaria "*piena indipendenza*" dagli interessi dell'industria del gas e dell'elettricità [7], senza dettare peraltro alcuna regola specifica in merito ai rapporti tra esse e gli organi di governo. Tuttavia, con le direttive immediatamente successive – la 2009/72/CE sull'elettricità e la 2009/73/CE sul gas naturale, entrambe del 13

---

[3] Su cui v. di recente in dottrina M. VARGIU, *Revitalization of the Essential Facilities Doctrine in UE Competition Law*, in *Journal of Law, Market and Innovation*, 1/2023, p. 103 ss.; I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for EU Digital Economy*, in *TILEC Discussion paper*, 2019.

[4] V. al riguardo l'ampia analisi di F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[5] Così l'art. 18, direttiva 2003/55/CE, che si riferisce esplicitamente ai sistemi di trasporto e distribuzione del gas naturale e agli impianti GNL. Per gli impianti di stoccaggio, peri quali appunto veniva conservata la scelta tra accesso regolato e accesso negoziato, v. l'art. 19. Per l'energia elettrica v. l'analoga disciplina dettata dall'art. 20, direttiva 2003/54/CE.

[6] V. al riguardo l'art. 25, direttiva 2003/55/CE, che, al comma 2, prevedeva che le ANR avessero il compito di fissare o approvare, prima dell'entrata in vigore, quantomeno le metodologie usate per calcolare o stabilire le condizioni di accesso alle reti nazionali, ivi comprese le tariffe di trasporto e distribuzione; e al comma 3 consentiva peraltro, in via derogatoria, che gli Stati membri potessero prevedere che le ANR avessero solo il compito di presentare una proposta tariffaria all'organo competente dello Stato membro, fatto salvo l'obbligo dello stesso di pubblicare la proposta insieme alla decisione finale. V. anche l'analoga disciplina dettata per l'elettricità dall'art. 23, direttiva 2003/54/CE.

[7] V. il comma 1 rispettivamente dell'art. 25, direttiva 2003/55/CE e dell'art. 23, direttiva 2003/54/CE.

luglio 2009 – tali regole specifiche sono state invece introdotte, al dichiarato scopo di garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione anche dagli organi di governo, prevedendosi in particolare il divieto per le autorità di sollecitare o accettare istruzioni "*da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione*" [8].

Avendo optato per un sistema di accesso regolato alle infrastrutture energetiche, con l'unica già segnalata eccezione degli impianti di stoccaggio del gas, il legislatore comunitario riteneva d'altra parte necessario dettare anche alcune regole essenziali in tema di criteri di esercizio del potere tariffario.

Così, per quanto attiene al gas naturale, con l'art. 3, regolamento (CE) n. 1775/2005 del 28 settembre 2005 venne stabilito che le tariffe o le metodologie utilizzate per calcolarle, riguardanti l'accesso alle reti di trasporto e di distribuzione e gli impianti GNL, "*devono essere trasparenti, tenere conto della necessità di integrità del sistema e del suo miglioramento e rispecchiare i costi effettivamente sostenuti purché essi corrispondano a quelli di un gestore di rete efficiente e strutturalmente comparabile e siano trasparenti, includendo un appropriato rendimento degli investimenti, …*".

La stessa norma, con qualche limitata aggiunta, è stata poi inserita anche nel successivo art. 13, regolamento (CE) n. 715/2009 del 13 luglio 2009, e si rinviene oggi, nella medesima formulazione, nel vigente e più articolato art. 17, regolamento (UE) 2024/1789 del 13 giugno 2024.

D'altro canto, per quanto attiene all'energia elettrica, gli stessi principi – trasparenza, aderenza delle tariffe ai costi efficienti dei gestori e anche non discriminatorietà – vennero introdotti con l'art. 4, regolamento (CE) n. 1228/2003 del 26 giugno 2003, poi ribaditi con l'art. 14, regolamento CE n. 714/2009 e si ritrovano oggi, sia pure nel contesto di una disciplina più ampia, nel vigente art. 18, regolamento (UE) 2019/943 del 5 giugno 2019 [9].

2.1. La normativa nazionale

Sulla disciplina euro-unitaria sopra richiamata si tornerà nei paragrafi che seguono. Prima è ovviamente necessario dare conto anche del parallelo sviluppo della normativa nazionale, sotto vari profili assai meno lineare e univoco di quello europeo [10].

Al riguardo, non si può non muovere dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, che, nell'istituire l'(allora) Autorità per l'energia elettrica e il gas, le ha tra l'altro attribuito la competenza in materia tariffaria e ha dettato alcune regole generali sui criteri di esercizio della stessa [11].

---

[8] V. l'art. 39, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2009/73/CE (nonché il Considerando 29) e l'art. 34, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2009/72/CE (e il Considerando 33).

[9] Per una ricostruzione puntuale, aggiornata al 2022, dell'evoluzione della normativa europea e nazionale sull'energia, v. M. CLARICH, *Energia, ad vocem,* in *Enc. dir., I tematici, Funzioni amministrative*, p. 438 ss., in particolare p. 444 ss. V. anche T. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Giappichelli, Torino, 2019; e T. FAVARO, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato, innovazione*, Cedam, Padova, 2020. Per un'analisi delle normative di liberalizzazione introdotte nella seconda metà degli anni Novanta del Novecento v. G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2189 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006.

[10] Sulle antinomie della normativa italiana v. ampiamente la dottrina citata sopra alla nota 1.

[11] V. in particolare gli artt. 1, 3, commi 12, lett. e), 17 e 18.

Tale legge è notoriamente una pietra miliare nel processo che ha condotto all'affermazione, anche all'interno del nostro ordinamento, del modello della regolazione indipendente [12] e sotto questo profilo non può che essere apprezzata da chi ritiene che, accanto a qualche difetto, tale modello presenti pregi rilevanti e contribuisca positivamente al funzionamento del nostro sistema istituzionale [13].

Tuttavia, essa, essendo stata emanata nel pieno della transizione tra il vecchio e il nuovo modello di disciplina dei mercati energetici, e più esattamente subito prima dell'emanazione delle direttive comunitarie di liberalizzazione e quindi anche delle normative nazionali di recepimento, ha inevitabilmente dettato una disciplina da diversi punti di vista ambivalente, e anzi ambigua, che ha largamente contribuito a determinare i dubbi e le oscillazioni riscontrabili nella prassi regolatoria e nella giurisprudenza degli anni successivi.

Ciò vale anche ed innanzitutto per la materia tariffaria, riguardo alla quale la legge, senza distinguere in alcun modo tra i corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture e i (non ancora liberalizzati) prezzi di fornitura di elettricità e gas ai clienti finali, ha affidato all'Autorità un mandato inequivoco sul piano della esclusività e pienezza della competenza [14], ma assai incerto in ordine alle finalità, ai parametri di esercizio e in definitiva alla stessa natura del potere così attribuito.

Tale incertezza emerge in particolare da due disposizioni: dall'art. 1, comma 1, della legge, che, dopo avere affermato che la disciplina da essa introdotta intende tra l'altro promuovere lo svolgimento dei servizi "*in condizioni di redditività ed economicità*", enuncia anche la volontà di definire un "*sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori"*, e capace di "*armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse*"; e dall'art. 2, comma 12, lett. e) della legge, secondo cui l'Autorità "*stabilisce e aggiorna, …, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe, …, in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere generale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'art. 1, …"*.

Alla luce di tali norme, apparentemente così ragionevoli nell'enunciare gli obiettivi della nuova regolazione tariffaria da esse istituita, risulta in realtà tutt'altro che chiaro se, in sede di esercizio della sua potestà di fissazione amministrativa dei prezzi, l'Autorità sia chiamata a svolgere un ruolo tecnico-economico, diretto essenzialmente ad individuare e a riconoscere in tariffa i costi di investimento e di funzionamento dei gestori, sia pure incentivandone opportunamente l'efficienza anche attraverso il metodo del *price cap* [15], o se invece ad essa competa anche un ruolo politico, volto a bilanciare discrezionalmente i

---

[12] Su modello delle amministrazioni indipendenti la letteratura è ormai notoriamente sterminata. V. comunque, tra gli altri, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti,* in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2007; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit.

[13] In proposito, si rinvia alle riflessioni svolte da chi scrive in *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, p. 51 ss.

[14] V. in tal senso il comma 12 dell'art. 2 della legge.

[15] Per il quale v., tra l'altro, il comma 18 dell'art. 2, legge n. 481/1995.

diversi e in parte confliggenti interessi pubblici e privati coinvolti dalla determinazione delle tariffe, in fondo non così dissimile da quello svolto tradizionalmente da amministrazioni non indipendenti.

Le norme successivamente introdotte dal legislatore italiano, d'altra parte, pur recando indubbiamente precisazioni significative in merito alla disciplina applicabile alla potestà tariffaria spettante all'Autorità, non sembrano di per sé fornire, al riguardo, indicazioni del tutto dirimenti.

Esse, che sono contenute sia nelle tuttora vigenti e fondamentali normative di recepimento delle prime direttive comunitarie di liberalizzazione – cioè, nel d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 sull'energia elettrica e nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 sul gas naturale –, sia in norme – talora assai disorganiche – successive [16], rispondono fondamentalmente a quattro obiettivi, che meritano di essere qui evidenziati.

Il primo è quello di definire il perimetro del potere tariffario dell'Autorità: e, sotto questo profilo, tali norme sono molto chiare nel sottoporre a tale potere l'accesso a tutte le infrastrutture energetiche. Anche prima che il legislatore comunitario optasse per la soluzione obbligatoria dell'accesso regolato per le infrastrutture diverse dagli stoccaggi per il gas naturale [17], i decreti legislativi n. 79/99 e 164/00 avevano assoggettato alla regolazione tariffaria dell'attuale Arera tanto le reti elettriche quanto tutte le infrastrutture del gas naturale, inclusi gli impianti di stoccaggio [18].

Il secondo obiettivo del legislatore italiano è stato quello di dare all'Autorità indicazioni di carattere tecnico relativamente alla metodologia tariffaria da dottare: così, ad esempio, l'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 164/00 prescrive che "*Le tariffe di trasporto [del gas naturale] tengono conto in primo luogo della capacità impegnata e della distanza di trasporto, e in secondo luogo della quantità trasportata indipendentemente dalla distanza*", e che esse "*sono determinate in relazione ai punti di entrata e di uscita da tale rete, tenendo conto della distanza di trasporto in misura equilibrata, …*" [19].

D'altra parte, ed è la terza finalità rinvenibile nelle norme nazionali concernenti le tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche, esse affidano in taluni casi all'Autorità il potere di contemperare una pluralità di interessi pubblici: ad esempio, lo stesso art. 23, d.lgs. n. 164/00, al comma 4, dispone che "*Le tariffe per la distribuzione tengono conto della necessità di remunerare iniziative volte ad innalzare l'efficienza di utilizzo dell'energia e a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la sicurezza e l'innovazione finalizzata al miglioramento del servizio, di non penalizzare le aree in corso di metanizzazione e quelle con elevati costi unitari, …*" [20].

Infine, ferma restando l'indipendenza dell'Autorità, il legislatore, specificando quanto previsto in generale dalla legge n. 481/1995 e anche dalla legge 23

---

[16] V. ad esempio gli artt. 3, comma 7, 23, comma 4, 38, comma 4, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93; oppure l'art. 114-*ter*, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. con legge 17 luglio 2020, n. 77).

[17] Come si è sopra ricordato, tale scelta è stata operata dal legislatore comunitario con le direttive 2003/54 e 2003/54.

[18] V. in proposito gli artt. 3 e 9, d.lgs. n. 79/99 e l'art. 23, d.lgs. n. 164/00.

[19] Sulle delibere adottate da Arera sulla base di tale norma si è formata una consistente giurisprudenza: v., tra le altre, Cons. Stato, VI, 18 luglio 2022, n. 6098; Cons. Stato, II, 27 luglio 2023, n. 7386.

[20] Su tale disposizione e sulla prassi regolatoria conseguente la giurisprudenza è anche più ricca di quella inerente alle tariffe di trasporto, ed è anzi ormai imponente: per essa si rinvia alle pronunce che saranno richiamate nel prosieguo.

agosto 2004, n. 239 [21], ha precisato che l'attuale Arera deve esercitare le sue competenze in materia tariffaria "*coerentemente con le finalità*" di sviluppo delle infrastrutture energetiche definite dal governo con apposito decreto del presidente del Consiglio dei ministri [22].

Come si è sopra anticipato, neanche queste disposizioni, di per sé considerate, sembrano fornire indicazioni risolutive in merito alla natura dei poteri che l'Autorità è chiamata ad esercitare quando definisce le tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche: come si è visto, esse sembrano affidare al regolatore anche ponderazioni di interessi, senza peraltro chiarire in alcun modo come le stesse debbano correlarsi con le valutazioni e le scelte tecnico-economiche che pure allo stesso sono certamente affidate.

I dubbi e le oscillazioni che, come si è in precedenza rilevato, si manifestano sia nella prassi tariffaria dell'Autorità sia in giurisprudenza in merito ai criteri ai quali deve ispirarsi l'esercizio delle potestà tariffarie non possono quindi sorprendere.

D'altra parte, le norme appena richiamate sembrano porre in termini più complessi e problematici anche il tema dell'indipendenza del regolatore.

Alla luce delle stesse, non ci si può infatti non chiedere non solo in quale misura gli indirizzi eventualmente formulati dal governo nell'ambito delle sue politiche di sviluppo delle infrastrutture energetiche vincolino l'Autorità, ma anche se vi sia e quale sia il limite che lo stesso legislatore incontra nel definire i criteri tecnici concernenti le metodologie tariffarie che l'Autorità dovrebbe adottare.

In relazione ad entrambi i profili ora richiamati – natura dei poteri esercitati dall'Autorità in sede tariffaria ed esatta consistenza della sua indipendenza – è in realtà evidente che una risposta ai dubbi sopra prospettati può essere trovata solo interpretando la disciplina nazionale alla luce dei principi posti dal legislatore euro-unitario e considerando anche con attenzione i principi in tema di regolazione indipendente desumibili dal nostro assetto costituzionale.

3. Competenza tariffaria delle autorità nazionali di regolamentazione e indipendenza delle stesse

Come si è sopra ricordato, la normativa europea da un lato attribuisce alle autorità nazionali di regolamentazione la competenza a "*stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo*" [23], dall'altro garantisce e promuove, oltre all'indipendenza strutturale delle autorità, anche la loro indipendenza funzionale, vietando tra l'altro ad esse di sollecitare o accettare istruzioni da governi o altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione [24].

Dal primo punto di vista, deve rilevarsi che, se in passato era previsto che gli Stati membri potessero prevedere, in via derogatoria, "*che le autorità di*

[21] V. rispettivamente l'art. 2, comma 14, legge 481 e l'art. 1, comma 11, legge n. 239.

[22] V. in tal senso l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 93/2011.

[23] Così, oggi, l'art. 78, comma 1, lett. a), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 59, comma 1, lett. a), direttiva (UE) 2019/944.

[24] V. ora l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944.

regolamentazione presentino all'organo competente dello Stato membro, affinché adotti una decisione formale, le tariffe o le metodologie" tariffarie [25], oggi tale possibile deroga non è più ammessa e agli Stati membri è radicalmente precluso di sostituirsi alle ANR nell'esercizio di potestà tariffarie [26].

Sotto il secondo profilo, la disciplina euro-unitaria ha consentito fin dal 2009 e continua a consentire ai governi nazionali di elaborare "*orientamenti di politica generale, …, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione*" delle ANR [27].

Per quanto attiene alla normativa nazionale, la legge n. 481/1995 e anche la legge n. 239/2004 e il d.lgs. n. 93/2011 dettano una disciplina che appare pienamente coerente con quella europea: essi, infatti, attribuiscono inequivocabilmente la competenza tariffaria all'attuale Arera e affermano la sua piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione [28], assegnando al governo soltanto il potere di indicare all'Autorità "*il quadro delle esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese*" [29], ovvero "*indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite*" [30], o ancora le finalità di sviluppo delle infrastrutture energetiche [31].

Alla luce di quanto si è appena illustrato, non vi sono dubbi sul fatto che, laddove il governo adotti un atto che, anziché limitarsi ad indicare obiettivi e finalità, formuli prescrizioni o "istruzioni" puntuali in ordine ai contenuti delle scelte dell'Autorità, tale atto dovrebbe considerarsi illegittimo per contrasto con le ricordate norme euro-unitarie e nazionali. E in tal senso, infatti, si è anche, di recente, inequivocabilmente espresso il giudice amministrativo [32].

Il problema si pone peraltro in temini meno scontati qualora sia il legislatore e non il governo a dettare prescrizioni in ordine ai modi in cui la potestà tariffaria dovrebbe essere esercitata dall'Autorità. Il principio di indipendenza funzionale delle ANR e il divieto di formulare istruzioni sull'esercizio delle funzioni di regolamentazione assegnate alle stesse vale anche per il legislatore?

La giurisprudenza euro-unitaria, sia pure con riferimento ad autorità di regolazione operanti in altri settori [33], e quella amministrativa italiana [34] non sembrano nutrire incertezze al riguardo: almeno in linea generale il vincolo opera anche nei confronti dei legislatori nazionali.

Tale conclusione, del resto, appare conforme sia alla formulazione letterale

---

[25] Così prevedevano il già citato art. 25, comma 3, direttiva 2003/55/CE sul gas naturale, e anche l'art. 23, comma 3, direttiva 2003/54/CE sull'energia elettrica.

[26] V. ancora l'art. 78, direttiva 2024/1788/UE e l'art. 59, direttiva (UE) 2019/944.

[27] V. nuovamente l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944.

[28] V. l'art. 2, commi 12, lett. e), e 5, legge n. 481.

[29] Così il comma 21 dell'art. 2, legge n. 481.

[30] Art. 1, comma 11, legge n. 239/2004.

[31] Art. 3, comma 7, d.lgs. n. 93/2011.

[32] V. al riguardo TAR Lombardia, I, 28 novembre 2019, n. 2538.

[33] V. Corte di Giustizia, IV, 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione contro Repubblica federale di Germania*, che ha dichiarato il contrasto con le norme europee in tema di comunicazioni elettroniche di una disciplina legislativa tedesca.

[34] V. TAR Lombardia, Milano, I, 23 maggio 2023, n. 1229, che ha ritenuto in contrasto con il principio di indipendenza delle ANR l'art. 114-*ter*, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. con legge 17 luglio 2020, n. 77) laddove dettava una disciplina molto puntuale in materia di tariffe di distribuzione del gas naturale. Si noti che, proprio per la sua contrarietà alle disposizioni euro-unitarie, tale norma era stata disapplicata da Arera.

delle norme europee, che impongono in termini generali agli Stati membri di garantire l'indipendenza delle Autorità e vietano alle stesse di accettare istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione non solo dal governo ma a da ogni altro soggetto pubblico o privato, sia con la *ratio* delle stesse, che appaiono rivolte ad evitare che le scelte regolatorie siano condizionate da interessi di carattere politico (oltre che economico) [35].

L'esatta portata del vincolo in tal modo posto anche al legislatore appare peraltro ancora incerta: se è chiaro che esso preclude interventi legislativi (oltre che governativi) così puntuali da risultare nella sostanza sostitutivi delle scelte del regolatore [36], non è altrettanto sicuro se il legislatore possa o non possa dettare criteri e metodologie tariffarie a cui il regolatore dovrebbe attenersi nell'operare i suoi apprezzamenti tecnico-economici.

Ciò è quanto accade, ad esempio, per l'art. 23, d.lgs. n. 164/00, che, come si è sopra rilevato, pone precise regole tecniche per la definizione delle tariffe di trasporto del gas naturale [37], come anche per quelle di distribuzione, di stoccaggio e di rigassificazione [38].

Oggi tali regole devono confrontarsi con quelle dettate dalle più recenti e sempre più puntuali normative euro-unitarie ed anche con gli orientamenti applicativi comunque definiti in sede europea [39], ed è certo che laddove risultassero in contrasto con le stesse dovrebbero essere disapplicate dall'Autorità o dal giudice eventualmente adito. Ma, anche a prescindere da tale possibile contrasto, occorre chiedersi se quelle norme, comunque direttamente attinenti ai parametri di esercizio della funzione tariffaria del regolatore, ed introdotte dal legislatore italiano prima che a livello europeo fosse sancito il divieto di formulare istruzioni "*connesse*" alle stesse [40], non siano in ogni caso divenute illegittime per violazione di tale divieto.

4. Il potere tariffario tra *cost reflectivity* e determinazione dei margini di redditività dell'investimento infrastrutturale

Come si è sopra evidenziato, la normativa euro-unitaria, nel prevedere che l'accesso alle infrastrutture energetiche debba essere sottoposto, fatta eccezione per gli impianti di stoccaggio del gas naturale, alla regolazione tariffaria delle ANR, ha definito come criterio fondamentale per la determinazione delle tariffe il principio c.d. di cost *reflectivity*: le tariffe, oltre a dover essere trasparenti e non discriminatorie, devono "*rispecchiare i costi effettivamente sostenuti purché essi corrispondano a quelli di un gestore efficiente e strutturalmente comparabile*" [41].

---

[35] Al riguardo si rinvia alle considerazioni svolte in *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. in part. p. 61 ss.

[36] Com'era in effetti avvenuto nel caso deciso da Tar Lombardia, Milano, I, n. 1229/2023, cit.

[37] V. in particolare il comma 3 della norma.

[38] V. al riguardo lo stesso comma 3 e il successivo comma 4 dell'art. 23.

[39] V. il più volte citato regolamento (UE) 2019/943 in tema di elettricità e il regolamento 2024/1788/UE in tema di gas naturale.

[40] Come si è visto in precedenza, tale divieto è stato posto dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, ben successive quindi al d.lgs. n. 164/2000.

[41] Così prevede oggi l'art. 17, comma 1, regolamento 2014/1789/UE; e v. nello stesso senso l'art. 18, comma 1, regolamento (UE) 2019/944.

A tale criterio fondamentale le discipline oggi vigenti, che, come si è già accennato, sono assai più articolate e specifiche di quelle introdotte in passato, a partire dal 2005, affiancano ulteriori prescrizioni relative alle metodologie da utilizzare; e molte altre indicazioni sono contenute negli orientamenti della Commissione europea e nelle raccomandazioni dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia. Si tratta peraltro sempre di prescrizioni finalizzate a promuovere l'efficiente allocazione dei costi di investimento e di funzionamento delle infrastrutture, nella prospettiva di garantire la "*integrità del sistema e [il] suo miglioramento*" [42], coerentemente con il principio di aderenza ai costi.

Il compito al riguardo assegnato alle ANR è e rimane, fondamentalmente, quello di identificare i costi efficienti dei gestori e di incrementare con opportune metodologie tariffarie tale efficienza, nonché quello di fornire "*incentivi per gli investimenti*" [43].

Nulla, nella formulazione delle norme auro-unitarie, lascia supporre che alle autorità di regolamentazione sia consentito e tanto meno richiesto, in sede di determinazione dei corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture, di bilanciare discrezionalmente l'interesse a garantire l'efficienza e l'economicità delle gestioni con altri interessi pubblici, come quello alla riduzione del prezzo dell'energia per i clienti finali di elettricità e gas.

Nella logica del legislatore europeo il ruolo dei regolatori indipendenti è del resto eminentemente tecnico, non politico, e la loro indipendenza è garantita per evitare qualsiasi interferenza di ordine politico (oltre che economico) nelle loro determinazioni [44].

Si è visto in precedenza, peraltro, che la disciplina italiana in tema di potere tariffario dell'Autorità è assai meno chiara ed univoca, e che in particolare sia la legge n. 481/1995 sia il d.lgs. n. 164/2000 contengono disposizioni che sembrano contemplare che nell'esercizio di quel potere il regolatore possa porre in essere anche ponderazioni di interessi [45].

Ed è infatti richiamando tali norme nazionali che si è talora prospettato, nella prassi regolatoria e anche, sia pure cautamente, in giurisprudenza, che Arera possa limitare il riconoscimento dei costi sostenuti dai gestori anche quando gli stessi non siano inefficienti, perché essa, in base alla sua legge istitutiva, è chiamata a definire modalità di recupero dei costi sostenuti tali "*da assicurare la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse*" [46].

Non si può non rilevare, peraltro, come queste letture trascurino palesemente di considerare il dato normativo costituito dal principio euro-unitario di *cost reflectivity*.

Per quanto possa apparire singolare, data la nettezza con cui, come si è visto, tale regola è affermata dai regolamenti europei concernenti le tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche, non sempre essa è stato puntualmente richiamata e applicata in sede giudiziale: a quanto consta, la giurisprudenza

---

[42] V. ancora l'art. 17, comma 1, regolamento 2024/1789/UE.

[43] Così il comma 4 dell'art. 17, regolamento 2024/1789/UE.

[44] V. al riguardo il Considerando 30 della direttiva 2009/73/CE sul gas naturale e il Considerando 34 della direttiva 2009/72/CE sull'elettricità.

[45] V. sopra il par. 2.1.

[46] V. ad esempio Cons. Stato, VI, 4 marzo 2022, n. 1593, in tema di distribuzione del gas naturale, che richiama espressamente l'art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

amministrativa presenta un caso in cui la vigenza del principio in questione per il settore del gas naturale è stata addirittura sorprendentemente negata [47], e un caso in cui il fondamento del principio è stato immotivatamente rinvenuto in norme attinenti al diverso settore dei servizi idrici integrati [48].

È possibile che al riguardo abbiano inciso equivoci di carattere lessicale inerenti all'apparente diversità delle formule "*cost reflectivity*" e "*full cost recovery*" [49]: ma la realtà è che le due formule esprimono nella sostanza la stessa prescrizione – quella di definire tariffe che rispecchino i costi di un gestore efficiente – e che, in ogni caso, tale prescrizione è inequivocabilmente posta dalle norme euro-unitarie sopra richiamate.

Tale regola esclude in radice che le autorità nazionali di regolamentazione possano negare il riconoscimento tariffario di costi efficienti sulla base di considerazioni inerenti all'esigenza o alla volontà politica di ridurre il prezzo finale dell'energia elettrica o del gas e dunque in forza di ponderazioni discrezionali volte a conciliare "*gli obiettivi economico-finanziari dei gestori*" con obiettivi di carattere sociale. Nulla esclude che gli Stati membri prevedano meccanismi di tutela economica dei clienti finali dell'energia elettrica e del gas, per ragioni di carattere sociale o anche – nei limiti derivanti dalle norme sugli aiuti di Stato – industriale: ma tali meccanismi non possono in nessun modo consistere nella compressione discrezionale delle tariffe chiamate a coprire i costi efficienti dei gestori.

Uno spazio per valutazioni discrezionali delle autorità di regolamentazione sembra potervi essere solo con riferimento a quelle componenti tariffarie che non attengono alla copertura dei costi sostenuti dagli esercenti, bensì alla remunerazione del loro investimento e più in generale ai margini di redditività che possono essergli riconosciuti per l'attività svolta [50] – o eventualmente anche, da un diverso punto di vista, per la previsione di meccanismi di perequazione a favore degli utenti.

In effetti, mentre il principio di aderenza delle tariffe ai costi implica l'obbligatoria copertura in tariffa di tutti i costi efficienti, la definizione della misura maggiore o minore della remunerazione da assegnare al gestore è lasciata anche dalle norme europee alla ponderazione del regolatore; e questa ponderazione può avere astrattamente un carattere solo tecnico-economico – ad esempio, basarsi solo sui tassi di rendimento riscontrabili sui mercati per investimenti di analoga rischiosità – oppure anche politico-discrezionale.

Nel caso delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche, le norme nazionali sopra ricordate sembrano implicare che a tale fine l'Autorità debba considerare e bilanciare i diversi e in parte confliggenti interessi pubblici da esse richiamati e pertanto operare al riguardo una ponderazione discrezionale. D'altra parte, in tale più limitato ambito, e dunque al di fuori delle valutazioni inerenti al riconoscimento dei costi sostenuti, le norme europee non sembrano precludere quelle ponderazioni.

---

[47] V. Cons. Stato, II, 30 dicembre 2024, n. 10441, che riguarda anch'essa la distribuzione di gas naturale.

[48] V. Cons. Stato, II, 9 dicembre 2022, n. 10805, ancora in tema di distribuzione del gas naturale.

[49] Nelle pronunce citate nelle due note precedenti si fa riferimento alla seconda di tali espressioni, frequentemente utilizzata nel settore idrico, e non alla prima.

[50] V. al riguardo anche TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, cit., p. 1 ss.

È pertanto in una lettura congiunta della normativa dettata dai regolamenti europei e di quella posta dal legislatore italiano – lettura congiunta che, del resto, appare obbligata sul piano sistematico e della gerarchia delle fonti – che è possibile trovare la risposta alla questione del tipo di potere che il regolatore indipendente può esercitare in sede di determinazione delle tariffe per l'utilizzo delle reti e delle altre infrastrutture energetiche: un potere che non può assumere connotati propriamente politico-discrezionali nella parte in cui deve identificare i costi efficienti del gestore e che invece può implicare valutazioni comparative di interessi nella parte in cui è volto a definire i margini di profitto dei gestori.

L'interpretazione restrittiva che in tal modo si realizza delle disposizioni dettate dal legislatore italiano sui poteri tariffari di Arera è d'altronde coerente con i principi generali in tema di regolazione indipendente: principi che, alla luce della carenza di legittimazione democratica delle autorità indipendenti, impongono agli interpreti di considerare come eccezioni all'ordinario carattere tecnico-economico delle scelte loro affidate – come tali da intendere appunto restrittivamente – i casi in cui le stesse possono e devono operare apprezzamenti propriamente discrezionali [51].

E occorre aggiungere che questi stessi principi esigono che, laddove il legislatore abbia in effetti affidato ad un'autorità indipendente di regolazione dei compiti che implicano ponderazioni di interessi, essa, nell'ambito di tali ponderazioni, deve necessariamente tenere conto delle indicazioni finalistiche risultanti dalla legge o dagli orientamenti di politica generale formulati dal governo.

Rispetto alle (circoscritte) scelte discrezionali spettanti alle ANR, il rispetto di tali orientamenti non è solo consentito dalle norme euro-unitarie che si sono sopra considerate [52], ma è anche imposto dai nostri principi costituzionali [53]: cosicché, qualora ciò non avvenga, e ad esempio l'Arera, nel determinare le componenti tariffarie dirette a remunerare il capitale investito, non consideri adeguatamente gli obiettivi di politica energetica e/o sociale indicati dal governo, le determinazioni tariffarie dovranno in linea generale considerarsi illegittime per eccesso di potere.

4.1. Il tema dell'identificazione dei costi efficienti

Le considerazioni sopra formulate comportano ovviamente che il mancato riconoscimento in tariffa di costi di investimento e di funzionamento sostenuti dal gestore possa giustificarsi solo quando si tratti di costi non efficienti, ed escludono, altrettanto ovviamente, che le valutazioni inerenti alla efficienza dei costi, che sono e devono restare di ordine esclusivamente tecnico-economico, possano essere confuse ed assimilate con ponderazioni di carattere politico-discrezionale.

Ciò chiarito, si pone il tema dei limiti che il regolatore incontra quando persegue – coerentemente con la sua missione istituzionale – l'obiettivo di promuovere una maggiore efficienza dei gestori delle infrastrutture.

È questo un problema di notevole complessità, per le ragioni da tempo evidenziate in dottrina, e in primo luogo perché non è chiaro in quale misura il regolatore possa fare riferimento ad un'efficienza media, di settore, anziché considerare quella soggettiva di ogni singola impresa [54].

---

[51] Su tale questione generale v. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 87 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati,* cit., in part. p. 61 ss.

[52] V. ancora l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE sul gas naturale e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944 sull'energia elettrica, laddove prevedono che restano impregiudicati gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo.

[53] V. ancora BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, in part. 75 ss.

[54] V. al riguardo, TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di*

Se è ormai pacifico che l'Autorità possa adottare criteri parametrici che inevitabilmente costringono le imprese meno efficienti ad intervenire sui loro costi, non sembra neanche ragionevole che la regolazione tariffaria possa divenire uno strumento per conformare dirigisticamente il mercato, espellendo dallo stesso le imprese che non possano in alcun modo adeguare la loro struttura dei costi alle prescrizioni del regolatore.

E in effetti dall'assai ricca giurisprudenza che in questi anni si è espressa sulla legittimità delle determinazioni tariffarie dell'Autorità, e in particolare di quelle volte a scremare *ex ante* costi considerati inefficienti, sembra emergere con chiarezza la convinzione che l'Autorità incontri, comunque, il limite rappresentato dalla soggettiva impossibilità per i gestori di conformarsi alle sue previsioni senza compromettere il loro conto economico.

Com'è stato infatti chiarito in una recente pronuncia, "*Non è dubitabile che la regolazione tariffaria debba perseguire l'obiettivo di incentivare l'efficienza operativa e l'aumento della produttività, anche a tutela dei clienti finali e della sicurezza del servizio, ma ciò non toglie che il regime tariffario deve comporre un sistema equilibrato e trasparente, che tenga conto delle differenze nei costi operativi derivanti da fattori esogeni e da contesti territoriali. Trascurare detti profili espone le imprese virtuose del settore al rischio di subire rilevanti perdite non causate da inefficienze gestionali, con conseguente estromissione dal mercato; al contempo orienta il mercato verso l'accentuarsi di forme monopolistiche, in contrasto con la finalità di promozione della concorrenza che la L. n. 481 del 1995 affida al Regolatore energetico. È compito di ARERA predisporre un regime tariffario che componga le 'ragionevoli esigenze degli utenti' tra cui quella al contenimento dei livelli tariffari, con l'interesse delle aziende virtuose al riconoscimento dei costi operativi efficienti che consenta loro di poter operare "in condizioni di economicità e di redditività*" [55].

È difficile non condividere tali conclusioni, che appaiono coerenti con le norme euro-unitarie sopra richiamate, in particolare laddove queste ultime, nel riferire il principio di *cost reflectivity* ai soli costi di un gestore efficiente, hanno cura di precisare che deve trattarsi di un gestore "*strutturalmente comparabile*": il che esclude che le ANR possano imporre ai gestori obiettivi di efficienza parametrati sui costi di esercenti aventi dimensioni del tutto differenti o operanti in contesti territoriali completamente diversi.

Del resto, come si è già osservato, alle autorità di regolamentazione non è assegnato il compito di definire la struttura del mercato, con scelte di carattere sostanzialmente pianificatorio che possono avere implicazioni rilevanti anche sul piano politico. Una regolazione efficientistica che prescinda dalle reali possibilità di adeguamento delle imprese, se può implicare dei vantaggi dal punto di vista della riduzione dei prezzi dell'energia, può peraltro comportare anche effetti negativi di ordine sociale, ad esempio in termini di riduzione dei livelli occupazionali. La ponderazione di tali vantaggi e svantaggi non sembra poter spettare, in assenza di esplicite indicazioni legislative, al regolatore indipendente e deve invece essere affidata, per le ragioni soprarichiamate, ad organi dotati della necessaria legittimazione politica.

---

ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi, cit., p. 177 ss.; TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, cit., p. 1 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 154 ss.

[55] Così Cons. Stato, II, 13 febbraio 2024, n. 1450 (sottolineatura aggiunta). E v. anche, nello stesso senso, tra le altre, Cons. Stato, II, 29 novembre 2023, n. 10294 e n. 10295.



L'efficienza energetica

Energy efficiency

di ***Filippo Donati****

ABSTRACT

L'efficienza rappresenta il "primo combustibile" per la transizione energetica: un combustibile che non si esaurisce, che è disponibile in abbondanza ed è facile da reperire. Al principio dell'efficienza energetica è stato attribuito un ruolo centrale per realizzare gli obiettivi in materia di lotta al cambiamento climatico fissati dal Green Deal. L'articolo offe un quadro delle misure adottate a livello dell'Unione europea e a livello nazionale per la realizzazione di tale principio.

Energy efficiency represents the "first fuel" of the energy transition: a fuel that does not run out, is abundantly available, and easy to access. The principle of energy efficiency has been assigned a central role in achieving the climate-change mitigation objectives set out in the Green Deal. This article provides an overview of the measures adopted at both the European Union and national levels for the implementation of this principle.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di efficienza energetica al primo posto. – 3. La nuova direttiva sull'efficienza energetica. – 4. La direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia. – 5. Efficienza energetica dei prodotti. – 6. L'attuazione del principio di efficienza energetica al primo posto.

1. Premessa

Fin dalla crisi petrolifera del 1973, l'efficienza energetica ha rappresentato uno dei principali strumenti utilizzati dall'Unione europea per ridurre la propria dipendenza dalle risorse energetiche di paesi terzi, per realizzare gli obiettivi di tutela ambientale e di lotta al cambiamento climatico, nonché per rafforzare la competitività dell'industria europea [1]. L'Agenzia internazionale per l'energia da tempo considera l'efficienza come il "primo combustibile" per la transizione energetica. Un combustibile che non si consuma, che è disponibile in abbondanza ed è facile da reperire [2]. La dottrina non ha mancato di aggiungere che l'efficienza energetica merita di essere perseguita non soltanto perché permette

* Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Firenze.

[1] Cfr. V. BRUGGEMAN, *Energy Efficiency as a Criterion for Regulation in the European Community*, in *Environmental Law Review*, 2004, p. 140 ss.; M. ECONOMIDOU-V. TODESCHI-P. BERTOLDI-D. D'AGOSTINO-P. ZANGHERI-L. CASTELLAZZI, *Review of 50 years of EU energy efficiency policies for buildings*, *Energy & Buildings*, 2020, p. 110322.

[2] International Energy Agency, *Multiple Benefits of Energy Efficiency: From "Hidden Fuel" to "First Fuel"*, International Energy Agency, Paris, 2019, in www.iea.org.

di ridurre l'impiego dei combustibili fossili, responsabili delle emissioni di gas ad effetto serra, ma anche perché riduce la necessità di ricorrere alle fonti energetiche rinnovabili che, pur non comportando emissioni di carbonio, implicano pur sempre effetti negativi in termini di consumo di suolo, impatto sul paesaggio e utilizzo di minerali rari per la loro realizzazione [3].

Il Consiglio dell'Unione europea, con la risoluzione del 7 dicembre 1988, ha dato l'impulso necessario alla politica dell'Unione europea in materia efficienza energetica [4]. Sottolineato il contributo che un'utilizzazione efficiente dell'energia può offrire per la sicurezza dell'approvvigionamento, la competitività economica e la protezione dell'ambiente, il Consiglio ha invitato la Commissione a presentare quanto prima una proposta di piano d'azione per l'efficienza energetica. Nel Libro verde sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico [5], la Commissione ha identificato l'efficienza e il risparmio come priorità della politica energetica dell'Unione europea [6].

Nella comunicazione sul Green Deal [7], la Commissione ha riconosciuto che, per perseguire gli obiettivi a medio e lungo termine in materia di decarbonizzazione, poi definiti dalla legge europea sul clima [8], priorità deve essere data all'efficienza energetica. Numerosi sono stati quindi gli interventi normativi dell'Unione europea volti a promuovere il risparmio energetico negli edifici, nell'industria, nei trasporti, nei prodotti ad uso domestico e industriale nonché nelle reti energetiche [9].

Il nuovo art. 194 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, ha previsto anche nel campo dell'energia una competenza concorrente tra gli Stati membri e l'Unione. Tra i quattro obiettivi della politica energetica dell'UE, l'art. 194 TFUE include anche quello di "promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili" [10].

In effetti, l'Unione europea ha perseguito i propri ambiziosi obiettivi in materia di decarbonizzazione attraverso due strumenti principali: la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e la riduzione della domanda di energia attraverso misure di efficientamento. A questo secondo aspetto sono dedicati i paragrafi che seguono.

---

[3] Cfr. 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 *Journal of Cleaner Production*, 2022, p. 130720.

[4] Risoluzione del Consiglio del 7 dicembre 1998 relativa all'efficienza energetica nella Comunità europea.

[5] Libro verde della Commissione EUROPEA del 29 novembre 2000, *Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico*, COM(2000) 769 def.

[6] Cfr. la decisione n. 1230/2003/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 che adotta un programma pluriennale di azioni nel settore dell'energia: «Energia intelligente – Europa» (2003-2006), che prevede una serie di interventi in materia di efficienza energetica denominati «SAVE».

[7] Commissione europea, *Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette*, 1° febbraio 2023, COM(2023) 62 final.

[8] Regolamento (UE) 2021/1119.

[9] Sui vari strumenti utilizzati per migliorare l'efficienza energetica nell'Unione europea cfr., *ex multis*, P. BERTOLDI, *Overview of the European Union policies to promote more sustainable behaviours in energy endusers*, in M. LOPES-C. HENGGELER ANTUNES-K.B. JANDA (eds.), *Energy and behaviour: Towards a low carbon future*, 2020, p. 451 ss.; M.M. DEL SOLÀ-A. AYALA-I. GALARRAGA-M. ESCAPA, *Promoting energy efficiency at household level: a literature review*, in *Energy Efficiency*, 2021, 14(1).

[10] L'Unione dell'energia si basa su cinque dimensioni: 1) sicurezza, solidarietà e fiducia; 2) mercato interno dell'energia pienamente integrato; 3) efficienza energetica; 4) azione per il clima e decarbonizzazione dell'economia; 5) ricerca, innovazione e competitività.

2. Il principio di efficienza energetica al primo posto

L'esigenza di porre l'efficienza energetica al centro della politica europea in materia di energia e clima venne evidenziata per la prima volta nel 2015 dalla comunicazione resa dalla Commissione Junker in occasione della presentazione del pacchetto "Unione dell'energia" [11].

Il principio dell'efficienza energetica al primo posto [12], riconosciuto con il pacchetto "energia pulita per tutti gli europei" del 2016, è stato poi codificato dal regolamento sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima [13], che ne ha fatto un obiettivo centrale della politica energetica e ambientale dell'Unione che deve essere tenuto nella massima considerazione dagli Stati membri nei piani nazionali integrati per l'energia e il clima nonché nelle decisioni di pianificazione energetica, di politica e di investimento [14]. Il regolamento sulla governance ne ha offerto la seguente definizione: "*principio che prevede di tenere nella massima considerazione, nelle decisioni di pianificazione energetica, di politica e di investimento, le misure alternative di efficienza energetica efficienti in termini di costi volte a rendere più efficienti la domanda e la fornitura di energia, in particolare per mezzo di risparmi negli usi finali dell'energia efficienti in termini di costi, iniziative di gestione della domanda, e una maggiore efficienza nella conversione, trasmissione e distribuzione di energia, che consentano comunque di conseguire gli obiettivi di tali decisioni*" [15].

---

[11] Commissione europea, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, Bruxelles, 25 febbraio 2015, COM(2015) 80 final.

[12] Sulla genesi di tale principio e sulle difficoltà interpretative che esso pone cfr. l'analisi di T. MANDEL-Z. PATÓ-JS. BROC *et al.*, *Conceptualising the energy efficiency first principle: insights from theory and practice*, in *Energy Efficiency* 15, 41 (2022); F. VON MALBORG, *First and last and always: Politics of the "energy efficiency first" principle in EU energy and climate polici*, in *Energy Research & Social Science*, 2023, p. 103126.

[13] Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

[14] Secondo il regolamento, il principio dell'efficienza energetica al primo posto impone "di tenere nella massima considerazione, nelle decisioni di pianificazione energetica, di politica e di investimento, le misure alternative di efficienza energetica efficienti in termini di costi volte a rendere più efficienti la domanda e la fornitura di energia, in particolare per mezzo di risparmi negli usi finali dell'energia efficienti in termini di costi, iniziative di gestione della domanda, e una maggiore efficienza nella conversione, trasmissione e distribuzione di energia, che consentano comunque di conseguire gli obiettivi di tali decisioni" (Art. 2.18, regolamento (UE) 2018/1999). È stato altresì specificato che "Gli Stati membri dovrebbero applicare il principio dell'efficienza energetica al primo posto, che implica di considerare, prima di adottare decisioni di pianificazione, politica e investimento in ambito energetico, se esistono misure di efficienza energetica alternative solide dal punto di vista tecnico, economico, ambientale e dell'efficienza in termini di costi che possano sostituire in tutto o in parte le misure di pianificazione, politica e investimento previste e che consentano comunque di conseguire gli obiettivi delle rispettive decisioni. Ciò include in particolare che l'efficienza energetica sia trattata come un elemento fondamentale e abbia una considerazione centrale nelle future decisioni di investimento sull'infrastruttura energetica nell'Unione. Tali alternative efficienti in termini di costi includono misure volte a rendere più efficienti la domanda e la fornitura di energia, in particolare per mezzo di risparmi negli usi finali dell'energia efficienti in termini di costi, iniziative di gestione della domanda e una maggiore efficienza nella conversione, trasmissione e distribuzione di energia. Gli Stati membri dovrebbero inoltre promuovere la diffusione di tale principio nell'amministrazione regionale e locale, così come nel settore privato" (considerando n. 64 del regolamento (UE) 2018/1999).

[15] Art. 2, punto 18 del regolamento (UE) 2018/1999. Sul principio dell'efficienza energetica al primo posto cfr., fra gli altri, T. MANDEL-Z. PATÓ-J.S. BROC *et al.*, *Conceptualising the energy efficiency first principle: insights from theory and practice*, cit.; F.V. MALBORG, *First and last and*

Con la modifica della direttiva sull'efficienza energetica, l'Unione ha stabilito un obiettivo vincolante di efficienza energetica, obblighi di risparmio energetico per i fornitori di energia, requisiti per la ristrutturazione degli edifici pubblici, incentivi per la contabilizzazione dei consumi (contatori intelligenti) e una strategia a lungo termine per la riqualificazione edilizia, con l'obiettivo generale di mobilitare investimenti e ridurre le emissioni [16]. La Commissione ha poi fornito agli Stati membri criteri orientativi per l'applicazione del principio dell'efficienza energetica al primo posto[17].

Il principio dell'efficienza energetica al primo posto ha assunto un ruolo centrale anche nel piano "Fit for 55", il pacchetto di riforme promosso nel 2021 dalla Commissione europea per realizzare gli obiettivi in materia di lotta al cambiamento climatico fissati dal Green Deal [18]. L'iniziativa della Commissione ha portato all'adozione della nuova direttiva sull'efficienza energetica ("**EED**"), entrata in vigore nell'ottobre 2023 [19].

In attuazione del piano REPowerEU [20], adottato nel 2022 a seguito della crisi energetica conseguente al taglio delle importazioni di gas dalla Russia a seguito della guerra in Ucraina, l'Unione ha adottato misure urgenti che includono anche interventi sul lato della domanda di energia [21], con l'obiettivo di ridurre il consumo complessivo di energia elettrica del 10% e di almeno il 5% nelle ore di punta [22]. Sono state inoltre approvate di misure volte ad ottenere un miglioramento stabile dell'efficienza energetica nell'Unione [23]. In effetti, come evidenziato dalla Commissione, l'efficienza energetica è il modo migliore "per ridurre la nostra dipendenza dalle importazioni di combustibili fossili russi" e per contribuire alla sicurezza dell'approvvigionamento e alla transizione verso l'energia pulita [24].

---

always: Politics of the "energy efficiency first" principle in EU energy and climate policy, cit.; 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 Res. Soc. Sci.*, 26 (2018), p. 72 ss.; S. YU-T. MANDEL-S. THOMAS-H. BRUGGER, *Applying the energy efficiency first principle based on a decision-tree framework*, *Energy Eff.* 15, (2022) 42; 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*, *Energy Efficiency* 15 (2022) 59.

[16] Direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

[17] Commissione europea, raccomandazione (UE) 2021/1749 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.

[18] Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione), Bruxelles, 14 luglio 2021, COM(2021) 558 final.

[19] 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 (rifusione).

[20] Commissione, *REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili*, 8 marzo 2022, COM(2022) 108 final. Il RepowerEU costituisce la principale risposta dell'Unione europea alla crisi energetica conseguente all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia.

[21] Regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio del 6 ottobre 2022, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia, artt. 3 ss.

[22] La Commissione, nella relazione sullo "Stato dell'Unione dell'energia 2023" (Bruxelles, 24 ottobre 2023 COM(2023) 650 final), ha osservato che "se da un lato la riduzione della domanda durante le ore di punta è stata conseguita, dall'altro la riduzione del 10 % del consumo complessivo di energia elettrica è risultata difficile da attuare per gli Stati membri".

[23] Il regolamento (UE) 2023/435 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 febbraio 2023 ha consentito di realizzare il piano REPowerEU, stabilendo le modalità di finanziamento, le priorità di investimento e le procedure per l'attuazione dei progetti ivi previsti, anche con riguardo al miglioramento dell'efficienza energetica.

[24] Commissione europea, comunicazione "Risparmio energetico nell'UE", Bruxelles, 18

3. La nuova direttiva sull'efficienza energetica

La direttiva EED, che costituisce una delle misure più importanti del pacchetto "Fit for 55", fa parte di un più ampio insieme di misure normative volte a realizzare obiettivi di efficienza energetica in settori strategici specifici, tra cui gli edifici [25], i prodotti [26] e la governance [27].

La EED definisce un quadro comune di misure per promuovere l'efficienza energetica nell'Unione [28].

Per assicurare la realizzazione del principio di "efficienza energetica al primo posto, gli Stati membri sono chiamati a valutare soluzioni di efficienza energetica in tutte le decisioni strategiche e di pianificazione e in quelle relative ai grandi investimenti, relative sia a sistemi energetici sia a settori non energetici [29], nonché a prevedere adeguate forme di controllo sul rispetto del principio di "efficienza energetica al primo posto" quando le decisioni sono soggette a obblighi di approvazione e monitoraggio [30]. Gli Stati membri sono altresì chiamati, tra l'altro, a promuovere lo svolgimento di analisi costi-benefici che consentano, se del caso, di valutare adeguatamente i benefici più ampi delle soluzioni di efficienza energetica, a monitorare l'applicazione del principio di "efficienza energetica al primo posto" e informare la Commissione sull'applicazione di tale principio nell'ambito delle relazioni intermedie nazionali integrate per l'energia e il clima [31].

La direttiva EED stabilisce inoltre nuovi obiettivi di efficienza energetica, imponendo agli Stati membri di garantire una riduzione del consumo finale di energia, al fine di contribuire attivamente al raggiungimento dell'obiettivo di una riduzione complessiva del consumo di energia nell'Unione europea dell'11,7% entro il 2030, rispetto ai livelli del 2020 [32]. Spetta alla Commissione, nell'ambito della valutazione dei piani nazionali aggiornati per l'energia e il clima, stabilire se il contributo dei singoli Stati membri sia adeguato rispetto agli obiettivi dell'Unione in materia di consumo di energia [33].

In applicazione del principio di efficienza energetica al primo posto, la EED ha poi individuato target statali di risparmio energetico annuale destinati ad aumentare progressivamente fino al 2030 [34]. Per realizzare tali obiettivi, la EED ha

---

maggio 2022, COM(2022) 240 final. La Commissione ha delineato una serie di interventi che gli Stati membri possono adottare, su base volontaria, per ridurre il consumo di energia e aumentare l'efficienza energetica degli edifici, dell'industria e dei trasporti.

[25] Direttiva 2010/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia (rifusione).

[26] Cfr. la direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia; il regolamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2017 che istituisce un quadro per l'etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE e il regolamento (UE) 2020/740 sull'etichettatura dei pneumatici in relazione al consumo di carburante e ad altri parametri.

[27] Regolamento (UE) 2018/1999.

[28] Cfr. il considerando n. 15 della direttiva 2023/1791.

[29] Direttiva 2023/1791, art. 3, comma 1.

[30] Direttiva 2023/1791, art. 3, comma 4.

[31] Direttiva 2023/1791, art. 3, comma 5.

[32] Direttiva 2023/1791, art. 4, comma 1.

[33] Direttiva 2023/1791, art. 4, commi 2 ss.

[34] Direttiva 2023/1791, art. 8.

previsto una ampia serie di misure, tra cui l'introduzione di obblighi specifici a carico del settore pubblico [35], la previsione di sistemi di gestione dell'energia e audit energetici [36], l'introduzione di obblighi specifici per i data center in quanto soggetti energivori [37], nuove previsioni volte a consentire un miglior monitoraggio dei consumi attraverso l'installazione di contatori e l'offerta di informazioni di fatturazione [38], la previsione di forme di tutela dei consumatori [39], la promozione dell'efficienza nella fornitura di energia [40].

Per favorire la decarbonizzazione, la EED ha poi previsto la graduale eliminazione dei combustibili fossili nel riscaldamento e nel raffreddamento degli edifici entro il 2040[41]. A partire dal 2025, è vietata la concessione di sovvenzioni alle caldaie autonome a combustibili fossili, ad eccezione dei sistemi che usano una quantità significativa di energia rinnovabile, come quelli che combinano una caldaia con un impianto solare termico o una pompa di calore.

4. La direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia

Gli edifici sono responsabili del 40 % del consumo finale di energia nell'Unione e del 36% delle emissioni di gas a effetto serra associate all'energia, mentre il 75% degli edifici dell'Unione è tuttora inefficiente sul piano energetico. Due terzi dell'energia consumata per riscaldare e raffrescare gli edifici proviene ancora da combustibili fossili [42]. La riduzione del consumo energetico e l'utilizzo di energia da fonti rinnovabili nel settore dell'edilizia rivestono quindi un ruolo centrale per il conseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione e di sicurezza nell'approvvigionamento di energia.

La nuova direttiva Case Green [43], anch'essa approvata in attuazione del pacchetto "Pronti per il 55%", fissa obiettivi più ambiziosi in materia di efficienza energetica per gli edifici nuovi e ristrutturati nell'Unione europea, allo scopo di ridurre progressivamente le emissioni di gas serra e i consumi energetici nel settore edilizio entro il 2030 e pervenire alla neutralità climatica entro il 2050. A tal fine, ciascuno Stato è chiamato a predisporre un piano nazionale di ristrutturazione del parco nazionale di edifici residenziali e non residenziali, sia pubblici che privati, allo scopo di trasformare gli edifici esistenti in edifici a emissioni zero [44].

La direttiva Case Green stabilisce che, a partire dal 2030, tutti i nuovi edifici dovranno essere a emissioni zero, termine anticipato al 2028 per gli edifici di proprietà o comunque utilizzati da soggetti pubblici [45]. Per gli edifici

[35] Direttiva 2023/1791, art. 6 ss.

[36] Direttiva 2023/1791, art. 11.

[37] Direttiva 2023/1791, art. 12.

[38] Direttiva 2023/1791, art. 13 ss.

[39] Direttiva 2023/1791, art. 21 ss.

[40] Direttiva 2023/1791, art. 25 ss.

[41] Direttiva 2023/1791, art. 26.

[42] Direttiva (UE) 2024/1275, considerando n. 6.

[43] Direttiva (UE) 2024/1275 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024 sulla prestazione energetica nell'edilizia (rifusione).

[44] Direttiva (UE) 2024/1275, art. 3.

[45] Direttiva (UE) 2024/1275, art. 7.

residenziali esistenti, invece, sono richiesti interventi di efficientamento volti a ridurre il consumo di energia di almeno il 16% entro il 2030 e di almeno il 20-22% entro il 2035 [46].

La nuova direttiva stabilisce requisiti minimi di prestazione energetica per gli edifici [47], promuovendo altresì l'installazione di impianti solari negli edifici pubblici e non residenziali, in funzione delle loro dimensioni, e in tutti i nuovi edifici residenziali entro il 2030 [48].

5. Efficienza energetica dei prodotti

L'Unione europea ha introdotto misure volte a promuovere l'efficienza energetica dei prodotti [49] e ha altresì previsto regole in materia di etichettatura dei prodotti connessi all'energia per informare i consumatori sul consumo energetico e sulle prestazioni dei prodotti, aiutandoli a individuare i prodotti più efficienti, così incentivando la scelta di prodotti che consumano meno energia [50].

Tale disciplina si applica a tutti i prodotti connessi all'energia immessi sul mercato dell'Unione europea (elettrodomestici, lampade, climatizzatori, ecc.). A tali prodotti deve essere attribuita una classe d (secondo un ordine decrescente da A a G) che indica il livello di efficienza del prodotto. L'etichetta fornisce informazioni sul consumo di energia del prodotto in un determinato periodo di tempo e può contenere anche altre informazioni rilevanti, come il rumore, la capacità, ecc., a seconda del tipo di prodotto.

Recentemente è stato approvato un regolamento sulla progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili [51], noto come Regolamento Ecodesign, che detta un quadro normativo uniforme per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile che i prodotti devono rispettare per essere immessi sul mercato. Tale disciplina mira a promuovere l'uso di prodotti sostenibili, riducendone l'impronta di carbonio e l'impatto ambientale lungo l'intero ciclo di vita, garantendo al contempo la libera circolazione di tali prodotti nel mercato interno. In base a tale regolamento, ogni bene fisico, prima di poter essere immesso sul mercato dell'Unione europea, dovrà risultare conforme a requisiti di progettazione ecocompatibili. Il Regolamento Ecodesign prevede inoltre l'istituzione di un passaporto digitale di prodotto, la definizione di requisiti obbligatori per i contratti pubblici verdi e la definizione di regole volte a impedire la distruzione dei prodotti invenduti.

Il regolamento demanda all'adozione di atti delegati della Commissione l'individuazione, per singoli prodotti o gruppi di prodotti, dei requisiti di progettazione,

---

[46] Direttiva (UE) 2024/1275, art. 9, comma 2.

[47] Direttiva (UE) 2024/1275, art. 5.

[48] Direttiva (UE) 2024/1275, art. 10.

[49] Direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia (rifusione).

[50] Regolamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2017, che istituisce un quadro per l'etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE.

[51] Regolamento (UE) 2024/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, modifica la direttiva (UE) 2020/1828 e il regolamento (UE) 2023/1542 e abroga la direttiva 2009/125/CE.

delle classi di prestazione e degli obblighi di informazione, dei dati da includere nel passaporto digitale di prodotto e nonché della procedura di valutazione della conformità.

6. L'attuazione del principio di efficienza energetica al primo posto

Il principio di efficienza energetica al primo posto ha trovato riconoscimento in Italia con l'art. 1, d.lgs. n. 73/2020 [52].

Il piano nazionale per l'energia e il clima (PNIEC), nell'aggiornamento al 2024, ne ha imposto l'attuazione nelle politiche in materia di edilizia, industria, trasporti, generazione e trasmissione elettrica. Il PNIEC contiene una sezione dedicata espressamente alla "dimensione dell'efficienza energetica", che individua gli interventi necessari per conseguire i target di efficienza energetica previsti dalla EED e dalla nuova direttiva Case Green.

Con riferimento al settore dell'edilizia, sono state definite le linee guida per la redazione dell'attestato di prestazione energetica (APE) e i requisiti minimi per la prestazione energetica degli edifici [53]. Sono stati introdotti criteri generali in materia di esercizio, manutenzione e ispezione degli impianti termici, nonché i requisiti professionali degli esperti e degli organismi cui affidare i compiti di ispezione degli stessi secondo specifiche frequenze temporali, nonché i periodi e le modalità di accensione e spegnimento degli impianti di riscaldamento [54].

Per promuovere la diffusione di prodotti e servizi a consumo energetico ridotto, il nuovo codice dei contratti pubblici ha previsto l'obbligo di considerare criteri energetici e ambientali minimi negli appalti pubblici, inclusa l'efficienza energetica [55].

Sono stati infine introdotti inoltre vari meccanismi di incentivazione, tra cui ecobonus [56], superbonus [57], il conto termico [58] e i contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC) [59]. Ad oggi, tuttavia, è il meccanismo dei certificati bianchi il principale strumento di promozione dell'efficienza energetica in Italia.

I titoli di efficienza energetica, tra cui rientrano i certificati bianchi, sono contemplati dalla EED non come obbligo ma come uno degli strumenti che gli Stati

---

[52] D.lgs. 4 luglio 2020, n. 73, Attuazione della direttiva (UE) 2018/2002 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

[53] Cfr., in particolare, il d.m. 26 giugno 2009 e il d.m. 26 giugno 2015.

[54] D.P.R. n. 74/2013, attualmente in fase di aggiornamento.

[55] D.lgs. n. 36/2023, art. 57.

[56] L'ecobonus consiste in detrazioni fiscali per le spese relative a interventi di miglioramento energetico degli edifici.

[57] Il superbonus è la famosa detrazione del 110% per interventi di riqualificazione energetica e sismica ormai abbandonata.

[58] Il conto termico è un incentivo statale erogato dal GSE (Gestore dei Servizi Energetici) che supporta interventi volti a migliorare l'efficienza energetica e promuovere l'adozione di fonti di energia rinnovabile nel settore del riscaldamento degli edifici.

[59] Gli EPC sono contratti in forza dei quali una società di servizi energetici si impegna a migliorare l'efficienza energetica di un edificio o impianto, garantendo un determinato livello di risparmio. Questa tipologia contrattuale è stata introdotta dal d.lgs. 102/2014, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

membri possono utilizzare per raggiungere gli obiettivi di efficienza energetica fissati dalla direttiva.

In Italia il funzionamento dei Certificati Bianchi è basato su un sistema di obblighi e incentivi che premia i soggetti che realizzano interventi di risparmio energetico, al fine di ridurre i consumi di energia primaria nei settori civile, industriale, terziario e dei trasporti. I grandi distributori di energia elettrica e gas sono assoggettati ad obblighi di risparmio energetico che possono adempiere o attraverso interventi di efficienza energetica che danno diritto all'ottenimento di certificati bianchi, oppure mediante l'acquisto degli stessi sul mercato. Anche altri soggetti, se realizzano un progetto che comporta un risparmio energetico reale e verificabile, possono ricevere certificati bianchi che possono poi essere venduti sul mercato. I progetti sono verificati dal Gestore dei servizi energetici, il quale certifica i risparmi ottenuti ed emette un numero corrispondente di certificati bianchi (1 certificato equivale al risparmio di una tonnellata equivalente di petrolio). I certificati possono essere scambiati e valorizzati sulla piattaforma di mercato gestita dal Gestore dei mercati energetici o attraverso contrattazioni bilaterali.

Nel complesso, il principio di efficienza energetica al primo posto ha dunque trovato un adeguato riconoscimento anche in Italia. Il legislatore, che ha attuato le precedenti direttive sull'efficienza energetica [60] e sull'efficienza energetica negli edifici [61], si appresta a dare attuazione alle direttive EED e Case Green EED [62]. L'Italia ha dunque avviato un percorso virtuoso volto alla realizzazione degli obiettivi fissati dall'Unione europea in materia di efficienza energetica.

[60] D.lgs. n. 73/2020, Attuazione della direttiva (UE) 2018/2002 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

[61] D.lgs. n. 48/2020, Attuazione della direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

[62] Il programma di azione del Governo in materia di energia, clima e ambiente per il triennio 2025 – 2027, pubblicato il 17 febbraio 2025, prevede il recepimento delle direttive (UE) 2023/1791 sull'efficienza energetica (EED) e (UE) 2024/1275 sulla prestazione energetica degli edifici (EPBD), la riforma delle detrazioni fiscali per la riqualificazione energetica degli edifici del settore residenziale civile, la riforma del "Fondo Nazionale Efficienza Energetica", la semplificazione delle procedure di accesso ai Certificati bianchi nonché la definizione di nuove misure per la promozione dell'efficienza energetica degli edifici della P.A.



La rivisitazione dell'*essential facility doctrine* a partire dalla sentenza *Android Auto*

Revisiting the Essential Facilities Doctrine in Light of the Android Auto *Ruling*

di *Lorenzo Grossi* *

ABSTRACT

Il presente contributo prende in esame la sentenza *Android Auto*, con la quale la Corte di Giustizia torna a perimetrare il campo di applicazione dell'*essential facility doctrine*. Il commento considera l'emersione di una nuova e possibile dottrina *Android Auto* e tenta di collocarla in seno all'evoluzione del diritto *antitrust*, prendendo in esame il suo impatto sul sistema giuridico e sui rimedi azionabili dall'autorità pubblica. Si darà poi conto delle giustificazioni oggettive opponibili dall'operatore economico e della struttura complessiva che deriva dall'inquadramento concernente la concorrenza basata sui meriti.

This contribution examines the Android Auto *judgment, in which the Court of Justice once again defines the scope of the essential facilities doctrine. The commentary considers the emergence of a new and potential* Android Auto *doctrine and attempts to situate it within the evolution of antitrust law, assessing its impact on the legal system, on the remedies available to public authorities, on the objective justifications that may be raised by the economic operator, as well as on the framework shaped by the competition on the merits.*

CORTE DI GIUSTIZIA, 25 FEBBRAIO 2025, CAUSA C-233/23, ANDROID AUTO

Estratto/Massima

«[…] qualora un'impresa dominante abbia sviluppato un'infrastruttura non per le sole esigenze delle sue attività proprie, bensì nella prospettiva di consentire un utilizzo di tale infrastruttura da parte di imprese terze, non si applica la condizione enunciata dalla Corte al punto 41 della sentenza del 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), relativa all'indispensabilità di detta infrastruttura all'esercizio dell'attività del richiedente l'accesso, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale a tale infrastruttura» (punto 44).

Sommario: 1. Introduzione. La sentenza *Android Auto* e la vicenda processuale. – 2. Il primo quesito pregiudiziale. La nascita della dottrina *Android Auto*. – 3. Il primo quesito pregiudiziale. I rimedi imponibili alla violazione del diritto della concorrenza. – 4. Il secondo quesito pregiudiziale. La concorrenza basata sui meriti, il principio AEC e la tutela del benessere dei consumatori. – 5. Il terzo e il quarto quesito pregiudiziale. L'onere della prova e le giustificazioni oggettive. – 6. Il quinto quesito pregiudiziale. La determinazione del mercato rilevante. – 7. L'impatto della dottrina *Android Auto* sul sistema giuridico complessivo. – 8. Conclusioni.

* Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano.

1. Introduzione. La sentenza *Android Auto* e la vicenda processuale

La sentenza *Android Auto* rappresenta un nuovo tassello nell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale sulla c.d. *essential facility doctrine*, inaugurata dalle sentenze *Bronner* e *Magill/IMS Health*, e che ha segnato «[…] *a new form of interventionism in [EU] competition policy that would force successful firms to share their facilities with their competitors*» [1].

In effetti, nella sentenza *Bronner*, la Corte di Giustizia ha stabilito che un'impresa, detentrice di un'infrastruttura indispensabile, ossia un'infrastruttura non facilmente o non economicamente replicabile, abusi della propria posizione dominante al ricorrere di tre condizioni cumulative. In particolare, tale impresa deve avere negato l'accesso alla propria infrastruttura indispensabile a imprese terze concorrenti sul mercato, un tale diniego deve avere provocato una violazione della concorrenza, la quale non può essere scriminata dal ricorrere di giustificazioni oggettive [2].

In questo contesto, si inserisce la sentenza *Android Auto*, che, nel ritornare dopo qualche decennio sui criteri dell'*essential facility doctrine*, precisa il campo applicativo di quest'ultima con riferimento, nel caso di specie, alle piattaforme digitali.

La vicenda in esame origina da una delibera dell'Autorità garante della concorrenza (AGCM), con la quale è stata accertata una violazione dell'art. 102 TFUE per opera di Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy s.r.l. (Google). In particolare, l'AGCM ha contestato a Google la condotta volta ad ostacolare e a procrastinare il rilascio di *app* sviluppate da terze parti sulla propria piattaforma *Android Auto*, appartenente al sistema operativo *Google Android*.

La controinteressata Enel X Italia (Enel), che fornisce servizi per la ricarica di autovetture elettriche, e che ha presentato la segnalazione all'AGCM, intende accedere al *template* di *Android Auto* sviluppato da Google, al fine di rendere interoperabile su tutti i veicoli dotati di questa piattaforma l'*app* di navigazione creata da Enel, vale a dire *JuicePass*. Quest'ultima consente di localizzare e prenotare le colonnine di ricarica per il proprio veicolo elettrico, e di trasferire quindi i dati di navigazione su *Google Maps*, al fine di raggiungere le dette colonnine.

Tuttavia, il *template* sviluppato da Google all'epoca della richiesta rivoltale da Enel permetteva di rendere interoperabili con *Android Auto* unicamente le

---

[1] A. Albors-Llorens, *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, in *Cambr. L. J.*, vol. 58, n. 3, 1999, pp. 490-492, spec. p. 492.

[2] Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, pt. 41. Con la sentenza *Magill*, temporalmente precedente per vero alla pronuncia *Bronner*, e poi confermata dall'arresto *IMS Health*, la Corte ha altresì precisato l'estensione della dottrina *Bronner* nel caso in cui l'*essential facility doctrine* debba essere applicata a un'infrastruttura indispensabile tutelata da un diritto di proprietà intellettuale, richiedendo che la condotta abusiva impedisca l'emersione di un «nuovo prodotto», che è tale in virtù di una «domanda potenziale da parte dei consumatori» (cfr. Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill*, pt. 54-56; Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, pt. 28, 37-38, nonché, più ampiamente, P. Ibáñez Colomo, *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, in *Eur. L. Rew.*, vol. 41, n. 2, 2016, pp. 201-219). Infine, con la sentenza *Microsoft I*, il Tribunale dell'UE ha parzialmente temperato il portato delle sentenze *Magill/IMS Health*, ritenendo che non sia necessaria la mancata emersione di un nuovo prodotto, bensì che sia sufficiente che l'impresa in posizione dominante, nel negare l'accesso alla propria infrastruttura indispensabile abbia dissuaso a danno dei consumatori i propri concorrenti dall'immettere sul mercato prodotti più innovativi rispetto a quelli già presenti (cfr. Tribunale dell'UE, 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft I*, pt. 653).

app di media e di messagistica (e non anche di navigazione) sviluppate da terze parti – la stessa Google ha infatti dovuto sviluppare successivamente versioni compatibili delle proprie *app* di navigazione (*Google Maps* e *Waze*).

Google si è perciò rifiutata di concedere l'accesso ad *Android Auto* da parte di Enel sulla base di preoccupazioni relative alla sicurezza della propria infrastruttura e ai dispendiosi costi in termini di risorse economiche, tecniche e umane, necessarie per sviluppare un *template* specifico volto a integrare l'*app JuicePass* nell'ecosistema di *Android Auto*.

L'AGCM, dopo avere accertato la violazione dell'art. 102 TFUE, ha condannato Google, tra l'altro, al rilascio della versione definitiva di un *template* che consenta lo sviluppo di *app* per la ricerca di colonnine di ricarica elettrica, quale appunto *JuicePass*, e al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria pari a euro 102.084.433,91 [3].

All'esito del procedimento amministrativo, Google ha impugnato il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM avanti il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il quale ha tuttavia respinto il ricorso [4]. La sentenza di primo grado è stata quindi appellata avanti la VI Sezione del Consiglio di Stato, che ha sospeso il processo d'appello *ex* artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c., per procedere con un rinvio pregiudiziale composto da cinque quesiti alla Corte di Giustizia [5].

Il 23 aprile 2024 si è svolta l'udienza pubblica di discussione dinanzi alla Grande Sezione della Corte di Giustizia, il 5 settembre 2024 l'AG MEDINA ha presentato le proprie Conclusioni nella causa C-233/23 [6] e il 25 febbraio 2025 si è pronunciata con sentenza la Corte di Giustizia [7].

2. Il primo quesito pregiudiziale. La nascita della dottrina *Android Auto*

Il primo quesito pregiudiziale rappresenta il cuore della sentenza *Android Auto*. In particolare, il giudice italiano domanda se, ai fini dell'integrazione del requisito dell'indispensabilità del rifiuto di fornitura ai sensi dell'art. 102 TFUE, l'accesso debba essere considerato indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l'accesso sia indispensabile per un utilizzo più conveniente dei prodotti o dei servizi offerti dall'impresa richiedente l'accesso.

Nel rispondere a questo primo quesito, la Corte di Giustizia, che recepisce le Conclusioni dell'AG MEDINA [8], intende distanziarsi dalla soluzione a cui giunse nel 1998 con la sentenza *Bronner*, poiché sono differenti le caratteristiche fattuali delle due vicende, che giustificherebbero pertanto un mutamento del quadro giuridico applicabile. Difatti, mentre nel caso *Bronner*, l'infrastruttura indispensabile in questione – relativa alla distribuzione dei quotidiani da parte

[3] AGCM, delibera A529, 27 aprile 2021, n. 29645.

[4] TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 luglio 2022, n. 10147.

[5] Cons. Stato, Sez. VI, 7 aprile 2023, ord. n. 3584.

[6] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024.

[7] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*.

[8] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 27-48.

del gruppo Media Print – era di esclusivo beneficio all'impresa in posizione dominante [9], nel caso qui in commento, il *template Android Auto* è stato sviluppato nell'ottica di consentire l'impiego di questa piattaforma digitale anche da parte di imprese terze [10].

Per tale ragione, il requisito dell'indispensabilità ai sensi dell'art. 102 TFUE degrada a fronte di un'infrastruttura che sia stata concepita per non essere di esclusivo beneficio dell'impresa sviluppatrice [11]. Di conseguenza, viene meno una delle tre condizioni sancite dalla sentenza *Bronner* ai fini della valutazione di un abuso di posizione dominante, rendendo più agevole la contestazione da parte dell'autorità pubblica.

Non si può fare a meno di evidenziare come il mutamento del dato giuridico di riferimento meriti una particolare attenzione, anche alla luce delle conseguenze che, come si dirà, discendono sotto il profilo rimediale. Per il momento, ci si potrebbe interrogare sulla postura che la sentenza assume nell'attuale quadro del diritto della concorrenza. Infatti, si potrebbe ritenere che la sentenza *Android Auto* sia enunciatrice di un'autonoma dottrina, distinta e diversa da quella dell'*essential facility doctrine*, che si radica a partire dalla pronuncia *Bronner*. Difatti, mentre quest'ultima si regge saldamente sul requisito dell'indispensabilità, laddove quest'ultimo venga meno, sarebbe difficile iscrivere la sentenza *Android Auto* nell'alveo della medesima dottrina. Anzi, riconoscere un'autonomia alla dottrina *Android Auto* permetterebbe di fugare il rischio di frammentare in molteplici (ed eccessive) declinazioni la dottrina delle *essential facility*, che già conosce almeno tre diverse sorti applicative secondo il quadro giuridico delineato dalla sentenza *Bronner*, dalle pronunce *Magill*/*IMS Health* e dall'arresto *Microsoft I* [12].

Questa autonomizzazione non sarebbe poi avulsa dall'evoluzione delle più recenti tendenze giurisprudenziali, che hanno sempre più circoscritto l'applicazione della dottrina *Bronner*. Il precipitato concreto dell'*essential facility doctrine* è quello di imporre, in ragione della natura indispensabile dell'infrastruttura di cui si chiede l'accesso, obblighi a contrattare in capo all'impresa in posizione dominante. Tuttavia, tale imposizione deve avvenire eccezionalmente, per evitare che, nel lungo periodo, venga meno l'incentivo economico a innovare e a migliorare dell'impresa, a fronte della previsione di simili obblighi [13].

In linea con questo assunto, più recentemente, la giurisprudenza sovranazionale ha tuttavia avviato un percorso volto a escludere l'applicabilità della dottrina *Bronner* ogniqualvolta un simile incentivo sia stato rimosso in conseguenza di altri fattori [14]. Così, la giurisprudenza della Corte ha escluso l'applicazione della dottrina delle *essential facility* in presenza di un obbligo regolatorio di dare accesso [15], ovvero di una condotta volontaria dell'impresa di

---

[9] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 40.

[10] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 44. Per un primo sguardo, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *Case C-233/23,* Android Auto *(I): How the Case Was Transformed before the Court of Justice*, in https://chillingcompetition.com/, 26 febbraio 2025, ora anche in *EU Law Live*.

[11] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 47.

[12] Cfr. *supra*, sez. 1, nota 2.

[13] Conclusioni dell'AG JACOBS nella causa C-7/97, *Bronner*, presentate il 28 maggio 1998, pt. 57.

[14] Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Baltic Rail*, pt. 86-89. Più ampiamente sul punto, si veda G. COLANGELO, *The EU Essential Facilities Doctrine After Android Auto: A Wild Card Without Limiting Principles?*, in *CMLRev.*, vol. 62, n. 5, 2025, pp. 1-28.

[15] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom*, pt. 50-57.

concedere l'accesso [16], o ancora quando una simile infrastruttura sia stata sviluppata grazie a fondi pubblici [17]. In tutte queste ipotesi, l'accesso è garantito vuoi volontariamente, vuoi in virtù di un obbligo già previsto dalla legge, e non verrebbe minato in alcun modo l'incentivo a investire, già considerato ed eventualmente perequato secondo valutazioni *ex ante.*

Del pari, la dottrina *Android Auto* si collocherebbe in questa progressiva limatura della dottrina delle *essential facility* e costituirebbe un'ulteriore ipotesi in cui la dottrina *Bronner* non possa trovare applicazione, in quanto sarebbe assente l'incentivo economico di un'impresa in posizione dominante a realizzare un'infrastruttura non indispensabile, che è invece concepita in sé per la sua utilizzazione da parte di imprese terze [18].

Eppure, sono queste stesse limature che pongono l'interprete di fronte alla domanda se il precedente che viene preso in esame sia stato superato (*overruling*), ovvero sia stato affiancato da una nuova *ratio decidendi*, che si confarebbe a circostanze anche solo in parte diverse (*distinguishing*) [19]. In effetti, è stato osservato come la Corte di Giustizia preferisca procedere con progressive rifiniture, anziché con veri e propri *overruling*, cercando di colmare i vuoti là dove l'applicazione del diritto della concorrenza non appaia più coerente [20].

Per tale ragione, la dottrina *Android Auto* non dovrebbe essere considerata come un *overruling* della sentenza *Bronner*, quanto più una sua rifinitura, che precisa l'applicazione del diritto della concorrenza per il caso in cui una piattaforma sia stata concepita per un uso non esclusivo da parte dell'impresa in posizione dominante. Di conseguenza, la sentenza *Android Auto*, anziché superare la pronuncia *Bronner*, sembra ritagliare, nel limarla, un proprio spazio applicativo autonomo, contiguo ma diverso rispetto a quello della seconda, configurandosi appunto quale *distinguishing*. Viceversa, la dottrina *Bronner* dovrebbe continuare a trovare applicazione solo nell'alveo delle *essential facility*, quando cioè un'infrastruttura possa effettivamente dirsi indispensabile.

3. Il primo quesito pregiudiziale. I rimedi imponibili alla violazione del diritto della concorrenza

L'ulteriore conseguenza che deriva dalla risoluzione del primo quesito pregiudiziale è quella che ammette un maggiore agio a favore della Corte di Giustizia nel riconoscere, una volta che sia stato accertato l'abuso di posizione

[16] Corte di Giustizia, 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, *Van den Bergh Foods*, pt. 137.

[17] Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Baltic Rail*, pt. 87.

[18] R. O'Donoghue-J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, III ed., Londra, pp. 603-612.

[19] T. Tridimas, *Precedent and the Court of Justice. A Jurisprudence of Doubt?*, in J. Dickson-P. Eleftheriadis (a cura di), *Philosophical Foundations of EU Law*, Oxford, 2012, pp. 307-330, che distingue le ipotesi di «*(explicit or implicit) overruling*» da quelle di «*distinguishing*» tra pronounce con *rationes decidendi* contigue, secondo un criterio ipotetico in base al quale si avrebbe un *distinguishing* se «[…] *the legal principle articulated in the earlier case law still holds valid*». Evidenzia poi l'A. che il precedente, nel diritto dell'Unione europea, presenta una natura per lo più «*interpretative*», salvo il caso in cui una pronuncia venga resa all'esito di un rinvio pregiudiziale, in quanto, nel produrre effetti esterni, presenterebbe una natura «*quasi-normative*».

[20] Così, P. Ibáñez Colomo, *The (Second) Modernisation of Article 102 TFEU: Reconciling Effective Enforcement, Legal Certainty and Meaningful Judicial Review*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIV, n. 8, 2023, pp. 608-623, spec. pp. 609-610.

dominante, l'imposizione di obblighi a contrattare [21]. Si tratta di oneri la cui imposizione è tradizionalmente considerata con cautela dalla giurisprudenza [22], poiché, sulla scorta dell'imperituro insegnamento dell'AG JACOBS, incidono sulla libertà di iniziativa economica e sul diritto di proprietà dell'impresa dominante, limitando, come ricordato, l'incentivo a innovare della stessa. Di conseguenza, il requisito dell'indispensabilità, rigoroso nella sua prova e nel suo accertamento, ha da sempre rappresentato una barriera di contenimento, per arginare un'imposizione eccessivamente ampia di questi obblighi [23].

Come noto, l'art. 7, par. 1, secondo periodo, regolamento (CE) n. 1/2003, attribuisce alla Commissione il potere di adottare «[…] tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa» [24]. Si tratta di una norma che attribuisce una «delega in bianco» [25], in quanto ammette la previsione generale di mezzi riparatori che non sono tuttavia precisamente previsti dalla norma attributiva del potere, lasciando ampio spazio all'autorità pubblica per la loro determinazione in concreto [26].

La stessa Corte di Giustizia ha di sovente allargato le maglie della configurabilità di simili rimedi [27], funzionalizzati a cessare gli effetti dell'infrazione ed evitarne la ripetizione [28]. È stato così previsto che gli strumenti rimediali imponibili da parte dell'autorità garante della concorrenza siano di ampia natura, sia negativa (*cease-and-desist*) sia positiva, dal carattere non solo comportamentale ma anche strutturale [29], per porre fine agli effetti concorrenziali provocati da condotte anche già inibite [30].

Pertanto, a fronte di tali ampi poteri, secondo uno schema analogo a quello nazionale del controbilanciamento della de-quotazione della legalità sostanziale

---

[21] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 41, che richiama Corte di Giustizia, 25 marzo 2011, causa C-152/19 P, pt. 46; Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, causa C-48/22, *Google Shopping*, pt. 91.

[22] Per un'introduzione al tema e alla connessa difficoltà di modellare i rimedi in reazione all'abuso di posizione dominante, si veda I. LIANOS, *Competition Law Remedies. In Search of a Theory*, in I. LIANOS-D.D. SOKOL (a cura di), *The Global Limits of Competition Law*, Stanford, 2012, pp. 177-201.

[23] Conclusioni dell'AG JACOBS nella causa C-7/97, *Bronner*, presentate il 28 maggio 1998, pt. 57.

[24] Si veda altresì il considerando 12 del regolamento (CE) n. 1/2003. Sul tema, si rinvia a B. LOERTSCHER-F. MAIER-RIGAUD, *On the Consistency of the European Commission's Remedies Practice*, in D. GERARD-A. KOMNINOS (a cura di), *Remedies in EU Competition Law. Substance, Process and Policy*, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 53-72.

[25] Sia consentito prendere in prestito una nozione impiegata nella giurisprudenza amministrativa italiana relativa in particolare alle autorità amministrative indipendenti, su cui si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2021, n. 4169, pt. IV; Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, pt. 3.1.1. Più ampiamente, per uno sguardo sovranazionale e comparato, sui limiti della delega al potere amministrativo, si veda G. MAJONE, *Two Logics of Delegation. Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *Eur. Un. Pol.*, vol. 2, n. 1, 2001, pp. 103-122.

[26] Così M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina* antitrust, Milano, 1998, pp. 299-319.

[27] Si veda, per esempio, Tribunale dell'UE, 14 maggio 1998, causa T-310/94, *Gruber + Weber*, pt. 165.

[28] Corte di Giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO*, pt. 155.

[29] Corte di Giustizia, 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents*, pt. 45-46.

[30] Corte di Giustizia, 4 marzo 1999, causa C-119/97 P, *UFEX*, pt. 94, che viene considerato come una base giuridica per l'esercizio di poteri rimediali da parte di P. HELLSTRÖM-F. MAIER-RIGAUD-F. WENZEL BULST, *Remedies in European Antitrust Law*, in *Antitr. L. J.*, vol. 76, n. 1, 2009, pp. 43-63, spec. p. 58.

con quella procedimentale [31], l'art. 27, par. 1, regolamento (CE) n. 1/2003 stabilisce che, prima di adottare una decisione *ex* art. 7, «[…] la Commissione dà modo alle imprese e associazioni di imprese oggetto del procedimento avviato dalla Commissione di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa. La Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite. I ricorrenti sono strettamente associati al procedimento».

Senonché, queste garanzie partecipative potrebbero non essere pienamente soddisfacenti. Difatti, l'autorità garante della concorrenza si ritrova sempre più spesso a ordinare rimedi di natura positiva, che impongono spesso un *facere*, anziché un *non facere*, con l'esigenza di una costante esigenza di monitorare *ex post*, a procedimento concluso, la corretta implementazione di quel rimedio, al pari di una qualsiasi autorità di regolazione [32]. Si assiste dunque a una ibridazione dei rimedi azionabili [33], poiché la distinzione tra quelli di diritto *antitrust*, tradizionalmente reattivi, e quelli propri della regolazione, tipicamente proattivi [34], non sembra più tenere nell'attuale quadro [35].

Il precipitato concreto di questo offuscamento emerge nel mercato digitale [36], come sembra suggerire la stessa vicenda *Android Auto*, rispetto alla quale l'AG MEDINA [37] sottolinea come la questione si sarebbe diversamente atteggiata se la norma invocata non fosse stata l'art. 102 TFUE, bensì le disposizioni del DMA [38].

Effettivamente, ai sensi dell'art. 6, par. 4, DMA, «[i]l *gatekeeper* consente, anche a livello tecnico, l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni *software* o di negozi di applicazioni *software* di terzi che utilizzano il suo sistema operativo o che sono interoperabili con esso e consente l'accesso a tali applicazioni *software* o negozi di applicazioni *software* con mezzi diversi dai pertinenti servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*». Ancora più precisamente, in virtù dell'art. 6, par. 7, DMA, «[…] il *gatekeeper* consente, a titolo gratuito, agli utenti commerciali e ai fornitori alternativi di servizi forniti contestualmente o in ausilio

---

[31] M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2022, pp. 25-36.

[32] Sulle diverse tipologie di rimedi che l'*enforcer* pubblico può ordinare, si veda C. RITTER, *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. VII, n. 9, 2016, pp. 587-598.

[33] In termini di ibridazione, si è espressa M. IOANNIDU, *'Responsive' Remodelling of Competition Law Enforcement*, in *Oxf. J. Leg. St.*, vol. 40, n. 4, 2020, pp. 846-877.

[34] Su tale distinzione, alla luce della più ampia cornice normativa della separazione dei poteri dello Stato, si rinvia a N. DUNNE, *Competition Law and Economic Regulation. Making and Managing Markets*, Cambridge, 2015, pp. 79-93.

[35] Sul superamento di questa rigida distinzione, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *'Regulatory' and 'Antitrust' Remedies in EU Competition Law*, in D. GERARD-A. KOMNINOS (a cura di), *Remedies*, cit., pp. 73-93. Sulla maggiore «*creativity*» da parte della Commissione per la configurazione dei rimedi, si rinvia a F. BOSTOEN-D. VAN WAMEL, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIV, n. 8, 2023, pp. 540-552, spec. pp. 541-543.

[36] Sul tema, si veda D. MANDRESCU, *Designing (Restorative) Remedies for Abuses of Dominance by Online Platforms*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. XIII, n. 2, 2025, pp. 353-389, che mette in luce la difficoltà di configurare rimedi ripristinatori, soprattutto di carattere strutturale, a partire dal diritto della concorrenza in relazione agli abusi di posizione dominante.

[37] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 6.

[38] P. IBÁÑEZ COLOMO, *Remedies in EU Antitrust Law*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XXI, n. 2, 2025, pp. 133-162, spec. pp. 158-159, che guarda non a caso proprio al DMA, anziché agli artt. 101 e 102 TFUE, per giustificare un'applicazione di rimedi tipicamente regolatori da parte della Commissione. L'altra via prospettata sarebbe quella di ricorrere all'istituto degli impegni *ex* art. 9, regolamento (CE) n. 1/2003.

ai servizi di piattaforma di base, l'effettiva interoperabilità, nonché l'accesso ai fini dell'interoperabilità, con lo stesso sistema operativo e le stesse componenti *hardware* o *software* che sono disponibili per il *gatekeeper*, o da esso utilizzati, al momento della fornitura di tali servizi, a prescindere dal fatto che tali componenti siano parte del sistema operativo» [39].

L'interoperabilità rinvia dunque all'accesso a una piattaforma di base, che è stata concepita – e in questo è suscettibile di essere appunto interoperabile – nell'ottica di essere impiegata anche da terze parti. Naturalmente, non si può non notare l'avvicinamento con la soluzione prospettata dalla sentenza *Android Auto*. La differenza è tuttavia sensibile, poiché, se nel primo caso ricorre una più chiara base normativa, che impone un obbligo *ex ante* in capo al *gatekeeper*, nel secondo caso la soluzione è frutto di un arresto giurisprudenziale, che, per quanto possa avere anche sol implicitamente fatto ricorso al DMA, *crea* un rimedio *ex post* nell'applicare l'art. 102 TFUE.

Le simmetrie sono ancora più lampanti soltanto se si considera che il *gatekeeper* individuato dal DMA possa essere al tempo stesso anche un'impresa in posizione dominante. Basti pensare al caso di Google (*rectius*, Alphabet), operatore economico sanzionato ai sensi dell'art. 102 TFUE dall'AGCM nella fattispecie *de qua*, che è stato designato come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 3 DMA, tra l'altro, proprio con riguardo al sistema operativo *Google Android* [40].

Di conseguenza, se Alphabet può essere al tempo stesso *gatekeeper* ai fini del DMA e impresa in posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE, del pari il suo sistema operativo potrà essere una piattaforma rilevante ai fini dell'applicazione del DMA e un'infrastruttura (anche non indispensabile) ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza. Questa sovrapposizione di piani pone anzitutto problemi di *ne bis in idem ex* art. 50 della Carta dei diritti fondamentali [41] e richiede un coordinamento applicativo tra diritto della concorrenza e regolazione, i quali «[…] perseguono obiettivi legittimi distinti» [42]. Coglie allora nel segno la puntualizzazione dell'AG MEDINA nel prospettare la rilevanza applicativa del DMA alla fattispecie *de qua*.

D'altra parte, la soluzione elaborata alla luce dell'art. 102 TFUE desta però qualche preoccupazione tanto per l'impresa in posizione dominante quanto per quella richiedente. Da un lato, l'imposizione dell'obbligo a contrattare, sganciato dall'accertamento dell'indispensabilità, e non assistito da una preventiva tipizzazione per legge, si risolve in una significativa ingerenza per l'impresa in posizione dominante sulla sua libertà di impresa e sul suo diritto di proprietà, riconosciuti rispettivamente dall'art. 16 [43] e dall'art. 17 [44] Carta dei diritti fondamentali, ma

---

[39] Sulle due disposizioni richiamate, si rinvia a K. BANIA-T. KARANIKIOTI, *The DMA's Obligations Susceptible of Further Specification*, in K. BANIA-D. GERADIN, *The Digital Markets Act. A Guide to the Regulation of Big Tech in Europe*, Oxford, 2025, pp. 173-235, spec. pp. 184-188, 198-202.

[40] Commissione europea, 5 settembre 2023, decisione C/2023/549 con commento di F.M. SCOTT MORTON, *Digital Market Act Designations: The Interoperability of Google Android*, 8 novembre 2023, in www.bruegel.org.

[41] J. TOMKIN, *Article 50*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter*, cit., pp. 1509-1551, spec. pp. 1514. In particolare, nella materia *antitrust*, si veda, *ex multis*, Corte di Giustizia, 14 settembre 2023, causa C-27/22, *Volkswagen c. AGCM*, pt. 44.

[42] Corte di Giustizia, 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost*, pt. 44, nonché, più ampiamente sul punto, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *The New EU Competition Law*, Oxford, 2023, pp. 73-99.

[43] M. EVERSON-R. CORREIA GONÇALVES, *Article 16*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, II ed., Oxford, 2022, 463-488.

[44] F. WOLLENSCHLÄGER, *Article 17(1)*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter*, cit., pp. 489-518.

anche dall'art. 41 Cost. [45]. Dall'altro lato, non appare sufficientemente appagante il controbilanciamento rappresentato dal pagamento da parte dell'impresa richiedente l'accesso all'infrastruttura di un corrispettivo «equo e proporzionato» a favore dell'impresa in posizione dominante che si presti a sviluppare un *template* per l'interoperabilità con *app* terze, al fine di remunerare le risorse di cui la seconda deve dotarsi per conseguire tale esito [46]. In effetti, in virtù di una parametrazione secondo i laschi principi dell'equità e della proporzionalità (c.d. *principles-based approach*) [47], si corre il rischio che l'impresa in posizione dominante consegua per altra via, tramite un contratto iniquo e sproporzionato, il medesimo rifiuto che si intende così evitare [48], con la conseguente necessità di intervenire di nuovo e in un secondo momento in sede di *enforcement* [49].

Il timore, che sottende all'eliminazione del requisito di indispensabilità, considera dunque il pericolo che il piano dell'efficacia del rimedio elaborato in sede giurisprudenziale venga confuso e sovrapposto con quello della sua validità, sganciato com'è – a differenza del DMA – da una più precisa norma attributiva del potere [50]. Da un lato, ciò aggrava il mandato dell'autorità garante della concorrenza, che è chiamata a verificare, al pari di un'autorità di regolazione, che il rimedio imposto abbia conseguito lo scopo per cui era stato predisposto [51]. Dall'altro lato, l'introduzione per via giurisprudenziale di rimedi proattivi elude la valutazione dell'impatto economico, meglio conducibile *ex ante* da un regolatore, per verificare, per esempio, se l'eliminazione del requisito dell'indispensabilità di una piattaforma sviluppata per un uso non esclusivo sia neutra (o meno) per gli interessi, pubblici e privati, in gioco [52].

---

[45] M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2008, pp. 121-162; F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, fasc. 1, 1992, pp. 3-24.

[46] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 74-76.

[47] P. Ibáñez Colomo, *Remedies*, cit., spec. pp. 151-152, 155-158. Talora si ritiene infatti che sia economicamente più vantaggioso rimettere all'impresa la definizione del rimedio ottimale, in quanto essa stessa conosce meglio dell'*enforcer* pubblico la propria struttura di *business*. Per una ricognizione di questa prassi e dell'esigenza di un suo superamento, si veda N. Dunne, *A 'Tunney Act for Europe'? Settlement and the Re-Judicialisation of European Commission Competition Enforcement*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 11, n. 8, 2020, pp. 423-429.

[48] V. Meli, *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema della eterodeterminazione del prezzo*, in G. Olivieri-A. Zoppini, *Contratto e* antitrust, Roma-Bari, 2008, pp. 43-70, spec. pp. 60-68.

[49] La Corte di Giustizia ha stabilito che costituisce comunque un abuso *ex* art. 102 TFUE l'accesso a un'infrastruttura che sia soggetta a «pratiche inique» sul mercato a valle (come potrebbe essere, per esempio, la determinazione del prezzo da pagare quale corrispettivo affinché imprese terze possano assicurarsi l'accesso all'infrastruttura). Su tale rilievo, si veda Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom*, pt. 50.

[50] Sotto questo profilo, si veda J. Lindeboom, *Formalism in Competition Law*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 18, n. 4, 2022, pp. 832-880, spec. pp. 834-835, 877-878, che rifugge da una nozione peggiorativa di formalismo, per affermarne l'essenza di un «*decision-making constrained by rules*».

[51] V. Turner, *Regulation 2: Remedies in Antitrust Cases under EU Competition Law*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XI, n. 8, 2020, pp. 430-436, spec. pp. 432-433, che evidenzia come «[…] *the Commission (unlike in merger control) has never undertaken a systematic review of the antitrust remedies it has*», soprattutto alla luce di talune vicende, come quella del caso *Microsoft I* (cfr. Tribunale dell'UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft I*). Su tali profili, si rinvia a N. Petit-N. Neyrinck, *Back to* Microsoft I *and* II*: Tying and the Art of Secret Magic*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. iI, n. 2, 2011, pp. 117-121; C. Ahlborn-D.S. Evans, *The* Microsoft *Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, in *Antitr. L. J.*, vol. 75, n. 3, 2009, 887-932.

[52] G. Monti, *The* Android Auto *Judgment: Every Road Leads Back to* Magill (30 marzo 2025), disponibile a www.ssrn.com.

4. Il secondo quesito pregiudiziale. La concorrenza basata sui meriti, il principio AEC e la tutela del benessere dei consumatori

Con il secondo quesito pregiudiziale, il giudice amministrativo italiano domanda alla Corte di Giustizia se il fatto che i concorrenti di un'impresa in posizione dominante, che abbia rifiutato di garantire l'accesso alla propria piattaforma a fini di interoperabilità delle *app* sviluppate da terze parti, siano rimasti comunque attivi sul mercato, pur in mancanza di detta interoperabilità, sia sufficiente a scriminare la violazione dell'art. 102 TFUE.

Nel rispondere a tale domanda, la Corte di Giustizia conferma che l'accertamento di una condotta posta in violazione dell'art. 102 TFUE è indipendente dall'«esito fruttuoso» dell'abuso, e quindi favorevole per l'impresa in posizione dominante che abbia abusato della propria collocazione sul mercato [53]. Ne discende che l'autorità garante della concorrenza può accertare una violazione dell'art. 102 TFUE a prescindere dalla mancanza di effetti anticoncorrenziali della condotta contestata, purché l'accertamento sia comunque basato «[…] su elementi di prova tangibili, che dimostrino, al di là della mera ipotesi, la capacità effettiva, della prassi in questione di produrre tali effetti […]» [54].

In altre parole, potrebbero pure mancare in concreto gli effetti anticoncorrenziali a danno dei concorrenti, con la conseguenza che questi ultimi potrebbero essere rimasti attivi sul mercato nonostante l'abuso perpetrato, ma la valutazione della condotta ai sensi dell'art. 102 TFUE deve comunque fondarsi sulla «[…] capacità di restringere la concorrenza basata sui meriti nonostante la sua mancanza di effetti […]» [55]. La permanenza sul mercato dei concorrenti potrebbe essere infatti dettata da «cambiamenti sopravvenuti nel mercato rilevante» rispetto al momento in cui è stata realizzata la condotta abusiva, ovvero dall'«incapacità dell'impresa in posizione dominante di attuare con successo la strategia all'origine di un comportamento del genere», che resta comunque abusivo [56].

Tale conclusione viene affermata nella cornice normativa della concorrenza basata sui meriti, in virtù della quale costituisce un abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE quella condotta che, facendo ricorso a mezzi diversi da quelli che regolano la concorrenza basata sui meriti [57], provoca effetti anticoncorrenziali sul mercato. In particolare, questi ultimi vengono parametrati alla luce del principio del concorrente altrettanto efficiente (principio AEC) [58], in base

---

[53] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 55, che richiama Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, pt. 53.

[54] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 57, che richiama Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia*, pt. 42.

[55] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 56, che richiama Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia*, pt. 41.

[56] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 56-57, che richiama ancora Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, pt. 54. Un ragionamento in simili termini si trovava già nelle Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 49-57.

[57] *Ex multis*, più di recente, Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google Shopping*, pt. 87-88; Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia*, pt. 73; Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, pt. 76. In dottrina, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition on the Merits*, in *CMLRev.*, vol. 61, n. 2, 2024, pp. 387-416.

[58] Il principio AEC, su cui si veda A. BARBERA-N. FAJARDO ACOSTA-T. KLEIN, *The Role of the AEC Principle and Tests in a Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of*

al quale, e a chiusura del cerchio, la violazione della concorrenza basata sui meriti si realizza soltanto qualora l'abuso di posizione dominante abbia «[…] come effetto concreto o potenziale di limitare tale concorrenza, escludendo imprese concorrenti altrettanto efficaci dal mercato o dai mercati interessati o impedendo il loro sviluppo su tali mercati […]» [59].

Come noto, il principio AEC è stato sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Post Danmark I*, per dare espressione a un'efficienza produttiva, in forza della quale «[…] *low-cost producers undersell and thereby displace the less efficient*» [60]. Senonché, la dottrina, in particolare quella economica, ha negli ultimi tempi dubitato sempre più del ruolo del principio del concorrente altrettanto efficiente, che sarebbe non più in linea con l'analisi economica [61]. Tanto è vero che la stessa Corte di Giustizia [62], al pari della Commissione [63], ha talora riconosciuto l'importanza, da un punto di vista della pressione concorrenziale, della presenza sul mercato di concorrenti meno efficienti.

Ciò si verifica in particolare nel mercato digitale, la cui struttura, la presenza di effetti di rete (diretti o indirette) e il ricorrere di economie di scala impediscono ai concorrenti dell'operatore in posizione dominante di conseguire i medesimi esiti di quest'ultimo, pure in assenza di un abuso concorrenziale, risultando perciò meno efficienti [64]. Per tale ragione, onde evitare errori di *under-enforcement*, è doveroso considerare gli effetti anticoncorrenziali che simili pratiche possono provocare anche con riguardo ai concorrenti meno efficienti [65], tenendo in considerazione il processo concorrenziale nella sua dinamicità [66] e alla luce della «particolare responsabilità» che grava in capo a ogni impresa in posizione dominante [67].

Dominance, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIV, n. 8, 2023, pp. 582-594, deve essere tenuto distinto dall'omonimo criterio AEC, per il quale si rinvia a D.J. NEVEN, *The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIV, n. 8, 2023, pp. 567-572.

[59] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 54, che richiama Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, *Google Shopping*, causa C-48/22 P, pt. 165.

[60] P. AREEDA-L. KAPLOW-A. EDLIN-C.S. HEMPHILL, *Antitrust Analysis. Problems, Text, and Cases*, VIII ed., Boston, 2022, p. 5.

[61] M. GRILLO, *Market Competition*, *Efficiency and Economic Liberty*, in *Int. Rev. Ec.*, vol. 70, n. 4, 2023, pp. 449-452.

[62] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, pt. 60.

[63] Commissione europea, 24 febbraio 2009, 2009/C 45/02, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, par. 24.

[64] P. IBÁÑEZ COLOMO, *The (Second) Modernisation*, cit., spec. pp. 616-617.

[65] A.C. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford, 2016, pp. 227-228, nonché, più ampiamente, per alcuni rilievi critici del c.d. *more economics-based approach*, si vedano P. IBÁÑEZ COLOMO, *Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, in *CMLRev.*, vol. 53, n. 3, 2016, pp. 709-713; J. BLOCKX, *The Limits of the 'More Economic' Approach to Antitrust*, in *Worl. Comp.*, vol. 42, n. 4, 2019, pp. 475-496; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Whatever Happened to the 'More Economics-Based Approach'*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XI, n. 9, 2020, pp. 473-474; P. VAN WIJCK, *Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 17, n. 1, 2021, pp. 1-22; F. DENOZZA, *Prima della tempesta. Equilibrio*, *mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Oss. dir. civ. comm.*, fasc. 1, 2022, pp. 65-69.

[66] L. MCCALLUM-I. BERNAERTS-M. KADAR-J. HOLZWARTH-D. KOVO-M. LAGRUE-E. LEDUC-L. MANIGRASSI-J.M. RAMOS-I. PEREIRA ALVES-V. POZZATO-P. STAMOU, *A Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance*, *Competition Policy Brief no. 1/2023* (marzo 2023), pp. 1-18, spec. p. 5.

[67] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google Shopping*, pt. 163; Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*,

Nel caso qui commentato, la circostanza che i concorrenti di Google sul mercato delle *app* di navigazione, in cui rientra anche *JuicePass*, siano rimasti sul mercato, o addirittura abbiano rafforzato la propria presenza, non vale a escludere l'assenza di effetti anticoncorrenziali derivanti dal rifiuto di concedere l'accesso alla piattaforma *Android Auto*, che devono essere invece accertati dal giudice del rinvio [68].

Pertanto, nell'analisi di un possibile abuso di posizione dominante è inconferente il fatto che un'impresa terza, che abbia richiesto l'accesso a un'infrastruttura non indispensabile, sia già attiva sul mercato e abbia continuato a crescere ugualmente per tutto il periodo del presunto abuso, oppure che i concorrenti dell'impresa dominante abbiano continuato a operare sul mercato [69]. Il giudice sovranazionale sembra dunque affermare che è ben possibile che una pressione concorrenziale sia stata comunque esercitata, come appunto la capacità di attenuare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal prodursi effetti anticoncorrenziali, ma ciò non potrebbe giustificare l'abuso posto in essere, poiché una violazione della concorrenza basata sui meriti si è comunque consumata con la constatazione che la condotta produca effetti anticoncorrenziali (reali o potenziali) [70].

Sotto il medesimo profilo, ciò che appare abbastanza peculiare è il costante riferimento dell'AG MEDINA [71] e della Corte di Giustizia [72] agli effetti pregiudizievoli che l'abuso di posizione dominante dovrebbe comportare a danno dei consumatori. Difatti, parte della dottrina [73] ha da tempo osservato come il diritto della concorrenza debba in realtà essere funzionalizzato alla tutela della struttura e del processo concorrenziale [74]. Senonché, la tutela del benessere dei consumatori è invece agganciata all'applicazione del principio AEC, che si intende però superabile (almeno nel mercato digitale), nella misura in cui ritiene plausibile la «[…] sparizione dal mercato o […] l'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione» [75].

Di conseguenza, o si ritiene che, grazie alla nozione della concorrenza basata sui meriti, la tutela del benessere dei consumatori sia di nuovo centrale per il diritto della concorrenza [76], oppure si dovrebbe considerare il pregiudizio

---

pt. 128 Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK)*, pt. 153. Sul ruolo della responsabilità come fattore rilevante per la regolazione, si veda M.-A. FRISON-ROCHE, *Le contrat e la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique*, in *Rév. trim. dr. civ.*, n. 1, 1998, pp. 43-56.

[68] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 59-60.

[69] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 58.

[70] Sulla rilevanza degli effetti attuali o potenziali, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. XVII, n. 2, 2020, pp. 309-363, spec. pp. 313, 323-325.

[71] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 32, 46, 48, 56.

[72] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 37, 42, 43, 51, 83.

[73] Si vedano, *ex multis*, F. DENOZZA, Consumer welfare *e* shareholder value*: le comuni radici, i limiti e i difetti di due teorie neoliberali*, in *Oriz. dir. comm.*, fasc. 3, 2023, pp. 587-629; H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in *Mich. L. Rev.*, vol. 84, n. 2, 1985, pp. 213-284; nonché, più ampiamente, E.M. FOX-L.A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From – Where Are We Going*, in *N. Y. L. Rev.*, vol. LXII, 1987, 936-988.

[74] In tal senso, anche Tribunale dell'UE, 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel*, pt. 105.

[75] Corte di Giustizia, 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel*, pt. 134, confermato anche da Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, pt. 73.

[76] C. FUMAGALLI-M. MOTTA, *Economic Principles for the Enforcement of Abuse of Dominance*

arrecato ai consumatori dagli effetti anticoncorrenziali come un danno indiretto e mediato rispetto al detrimento provocato al processo concorrenziale, che resterebbe invece centrale [77]. Forse la seconda soluzione appare quella più feconda, poiché altrimenti si sarebbe indotti non solo a riportare in vita teorie economiche in disuso, ma si causerebbe un'applicazione fuori misura del principio AEC, che trova oggi una modesta spendibilità, soprattutto allorché si consideri il mercato digitale [78].

5. Il terzo e il quarto quesito pregiudiziale. L'onere della prova e le giustificazioni oggettive

Con la terza e la quarta domanda pregiudiziale, il giudice del rinvio domanda alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'operatività delle giustificazioni oggettive che un'impresa in posizione dominante può legittimamente addurre per scriminare la condotta consistente nel rifiutare l'accesso alla propria piattaforma, e quale sia l'onere della prova di detta impresa e dall'autorità nazionale garante della concorrenza che muove la contestazione di violazione del diritto concorrenziale [79].

In prima battuta [80], quanto alle giustificazioni oggettive, la Corte ricorda, sulla scorta di una giurisprudenza oramai consolidata, che anche una condotta posta in violazione dell'art. 102 TFUE possa essere scriminata sulla base di giustificazioni oggettive, al pari di quel che accade per una contestazione ai sensi dell'art. 101 TFUE [81]. È infatti oramai confermato che, sebbene l'art. 102 TFUE non presenti un dettato testuale analogo all'art. 101, par. 3, TFUE, che consente appunto di scriminare la condotta illecita che presenti effetti positivi sul piano concorrenziale, tali giustificazioni debbano comunque trovare applicazione anche in relazione all'art. 102 TFUE [82].

Provisions, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. XX, n. 1-2, pp. 85-107, spec. pp. 89-90; B. Balasingham-A.S. D'Amico, *Beyond Exclusion: Revisiting Exploitative Abuses in Digital Platform Markets*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. XIII, n. 2, 2025, pp. 265-283, spec. pp. 279-280.

[77] J. Crémer-Y.-A. de Montjoye-H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era* (report for the European Commission), Bruxelles, 2019, pp. 40-42.

[78] In tal senso, si vedano X. Yan-H. Vedder, *Minimum Efficient Scale, Competition on the Merits, and the Special Responsibility of a Dominant Undertaking*, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. XIX, n. 1, 2022, pp. 123-145, spec. p. 127.

[79] Per vero, la Corte ha riformulato in parte la quarta questione, che verteva anche sul dubbio se l'impresa in posizione dominante, che riceve simultanee richieste di accesso, debba stabilire dei criteri oggettivi per esaminare in maniera ordinata queste plurime richieste. Tale profilo è stato ritenuto inammissibile, poiché non emerge dagli atti di causa che Google avesse ricevuto simultaneamente più richieste oltre a quella di Enel. Si veda sul punto Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 64-67.

[80] La Corte di Giustizia premette che, sebbene Google abbia sviluppato in un momento successivo alla richiesta da parte di Enel un *template* per lo sviluppo di versioni beta di *app* per la ricarica presso le colonnine elettriche, la terza e la quarta domanda pregiudiziale meritano comunque di essere scrutinate, in quanto un tale modello non esisteva fin dal momento dell'istanza di Enel. Si veda sul punto Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 62-63.

[81] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 70-71, che richiama Corte di Giustizia, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark I*, pt. 40; Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*, pt. 201. Su questi rilievi, si vedano altresì A. La Pergola-C. Ritter-G.C. Rizza, *Article 2. Burden of Proof*, in K. Dekeyser – C. Gauer-J. Laitenberger-N. Wahl-W. Wils-L. Prete (a cura di), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement. A Systematic Guide*, Alphen aan den Rijn, 2023, pp. 47-89.

[82] Conclusioni dell'AG Medina nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre

Sotto questo profilo occorre distinguere tra il «*legal burden*», che impone, in caso di *enforcement* pubblico, all'autorità amministrativa di allegare i fatti posti a fondamento della contestazione della violazione del diritto della concorrenza ai sensi dell'art. 2 regolamento (CE) n. 1/2003, sulla scorta della presunzione di innocenza [83], e l'«*evidentiary burden*», che riflette invece il principio dell'*onus probandi incubit ei qui dicit* [84].

Pertanto, a fronte della possibilità per un'impresa in posizione dominante di fornire delle giustificazioni oggettive, tale impresa potrà tentare di scriminare la propria condotta abusiva, offrendo una prova liberatoria relativa al nesso causale (*evidentiary burden*) [85], che avrebbe determinato l'insorgere di conseguenze pregiudizievoli a danno della concorrenza [86]. In effetti, la «particolare responsabilità» che grava sull'impresa in posizione dominante può essere definita come una responsabilità oggettiva, vale a dire un tipo di responsabilità che il legislatore riconosce in capo a un operatore per l'esercizio di un'attività economica socialmente rischiosa [87], senza che debba essere integrato l'elemento soggettivo (colpa o dolo) ai fini dell'imputabilità [88]. Ciò si giustifica anche alla luce della nozione oggettiva di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE che viene riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia [89].

Spetta quindi, sotto il profilo dell'onere della prova, all'impresa in posizione dominante dedurre argomenti e fornire elementi di prova per affermare il ricorrere di un'eventuale giustificazione oggettiva [90]. Viceversa, è compito dell'autorità

2024, pt. 60-61, così come sancito in definitiva da Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*, pt. 183-209. Per una ricostruzione dottrinale, si veda P.-J. LOEWENTHAL, *The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC*, in *World Comp.*, vol. XXVIII, n. 4, 2005, pp. 455-477.

[83] Sulla rilevanza che l'emergere dei diritti fondamentali ha giocato e gioca tutt'ora in materia di contestazione della violazione delle norme sulla concorrenza, si rinvia a M. BRONCKERS-A. VALERY, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Comp.*, vol. XXXIV, n. 4, 2011, pp. 535-570; A. ANDREANGELI, *The Public Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation No. 1/2003: Due Process Considerations*, in I. LIANOS-D. GERADIN, *Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure*, Cheltenham, 2013, pp. 138-180; C. RITTER, *Presumptions in EU Competition Law*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. VI, n. 2, 2018, pp. 189-212, nonché, per uno sguardo comparato con l'ordinamento giuridico statunitense, P.R. RICE-S.S. CUTTER, *Problems with Presumptions: A Case Study of the "Structural Presumption" of Anticompetitiveness*, in *Antitr. Bull.*, vol. XLVII, n. 4, 2002, pp. 557-570.

[84] T. VAN DER VIJVER, *Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of* Prima Facie *Dominance Abuses*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. IV, n. 2, 2013, pp. 121-133, spec. p. 123.

[85] U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, XIV ed., Milano, 2023, pp. 269-270.

[86] Tale analisi permane centrale nella giurisprudenza sovranazionale, come precisamente rilevato da R. DI GIOVANNI BEZZI, *Anticompetitive Effects and Allocation of the Burden of Proof in Article 102 Cases: Lessons from the* Google Shopping *Case*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIII, n. 2, 2022, pp. 112-124.

[87] In tal senso, si veda P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021, pp. 301-311. In questi termini si esprime anche Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, pt. 57, secondo cui l'impresa in posizione dominante «[…] è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune».

[88] Così P. IBÁÑEZ COLOMO, *Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. X, n. 7, 2019, pp. 424-438.

[89] Così Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, pt. 90. Più ampiamente, si veda anche P. AKMAN, *A Critical Inquiry into 'Abuse' In EU Competition Law*, in *Oxf. J. Leg. St.*, vol. XLIV, n. 2, 2024, pp. 405-433.

[90] Su tale profilo, si veda ancora T. VAN DER VIJVER, *Article 102 TFEU*, cit., spec. p. 122.

garante della concorrenza determinare se gli argomenti e gli elementi di prova allegati non siano sufficientemente convincenti per fondare l'esistenza di una giustificazione oggettiva [91]. In tal modo, si favorisce un maggiore contradditorio tra l'*enforcer* pubblico e l'operatore economico [92].

Nel caso *Android Auto*, la Corte, nel richiamare le Conclusioni dell'AG MEDINA [93], afferma che il rifiuto di concedere l'accesso a fini di interoperabilità a una piattaforma digitale può essere oggettivamente giustificato, allorché un simile accesso comprometterebbe «[…] di per sé e alla luce delle proprietà dell'applicazione per la quale è richiesta l'interoperabilità, l'integrità della piattaforma stessa o la sicurezza del suo utilizzo o sia impossibile per altre ragioni tecniche garantire tale interoperabilità sviluppando detto modello» [94].

Pertanto, in assenza di ragioni tecniche o relative alla sicurezza e all'integrità della piattaforma, l'inesistenza di un *template* o la difficoltà nel suo sviluppo non possono essere elevate a giustificazioni oggettive per scriminare l'illecito anticoncorrenziale. Del pari, costituisce indizio di una condotta non oggettivamente giustificabile il silenzio che l'impresa dominante riserva alla richiesta di una parte terza [95]. Spetta naturalmente all'AGCM, secondo la Corte, verificare se gli argomenti e gli elementi di prova allegati da Google siano convincenti o meno per stabilire se il rifiuto opposto a Enel sia oggettivamente giustificabile [96].

6. Il quinto quesito pregiudiziale. La determinazione del mercato rilevante

Con la quinta questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato interroga la Corte di giustizia sulla determinazione del mercato rilevante a valle ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE.

Come noto, l'art. 102 TFUE vieta tanto gli abusi di esclusione quanto gli abusi di sfruttamento [97]. Mentre con il primo tipo di abuso, l'impresa in posizione dominante intende rafforzare la propria posizione su un dato mercato, con il secondo tipo, l'impresa vuole conseguire l'estensione della propria posizione su un mercato vicino [98]. Di conseguenza, nell'ambito dell'abuso di sfruttamento, sarà possibile distinguere un mercato a monte, nel quale l'impresa detiene già una posizione dominante, e un mercato a valle, nel quale l'operatore economico intende viceversa espandere la propria posizione [99]. Rientra nel secondo tipo di

---

[91] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 78-79.

[92] P. HORNUNG, *Essential Facilities*, cit., spec. p. 3, che colloca quest'ulteriore dialettica anche nella dimensione dell'efficacia dei rimedi azionabili.

[93] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 62-65.

[94] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 73.

[95] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 77.

[96] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 80.

[97] Sulla nozione di abuso *ex* art. 102 TFUE, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, Hoffmann-La Roche *and the Notion of Abuse*, in P. CRAIG-R. SCHÜTZE, *Landmark Cases in EU Law. Substantive Cases*, vol. II Oxford, 2025, pp. 239-256.

[98] Sulla distinzione tra abuso di sfruttamento e abuso di esclusione, si consideri N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, III ed., Parigi, 2020, pp. 404-408.

[99] Su tale tipologia di abusi, si rinvia a P. MANZINI, *Figli di un Dio minore: gli abusi di sfruttamento nel diritto* antitrust *europeo*, in *Riv. comm. int.*, fasc. 1, 2022, pp. 3-32.

abuso il rifiuto di fornitura, che viene in esame nella fattispecie qui commentata.

Pertanto, la Corte evidenzia che, al fine di valutare l'applicazione dell'art. 102 TFUE a una condotta potenzialmente abusiva, l'autorità nazionale della concorrenza è tenuta a perimetrare il mercato di riferimento, sul quale cioè l'impresa in posizione dominante tiene condotte che possono essere contrarie al diritto della concorrenza [100]. È tuttavia sufficiente che, ai fini dell'individuazione del mercato a valle, quest'ultimo sia «potenziale, anche ipotetico», in quanto potrebbe essere ancora «in fase di sviluppo» [101] oppure «oggetto di un rapido sviluppo e, di conseguenza, la sua portata non è completamente definita al momento del comportamento asseritamente abusivo» [102]. Centrale, sotto questo profilo, è nuovamente l'analisi degli effetti anticoncorrenziali che possono essere prodotti dal rifiuto che l'impresa in posizione dominante tiene rispetto l'interoperabilità richiesta da un'impresa terza [103].

Sotto questo profilo, l'AG MEDINA si spinge a confermare la prospettazione condotta da parte dell'AGCM, pur mantenendo ferma la cognizione del giudice nazionale del rinvio sulla questione in fatto, ma avvallando come i servizi di ricarica elettrica e le applicazioni di navigazione in questione siano in potenziale concorrenza [104].

7. L'impatto della dottrina *Android Auto* sul sistema giuridico complessivo

Alla luce delle risposte offerte dal giudice sovranazionale, è possibile osservare come la definizione della dottrina *Android Auto* possa presentare un impatto sul sistema giuridico complessivo.

In primo luogo, resta aperta la questione relativa alle applicazioni future della dottrina *Android Auto*, che, sebbene nasca in seno al mercato digitale, potrebbe essere suscettibile di trovare applicazione al di là del settore digitale [105], almeno ogniqualvolta si ritenga che il rifiuto di dare accesso a un'infrastruttura non indispensabile, concepita per un suo impiego anche da terze parti, costituisca un abuso di posizione dominante. Altrimenti, si corre il rischio di creare uno statuto speciale del diritto della concorrenza, unicamente applicabile alla materia digitale, minando la così la trasversalità dell'*antitrust*.

Per tale ragione, la Corte di Giustizia rifugge forse dall'escludere l'applicazione del requisito dell'indispensabilità ai soli casi di interoperabilità – concetto utilmente applicabile nel mercato digitale [106] – e la estende invece più in

[100] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 83-84, che richiama Corte di Giustizia, 21 febbraio 1973, *Continental Can*, causa 6/72, pt. 32; Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, pt. 37; Corte di Giustizia, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier*, pt. 381.

[101] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 85, che richiama Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, pt. 44.

[102] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 86.

[103] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 85.

[104] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 87.

[105] In questo senso, P. IBÁÑEZ COLOMO, *Case C-233/23*, Android Auto *(II): Implications of the Judgment*, in https://chillingcompetition.com/, 28 marzo 2025.

[106] Su tale nozione, G. COLANGELO-O. BORGOGNO, *Shaping Interoperability for the Internet of*

generale all'infrastruttura (e non necessariamente alla sola piattaforma digitale) sviluppata da un'impresa in posizione dominante [107].

Se si iscrive poi la dottrina *Android Auto* nel contesto delle progressive limature all'*essential facility doctrine*, non si può che condividere anche in questa sede l'esito della sentenza *Baltic Rail*, pure richiamata dall'AG MEDINA nel caso di specie [108], e che riguardava un'infrastruttura ferroviaria (e non un mercato digitale) [109]. In quell'occasione, la Corte di Giustizia escluse in via generale l'applicazione della dottrina *Bronner*, in quanto non era possibile rintracciare alcun pregiudizio all'incentivo economico che un'impresa in posizione dominante potrebbe ricevere dall'obbligo di dare accesso a un'infrastruttura sviluppata con fondi pubblici [110]. Similmente, si dovrebbe allora ritenere compatibile la dottrina *Android Auto* anche al di là delle ipotesi applicative al mercato digitale, per estenderla a qualsiasi infrastruttura tangibile o intangibile e non indispensabile, rispetto alla quale venga dunque meno l'incentivo economico dell'impresa in posizione dominante.

In secondo luogo, tuttavia, l'emersione di una ulteriore (e possibile) dottrina giurisprudenziale acuisce i problemi concernenti la prevedibilità dell'applicazione del diritto della concorrenza, in particolare, nel caso di specie, dell'art. 102 TFUE [111]. Paradossalmente, tale disposizione appare insufficiente in sé a ricevere un'applicazione diretta, al punto da richiedere il ricorso a una serie di *test* sviluppati nel corso del tempo dalla giurisprudenza sovranazionale [112], ma è sufficiente di per sé ad avere effetto diretto [113].

Nella fase del consolidamento del diritto della concorrenza, un ruolo fortemente proattivo della Commissione e della Corte di Giustizia è stato sicuramente giustificabile [114] in ragione della novità, per il continente europeo, del diritto *antitrust* e della necessaria flessibilità per assicurare il suo *enforcement* [115].

Things: The Case for Ecosystem-Tailored Standardisation, in *Eur. J. Risk Reg.*, vol. XV, n. 1, 2024, pp. 137-152.

[107] Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Android Auto*, pt. 44.

[108] Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 34.

[109] Questo è il suggerimento che sembrano indicare le Conclusioni dell'AG MEDINA nella causa C-233/23, *Android Auto*, presentate il 5 settembre 2024, pt. 34, che richiamano appunto Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Baltic Rail*. Tuttavia, nel caso *Baltic Rail*, la Corte non poté pronunciarsi in questo senso, perché in realtà l'infrastruttura ferroviaria era stata distrutta e la soluzione fu quella di ritenere integrato un abuso di posizione dominante posto in violazione della concorrenza basata sui meriti, poiché nessuna impresa distruggerebbe una propria infrastruttura in assenza di un vantaggio competitivo, quale quello di impedire ad altre imprese concorrenti di potervi accedere. Su tale profilo, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition on the Merits*, in *CMLRev.*, vol. LXI, n. 2, 2024, pp. 387-415, spec. p. 405.

[110] Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Baltic Rail*, pt. 86-89. Più in generale, in dottrina, si veda N. DUNNE, *Dispensing with Indispensability*, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. XVI, n. 1, 2020, pp. 74-115.

[111] J. BROULÍK, *Predictability: A Mistrated Virtue of Competion Law*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. XII, n. 3, 2024, 362-377; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Form and Substance in EU Competition Law*, in *World Comp.*, vol. XLVI, n. 4, 2023, pp. 401-408, spec. pp. 402-404.

[112] P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Coming of Age of the Coming of Age of EU Competition Law*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XIV, n. 8, 2023, pp. 457-458.

[113] Corte di Giustizia, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, pt. 15-16, assicurato anche, sul piano nazionale, dall'art. 1 legge 10 ottobre 1990, n. 287.

[114] Sul punto, si rinvia a W. SAUTER, *Coherence in EU Competition Law*, Oxford, 2016, pp. 171-194.

[115] F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto* antitrust, III ed., Torino, 2023, pp. 11-14.

Senonché, oggi, il diritto della concorrenza è divenuto oramai maturo e non ci si può convincere che chiare scelte di politica legislativa di ampio respiro possano essere sostituite con interventi mirati caso per caso dalle sentenze della Corte, o settore per settore dalle linee guida della Commissione [116]. In altri termini, non si potrebbe più giustificare l'assenza del legislatore, come se il diritto della concorrenza fosse lo specchio di un modello economico di appannaggio esclusivo dell'autorità tecnica, e non anche uno strumento di tenuta democratica [117].

Basti pensare che stabilire se l'indispensabilità debba o meno essere predicata in capo a un'infrastruttura, per determinare se un abuso di posizione dominante sia stato realizzato, è una questione che attiene alla corretta interpretazione e applicazione del diritto UE *ex* art. 19, par. 1, secondo periodo, TUE, che ha appunto giustificato una pronuncia sul punto del giudice sovranazionale. Altrimenti, se si fosse trattato di un dubbio dalla natura tecnica, sarebbe stato sufficiente un discernimento da parte dell'autorità garante per la concorrenza e non sarebbe stato necessario adire la Corte di Giustizia, che preferisce un sindacato deferente quando si tratta della cognizione di questioni di natura tecnico-economica [118]. Viceversa, è stato proprio osservato come l'applicazione dell'*essential facility doctrine* comporti un intreccio tra una valutazione tecnica e una valutazione politico-discrezionale [119].

Di conseguenza, giacché diviene quasi impossibile scindere questi due profili [120], ci si può domandare se non sia più opportuno che l'art. 102 TFUE riceva oggi un'ulteriore definizione, quantomeno da parte del diritto derivato, per rendere coerente l'applicazione del diritto della concorrenza con lo Stato di diritto [121]. Precipitato concreto di quest'ultimo è infatti il rigoroso rispetto del principio di legalità, che segna il limite dell'attribuzione del potere all'autorità pubblica [122]. In particolare, anche nel diritto sovranazionale, il principio di legalità,

---

[116] Basti pensare all'esigenza da parte della Commissione di avviare un'iniziativa (ancora in corso nel momento in cui si scrive) volta a redigere delle *Linee direttrici* circa l'applicabilità dell'art. 102 TFUE agli abusi di natura escludente, con l'obiettivo, tra l'altro, di codificare la cospicua giurisprudenza in materia. Si veda, sul punto, Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza*, par. 4, p. 4, versione di bozza reperibile *online* al seguente indirizzo www.competition-policy.ec.europa.eu).

[117] Fondamentale è ancora la riflessione di G. Rossi, Antitrust *e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 1995, pp. 1-21, spec. pp. 13-16, che mette in guardia dal rischio di un'«amministrativizzazione del diritto».

[118] J.L. da Cruz Vilaça, *The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters–Recent Competition Law Judgments of the Court of Justice of the EU*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. VI, n. 2, 2018, pp. 173-188.

[119] 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.*, fasc. 6, 1998, pp. 449-481, spec. p. 471.

[120] Si rinvia, sul punto, a M. Ramajoli, *Valutazioni tecniche, pubblica amministrazione e diritti fondamentali*, in B. Liberali-L. Del Corona (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Milano, 2022, pp. 155-164, spec. pp. 155-157. Si consideri, per esempio, il portato congiunto di conoscenze economiche e giuridiche utili per la determinazione del "mercato rilevante", su cui si veda V.H.S.E. Robertson, *The Relevant Market in Competition Law: A Legal Concept*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. VII, n. 2, 2019, pp. 158-176.

[121] M. Bernatt, *Rule of Law Crisis, Judiciary and Competition Law*, in *Leg. Iss. Econ. Int.*, vol. XLVI, n. 4, 2019, pp. 345-361, che indaga il ruolo del potere giurisdizionale nell'applicare gli artt. 101 e 102 TFUE nella cornice normativa dello Stato di diritto.

[122] G. Rossi, *I mercati dell'investimento fra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, fasc. 4, 1991, pp. 963-974, spec. pp. 973-974.

che opera come «*principe général de protection*» [123], impone che «[…] gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge» ed è un principio generale di diritto UE [124]. In tal senso, l'amministrazione è tenuta ad agire «[…] *under and within the law, whether as contained in primary and secondary legislation* […]» [125].

Senonché, l'allentamento delle garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali, quale il diritto di proprietà, incisi dall'azione dell'autorità garante per la concorrenza desta qualche perplessità, soprattutto in assenza di una chiara norma attributiva del potere. Per tale ragione, il requisito dell'indispensabilità della dottrina *Bronner* fungeva da paracadute [126], al fine di limitare a ipotesi del tutto eccezionali l'incisione sulla sfera privata da parte dell'autorità pubblica [127].

Dunque, si comprende meglio il rilievo dell'AG MEDINA con riguardo al DMA. Da un lato, si tratta del regolamento che trova applicazione al mercato digitale [128], che dovrebbe pertanto prevalere secondo un criterio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*), fatta sempre salva, secondo una prospettiva di complementarità, eventuali e trasversali rilievi di pertinenza del diritto della concorrenza [129]. Dall'altro lato, il DMA concretizza, già a livello sovranazionale [130], quella «legittimità» richiamata dall'AG MEDINA, che consente innanzitutto il controllo degli atti emanati dal potere esecutivo rispetto al parametro di legge [131]. In questo modo, si assicurerebbe il corretto rispetto del principio di legalità, nella misura in cui il DMA definisce *ex ante* gli obblighi da porsi in capo ai *gatekeepers*,

---

[123] L. CLÉMENT-WILZ-L. AZOULAI, *Principe de légalité*, in J.-B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Traité de droit administrative européen*, III ed., Bruxelles, 2020, pp. 483-484, che distinguono il principio di legalità tra «*principe général de protection*» e «*principe de spécialité*», che riconosce un potere in conseguenza delle competenze attribuite all'Unione ai sensi dell'art. 5, par. 2, TUE.

[124] Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst*, pt. 19, su cui si veda M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, III ed., Milano, p. 480.

[125] H.C.H. HOFMANN-G.C. ROWE-A.H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, p. 151.

[126] È stato infatti evidenziato come tale requisito rappresenti un *proxy* che facilita la rilevazione di un abuso di posizione dominante, e consenta quindi di imporre un conseguente obbligo a contrattare. Su tale rilievo, si veda A. KALINTIRI, *Analytical Shortcuts in EU Competition Enforcement: Proxies, Premises, and Presumptions*, in *J. Comp. L. & Prac.*, vol. XVI, n. 3, pp. 392-443, spec. p. 402.

[127] In tal senso, si veda P. IBÁÑEZ COLOMO, *Indispensability and Abuse of Dominance: From* Commercial Solvents *to* Slovak Telekom *and* Google Shopping, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. X, n. 9, 2019, pp. 532-551, spec. p. 550.

[128] A. DE STREEL, *EU Digital Markets Act: Changing the Four 'Regulators' of the Digital Society*, in *J. Antitr. Enf.*, vol. XII, n. 2, 2024, pp. 221-224, spec. p. 222, secondo il quale il DMA indica «[…] *a clear willingness of the EU to take back control of the cyberspace and ensure that digital technologies are shaped by our democratically agreed values and not that our values are transformed by technologies*».

[129] Questo è per esempio il meccanismo applicativo che si è registrato nei settori regolati delle industrie di rete, come precisato da P. ALEXIADIS-M. CAVE, *Regulation and Competition Law in Telecommunications and Other Network Industries*, in R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook on Regulation*, Oxford, 2010, pp. 501-523.

[130] Naturalmente, la regolazione introdotta a livello nazionale non potrà mai prevalere rispetto al diritto della concorrenza di matrice sovranazionale, protetto dal principio del primato, e rafforzato dalla sua collocazione nel diritto primario, come evidenziato da Tribunale dell'UE, 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Telefónica*, pt. 55.

[131] A. POLICE, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2023, pp. 96-159, spec. p. 96.

individua nella Commissione il soggetto di *enforcement* pubblico e ne stabilisce i poteri [132]. In altri termini, il DMA consente di iscrivere l'agire esecutivo in sede sovranazionale entro i parametri dello Stato di diritto [133], superando, almeno in parte, le critiche di imprevedibilità e incertezza giuridica che l'art. 102 TFUE porta con sé.

Ciò non significa naturalmente che il diritto della concorrenza sia divenuto inattuale. Si tratta più che altro di chiarire le coordinate applicative dell'*antitrust* e della regolazione, che possono essere tra loro complementari [134].

8. Conclusioni

Sebbene la sentenza *Android Auto* desti qualche perplessità, da un punto di vista pratico, sarebbe stato difficile immaginare un diverso esito. Difatti, non vi è dubbio che l'imposizione di un obbligo a contrattare per l'impresa in posizione dominante che detenga una piattaforma per un uso non esclusivo possa essere condivisa sul piano dell'equità sostanziale, in quanto consente di contenere l'esercizio abusivo del potere dei giganti digitali, rimuovendo quei vincoli che impediscono il «libero svolgimento della personalità» [135].

Tuttavia, da un punto di vista sistematico, l'arresto qui commentato porta alla luce disfunzioni di un sistema che è rimasto immutato, da un punto di visto legislativo, sin dalle sue origini. L'evoluzione giurisprudenziale del diritto della concorrenza è stata sicuramente fondamentale, ma il giudice non è il legislatore e non può che procedere in maniera parcellizzata, caso per caso. Le stratificazioni che si sono determinate nel corso del tempo restituiscono oggi un quadro variopinto, che richiede una costante razionalizzazione da parte dell'interprete, per comprendere verso quale direzione il diritto della concorrenza sembra muoversi.

Ciò comporta inceppamenti del sistema, in assenza di scelte politiche di più ampio respiro da parte del legislatore, che possano orientare l'attività esecutiva della Commissione. L'evoluzione in seno alla Corte delle dottrine e dei *test* giuridici per dare corpo all'art. 102 TFUE non appare più in linea con la prevedibilità e la certezza del diritto. La commistione tra rimedi *antitrust* e rimedi regolatori mette in crisi l'esercizio del potere della Commissione quanto al principio di legalità. Il principio AEC, che innervava la concorrenza basata sui meriti, appare alquanto vetusto, superato dall'analisi economica più recente.

Il nuovo pacchetto digitale, a partire dal DMA, potrebbe forse cercare di rimediare a queste disfunzioni, tracciando, nell'ambito della medesima *ratione*

---

[132] N. Petit, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. XII, n. 7, 2021, pp. 529-541.

[133] Sulla *legal predictability* nel DMA, si veda A. de Streel, *DMA Implementation Principles*, in A. de Streel-M. Bourreau-R. Feasey-A. Fletcher-J. Kraemer-G. Monti, *Implementing the DMA: Substantive and Procedural Principles*, Bruxelles, 2024, pp. 7-19, spec. pp. 11-12.

[134] Sul punto, si vedano B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2014, pp. 5-28; M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, in *Dalloz*, n. 7, 2001, pp. 610-616.

[135] R. Sacco, *L'autonomia contrattuale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 10 (*Obbligazioni e contratti*), tomo II, IV ed., Torino, 2018, p. 354, secondo il quale «[s]e vietano a Tizio l'acquisto di un dato libro, di un dato abito, di un dato cibo, o l'accesso a una data scuola, sono in gioco i diritti fondamentali della persona».

materiae, il confine tra diritto della concorrenza e regolazione. Attribuendo a ciascuno il suo, questa nuova intersezione potrebbe irrobustire il diritto della concorrenza, che, lungi dall'essere rottamato, ritrova nel costante processo di integrazione una centralità mai negata, ma che dovrebbe essere ricondotta saldamente nel sistema e nel rispetto della cornice offerta dallo Stato di diritto.



Transizione energetica e amministrazione condivisa: la collaborazione pubblico-privato nel caso di studio delle CER e delle CERS

Energy transition and shared administration: public-private partnership in the case study of CER and CERS

di *Giulia Pucci* *

ABSTRACT

Prendendo le mosse dall'analisi dei principali caratteri della strategia europea volta alla transizione ecologica ed energetica, il contributo analizza i profili di convergenza degli obiettivi *green* rispetto al progressivo diffondersi di modelli di amministrazione condivisa nell'ordinamento interno. In particolare, si approfondisce il tema delle scelte regolatorie energeticamente giuste attraverso il caso di studio delle Comunità energetiche rinnovabili (CER) e delle Comunità energetiche rinnovabili e solidali (CERS). L'obiettivo è quello di sintetizzare e valutare i risultati sinora conseguiti dalla collaborazione pubblico-privato nel settore energetico, anche alla luce del ruolo ricoperto dal principio «*no person and no place left behind*» nella sfida epocale per la sostenibilità.

Building upon the analysis of the key features of the European strategy for the ecological and energy transition, the contribution examines the convergence of green objectives in the light of the progressive expansion of shared administration models within the domestic legal framework. Specifically, it delves into the issue of energy-just regulatory choices through the case study of Renewable Energy Communities (REC) and Renewable and Solidarity-Based Energy Communities (RSEC). The main aim is to synthesize and evaluate the outcomes achieved through public-private collaboration in the energy sector, with a view to ensuring adherence to the principle of «no person and no place left behind» in the historic challenge of sustainability.

Keywords
Transizione energetica, CER, CERS, collaborazione pubblico-privato, amministrazione condivisa.
Energy transition, REC, RSEC, public-private partnership, shared public governance.

DIRETTIVA (UE) 2018/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DELL'11 DICEMBRE 2018 SULLA PROMOZIONE DELL'USO DELL'ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI

Estratto
Articolo 2 Definizioni
1. […] 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

* Dottoranda di ricerca in Studi giuspubblicistici, curriculum Diritto amministrativo, presso l'Università degli studi di Roma Tor Vergata. Il presente scritto è frutto delle riflessioni avviate in occasione della V Conferenza annuale ICON-S Italian Chapter su "Lo Stato delle transizioni", Trento, 18-19 ottobre 2024. Si precisa che le opinioni riportate nel contributo sono espresse a titolo personale e non sono in alcun modo riferibili all'ente presso il quale l'autrice svolge la propria attività lavorativa.

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 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; […]
18) «scambi tra pari» di energia rinnovabile: vendita di energia rinnovabile tra i partecipanti al mercato in virtù di un contratto con condizioni prestabilite che disciplina l'esecuzione e il regolamento automatizzati dell'operazione, direttamente tra i partecipanti al mercato o indirettamente tramite un terzo certificato partecipante al mercato, come ad esempio un aggregatore. Il diritto di condurre scambi tra pari non pregiudica i diritti o gli obblighi delle parti coinvolte in qualità di consumatori finali, produttori, fornitori o aggregatori;

Articolo 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; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio.
3. Gli Stati membri procedono a una valutazione degli ostacoli esistenti e del potenziale di sviluppo delle comunità di energia rinnovabile nei rispettivi territori.
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: a) siano eliminati gli ostacoli normativi e amministrativi ingiustificati per le comunità di energia rinnovabile; b) le comunità di energia rinnovabile che forniscono energia o servizi di aggregazione, o altri servizi energetici commerciali siano soggette alle disposizioni applicabili a tali attività; c) il gestore del sistema di distribuzione competente cooperi con le comunità di energia rinnovabile per facilitare i trasferimenti di energia all'interno delle comunità di energia rinnovabile; d) le comunità di energia rinnovabile siano soggette a procedure eque, proporzionate e trasparenti, in particolare quelle di registrazione e di concessione di licenze, e a oneri di rete che tengano conto dei costi, nonché ai pertinenti oneri, prelievi e imposte, garantendo che contribuiscano in modo adeguato, equo ed equilibrato alla ripartizione generale dei costi del sistema in linea con una trasparente analisi costi-benefici delle risorse energetiche distribuite realizzata dalle autorità nazionali competenti; e) le comunità di energia rinnovabile non siano oggetto di un trattamento discriminatorio per quanto concerne le loro attività, i loro diritti e obblighi in quanto consumatori finali, produttori, fornitori, gestori del sistema di distribuzione, o altri partecipanti al mercato; f) la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili; g) siano disponibili strumenti per facilitare l'accesso ai finanziamenti e alle informazioni; h) alle autorità pubbliche sia fornito un sostegno normativo e di sviluppo delle capacità per favorire la creazione di comunità di energia rinnovabile e aiutare le autorità a parteciparvi direttamente; i) siano disponibili norme per assicurare il trattamento equo e non discriminatorio dei consumatori che partecipano a una comunità di energia rinnovabile.
5. I principi essenziali del quadro favorevole di cui al paragrafo 4 e della sua attuazione fanno parte degli aggiornamenti dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri e delle relazioni sullo stato di avanzamento ai sensi del regolamento (UE) 2018/1999.
6. Gli Stati membri possono prevedere che le comunità di energia rinnovabile siano aperte alla partecipazione transfrontaliera.
7. Fatti salvi gli articoli 107 e 108 TFUE, gli Stati membri tengono conto delle specificità delle comunità di energia rinnovabile quando elaborano regimi di sostegno, al fine di consentire loro di competere alla pari con altri partecipanti al mercato per l'ottenimento di un sostegno.

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, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, 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).

2. Le comunità energetiche rinnovabili di cui al comma 1 operano nel rispetto delle seguenti condizioni: a) fermo restando che ciascun consumatore che partecipa a una comunità può detenere impianti a fonti rinnovabili realizzati con le modalità di cui all'articolo 30, comma 1, lettera a), punto 1, ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della comunità; b) l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità secondo le modalità di cui alla lettera c), mentre l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione; c) i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio, con le medesime modalità stabilite per le comunità energetiche dei cittadini. L'energia può essere condivisa nell'ambito della stessa zona di mercato, ferma restando la sussistenza del requisito di connessione alla medesima cabina primaria per l'accesso agli incentivi di cui all'articolo 8, e alle restituzioni di cui all'articolo 32, comma 3, lettera a), secondo le modalità e alle condizioni ivi stabilite; d) gli impianti a fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica realizzati dalla comunità sono entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, fermo restando la possibilità di adesione per impianti esistenti, sempre di produzione di energia elettrica rinnovabile, per una misura comunque non superiore al 30 per cento della potenza complessiva che fa capo alla comunità; e) i membri delle comunità possono accedere agli incentivi di cui al Titolo II alle condizioni e con le modalità ivi stabilite; f) nel rispetto delle finalità di cui al comma 1, lettera a), la comunità può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri, può promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità.

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'articolo 24, 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. Premessa: le transizioni come opportunità per una "rivincita democratica dell'energia". – 2. Amministrazione condivisa e Comunità Energetiche Rinnovabili: un rapporto di genere a specie? – 3. Partecipazione, (delega di) potere, preparazione. – 4. Un quadro aggiornato sullo stato dell'arte: limiti e prospettive delle CER. – 5. Nuove applicazioni dell'*energy justice*: da CER a CERS. – 6. Il principio «*no person and no place left behind*» e i rischi di una transizione a due velocità: prime considerazioni conclusive.

1. Premessa: le transizioni come opportunità per una "rivincita democratica dell'energia"

Se, da una parte, il concetto di transizione ecologica costituisce uno dei «perni essenziali del diritto della ripresa» [1] con rilevanti ricadute applicative sulla strategia complessiva dell'Unione europea, dall'altra, le sfide richiamate dalla transizione energetica – pur muovendo da premesse analoghe – richiedono un intervento incisivo con particolare riferimento ai temi dell'efficientamento energetico e della promozione delle energie rinnovabili [2]. Ciononostante, è possibile individuare un loro minimo comune denominatore nella condivisa esigenza di «fare presto» [3]: in entrambi i casi occorre, infatti, un radicale riorientamento

[1] F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, p. 782.

[2] Sui profili di convergenza e conflitto fra la transizione ecologica e quella energetica, M. De Bellis, *Crisi energetica e transizione ecologica: le risposte europee tra convergenza e conflitto*, in *Munus*, 2023, 1, pp. 215-225.

[3] F. De Leonardis, *La necessità di "fare presto": transizione ecologica e pubbliche amministrazioni*,

della società da realizzare in tempi brevi e tramite il ricorso a nuovi strumenti e metodologie. A tal proposito, è possibile sostenere che le strategie in atto a livello europeo per il conseguimento dei citati obiettivi aprono a una nuova centralità del decisore pubblico, nella misura in cui affidano agli Stati membri il compito di conseguire significativi risultati in alcuni settori di preminente rilievo attraverso un serrato programma di riforme [4].

Con particolare riguardo agli sviluppi della transizione ecologica, la Comunicazione dell'11 dicembre 2019 «Il Green Deal europeo» ha determinato l'avvio di un innovativo progetto regolatorio dotato di una «forte capacità trasformatrice» [5], nell'ambito del quale a un percorso incentrato sulla dissociazione della crescita dall'uso delle risorse si affianca il tema del conseguimento della neutralità climatica entro il 2050 [6]. Tale «obiettivo apparentemente tecnico» costituisce un interesse pubblico apicale cui si ricollega la definizione di una strategia volta a «trasformare l'economia dell'Unione europea nel suo complesso, al contempo favorendo la costruzione di una società "giusta e inclusiva"» [7].

In tema di risposte europee alla crisi energetica, la Commissione ha, invece, identificato le relative linee guida nella Comunicazione REPowerEU nel marzo

---

in AA.VV., *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide*. Annuario AIPDA 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 97.

[4] Sul tema del «ritorno dello Stato», E. Bruti Liberati, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 1, p. 285, che, nel ribadire come la prospettiva dell'auto-regolamentazione dei mercati da parte delle imprese non possa considerarsi una soluzione alle sfide del presente, invita a ricercare un nuovo equilibrio in cui sia centrale il ruolo del decisore pubblico. Dopo anni «dominati dalla ideologia dello Stato minimo e dalla prevalenza della logica giusprivatistica», appare ora necessario il ritorno al centro del dibattito scientifico del diritto pubblico, nel tentativo di individuare l'apporto che lo stesso può dare nella auspicata transizione verso una nuova regolazione pubblica di qualità. In merito alle possibili qualificazioni dello Stato in questa nuova fase, si vedano rispettivamente M. Mazzucato, *The entrepreneurial State*, trad. it. *Lo Stato innovatore*, Laterza, Bari, 2014; F. Bassanini-G. Napolitano-L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore,* Il Mulino, Bologna, 2021; P. Giraudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo, Milano, 2022.

[5] E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento climatico,* in *Riv. quadr. dir. amb*., 2021, 3, p. 146. Vedi anche M. De Bellis, *Transnational Administrative Law and climate change in the age of the Green Deals: Introduction to the Special Issue,* in *The Italian Journal of Public Law*, *Special Issue*, 2024, 2, p. 328, che, con riferimento al carattere innovativo del progetto, precisa come «with the European Green Deal (EGD), the EU has intended to position itself as a first runner. With the Communication of 11 December 2019, the von der Leyen Commission launched a comprehensive and ambitious strategy aimed at enacting a deep transformation of its economy, as decoupled from resource use».

[6] Il preminente interesse per il conseguimento della neutralità climatica emerge in modo significativo, inoltre, dalla volontà della Commissione di introdurre con il regolamento UE n. 1119/2021 un obiettivo specifico sul punto – intermedio rispetto al risultato finale della decarbonizzazione entro il 2050 – affinché si realizzi una riduzione delle emissioni di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030 (c.d. *Fit for 55*). Per una ricognizione delle proposte racchiuse nel pacchetto, D. Bevilacqua, *Pronti per il 55%"? L'obiettivo climatico dell'UE e gli strumenti per raggiungerlo*, in *rgaonline*, 2022, 28.

[7] Cfr. M. De Bellis, *Crisi energetica e transizione ecologica*, cit., p. 217, che precisa come «al fine di realizzare tale strategia, il Green deal europeo comprende due linee di intervento rispetto all'obiettivo complessivo di riduzione delle emissioni: la comunicazione omonima del 2019 e, con ancor maggior grado di dettaglio, quella del 14 luglio 2021, prevedono, per un verso, una serie di atti di nuovo conio a cascata, e, per altro verso, programmano la riforma di una serie di corpi normativi europei già esistenti, quali la disciplina dell'energia, dell'uso del suolo, della mobilità, fino a vari ambiti tradizionalmente ricondotti nell'ambito della regolazione sociale, come la sicurezza alimentare». Per ulteriori approfondimenti, E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *CMLRev.*, 2022, p. 19 ss. Più in generale, per una panoramica sul ruolo della Commissione europea nel quadro delle riforme degli ultimi anni, M. De Bellis, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, in *Dir. cost.*, 2022, 2, V, p. 32.

2022 e nel successivo omonimo Piano nel maggio dello stesso anno, il cui principale obiettivo è stato individuato nell'eliminazione della dipendenza dal gas russo. In realtà, il Piano prevede l'adozione di una pluralità di interventi, in parte convergenti con le strategie della transizione ecologica: come emerge dalla lettura del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), invero, «transizione ecologica significa innanzitutto transizione energetica» [8]. Al fine di garantire il conseguimento di alcuni scopi della prima, è oggi infatti prioritariamente necessario dare attuazione alla seconda, superando la dipendenza dai combustibili fossili che ha caratterizzato l'economia mondiale negli ultimi secoli e sostituendoli progressivamente con le energie rinnovabili [9].

In tal senso, si osserva come la questione climatica ha contribuito a rendere più evidente la gravità della crisi ecologica generata dall'attuale modello di sviluppo e, al contempo, ha reso imprescindibile «mettere in campo una transizione credibile e duratura verso un modello che, al di là delle etichette, si ponga effettivamente l'obiettivo di riallineare il sistema socio-economico al sistema naturale e, soprattutto, lo faccia in tempo utile» [10]. Si tratta, dunque, di un progetto ambizioso e di ampio respiro, nell'ambito del quale la coesistenza di obiettivi fra loro talvolta confliggenti rappresenta una sfida regolatoria che deve essere «raccolta dalle istituzioni politiche dell'Unione e dagli Stati membri e affrontata a partire da una comprensione plurale della stessa sostenibilità» [11].

---

[8] F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema*, cit., p. 784.

[9] In proposito, il Piano per la transizione ecologica (PTE) – adottato nel 2022 dal Comitato Interministeriale per la transizione ecologica (CITE) – precisa, infatti, che «la produzione di energia è il settore maggiormente responsabile delle emissioni di gas serra – i tre quarti del totale mondiale secondo i dati dell'International Energy Agency. Per questo motivo la progressiva sostituzione dei combustibili fossili con le energie rinnovabili rappresenta la principale condizione necessaria della transizione ecologica. La maggiore sfida che l'intera comunità internazionale deve affrontare riguarda proprio la decarbonizzazione dei processi energetici, l'elettrificazione di molti usi termici e la sostituzione dei combustibili fossili con combustibili rinnovabili e puliti». Per ulteriori approfondimenti, si rinvia al *Piano per la transizione ecologica*, p. 19, accessibile al seguente link: www.mase.gov.it.

[10] Così A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico,* in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 2, p. 39. Peraltro, come sottolineato già da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 65, il diritto ambientale «si candida spesso al ruolo di interfaccia tra società e natura, se vogliamo di artefatto che, monitorando e registrando i cambiamenti ecosistemici, retroagisce sui comportamenti umani allo scopo di promuovere un processo permanente di aggiustamento dei "tempi storici ai tempi biologici", necessario alla salvaguardia delle nostre opportunità di sopravvivenza, in quanto specie».

[11] Sostiene E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale?*, cit., p. 144, come «i diversi attori europei, in particolare, potrebbero anzitutto riconoscere che lo sviluppo sostenibile, così come costruito e formalizzato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, è solo una delle possibili declinazioni della sostenibilità. La formulazione europea dello sviluppo sostenibile intende lo sviluppo nei termini specifici di una crescita economica misurata con indicatori quantitativi e impone che tale crescita avvenga in maniera equilibrata rispetto alle esigenze di tutela ambientale. Ma questo è solo uno dei possibili significati attribuibili al concetto di sviluppo sostenibile. Inoltre, la nozione di sostenibilità non si esaurisce affatto nello sviluppo sostenibile. Se questa è la formulazione giuridica prescelta dall'Unione europea, la sostenibilità resta un concetto assai più ampio». In materia ambientale, ad esempio, il perseguimento del citato obiettivo sta richiedendo un cambio di approccio che si deve realizzare, in primo luogo, sul piano concettuale: la sostenibilità ambientale deve smettere di essere «un mero limite esterno dell'iniziativa economica» per diventare un elemento interno di «finalizzazione e di indirizzamento della stessa». Sul punto, vedi anche E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, pp. 419-420. Non a caso, si noti come, nella sua prima compiuta formulazione, proposta dallo studioso ambientalista Lester Brown all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, una società poteva ritenersi sostenibile nella misura in cui era in grado di soddisfare i suoi bisogni senza mettere a repentaglio la capacità delle generazioni future di realizzare i propri. Per

Tali assunti trovano peculiare declinazione nell'ambito della transizione energetica in virtù dell'attenzione crescente rivolta dal legislatore europeo e nazionale per l'adozione di scelte regolatorie *energeticamente giuste*. Il tema dell'*energy justice* si pone, infatti, come «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, miri a garantire un'efficiente gestione delle risorse energetiche secondo i canoni della sostenibilità e dell'inclusività» [12]. In proposito, si osserva come, sebbene manchi una definizione condivisa del concetto di democrazia energetica, la letteratura sociologica e giuridica più recente tende a riconnetterla a quelle dinamiche di collaborazione nelle fasi di produzione e fornitura dei servizi energetici che consentono una diretta assunzione di responsabilità anche da parte dei cittadini [13].

Non a caso, nel novero delle grandi trasformazioni annunciate a livello europeo negli ultimi anni, è risultato significativo e ricorrente l'utilizzo di un approccio collaborativo pubblico-privato. Analogamente, a livello nazionale, l'amministrare attraverso forme di cooperazione attiva si è rivelato un fattore essenziale anche per la buona riuscita di molti interventi PNRR. La capacità degli strumenti collaborativi di valorizzare i legami civili e sociali nei territori è risultata una risorsa fondamentale per contrastare in modo democratico gli effetti collaterali delle trasformazioni in atto [14]. In particolare, secondo alcuni, tale convergenza di obiettivi normativi e risultati empirici potrebbe aver sancito la definitiva consacrazione di «un altro modo di amministrare», ipotizzato nel 1997 con la prima teorizzazione dell'amministrazione condivisa [15].

Prendendo le mosse dall'analisi dei principali caratteri della strategia europea volta alla transizione energetica, il presente contributo si propone di verificare se – ed eventualmente in quale misura – sussistono profili di convergenza fra le necessità della società civile e gli obiettivi del decisore pubblico nell'ottica di favorire una transizione "giusta". Come si cercherà di dimostrare, la transizione ecologica involge profili legati tanto al coinvolgimento della società civile nei processi decisionali pubblici e negli interventi di produzione dei servizi energetici, quanto all'insieme di misure rivolte al sostegno finanziario delle fasce più deboli della popolazione e dei territori maggiormente colpiti da tali processi. A

---

ulteriori approfondimenti L.R. BROWN, *Building a Sustainable Society*, Norton for the Worldwatch Institute, New York-Londra, 1981.

[12] V. CAPPELLI, *Le comunità energetiche quali strumenti di energy justice nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive*, in questa *Rivista*, 2023, 2, p. 413.

[13] Sull'opportunità di una regolazione decentrata in materia e di una «democratizzazione dell'energia», R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio*, in *Federalismi.it*, 2022, 4, p. 640.

[14] Osserva F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 110, come la proliferazione di modelli di amministrazione condivisa ha costituito un ausilio inaspettato, il cui intervento è risultato utile – in taluni casi indispensabile – ai fini della corretta gestione della fase esecutiva del PNRR, anche nell'ottica di evitare i rischi di nuove disuguaglianze, nuove esclusioni e nuove forme di povertà. Secondo l'Autore, peraltro, «chi interpreta l'amministrazione condivisa come un mero rimedio alla capacità dell'amministrazione tradizionale di saper soddisfare gli interessi generali potrebbe essere indotto a credere che queste soluzioni ne prevedano l'esclusione. In realtà, […] l'amministrazione condivisa non richiede l'arretramento della pubblica amministrazione, ma un aggiornamento del suo modo di agire».

[15] Il riferimento è a G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117-118, pp. 29-65.

tal fine, verrà approfondito il tema delle scelte regolatorie *energeticamente giuste* attraverso il caso di studio delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER). Una volta verificata la coerenza del sistema CER con i principi dell'amministrazione condivisa (par. 2 e 3), si procederà quindi nell'analisi critica del quadro regolatorio di sostegno previsto rispetto agli obiettivi programmati (par. 4). Al termine dell'esame, si valuteranno le condizioni in presenza delle quali le CER e le CERS potrebbero contribuire a un «riallineamento tra interessi tradizionalmente contrapposti» [16] (par. 5). Il ricorso a tali strumenti nella lotta alle disuguaglianze e nel contrasto alla povertà in ambito energetico sembra, infatti, costituire un interessante banco di prova da cui trarre risposte più generali non (solo) sull'utilità ma (anche) sul "successo" dei modelli collaborativi, nell'ottica di verificarne le potenzialità e i rischi nel complessivo itinerario delle transizioni in atto (par. 6).

2. Amministrazione condivisa e Comunità Energetiche Rinnovabili: un rapporto di genere a specie?

Come noto, le pretese dei privati nei confronti dell'amministrazione possono trovare attuazione attraverso due principali modelli operativi: uno oppositivo, a tutela delle proprie situazioni giuridiche; l'altro collaborativo, «in cui i privati interessati offrono argomentazioni e ricostruiscono fatti al fine di orientare gli altri soggetti su posizioni più vicine alle proprie» [17]. L'amministrazione condivisa costituisce una peculiare *species* di tale secondo *genus*, quale ipotesi in cui si realizza una sovrapposizione fra gli interessi dello Stato e i bisogni dei cittadini che consente la loro uscita dal «ruolo passivo di amministrati per diventare coamministratori» [18]. Più precisamente, com'è stato efficacemente dimostrato, l'amministrazione condivisa non costituisce «una dimensione parallela, una superfetazione dell'amministrazione attiva, ma deve essere integrata nel fare amministrazione, nel fare politiche pubbliche» [19].

Ciononostante, sin dalla sua embrionale formulazione alla fine del secolo scorso, il tema è risultato di difficile inquadramento normativo malgrado una indubbia rilevanza empirica. Aldilà delle molteplici sperimentazioni verificatesi sul territorio nazionale – che hanno visto realizzate buone prassi di collaborazione

---

[16] Così G. CAVALIERI, *Le comunità energetiche rinnovabili e il (possibile) ri-allineamento tra scale d'interessi,* in *Federalismi.it,* 2025, 9, p. 110.

[17] F. GIGLIONI-S. LARICCIA, voce *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. IV agg., Giuffrè, Milano, 2000, p. 946 ss.

[18] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., p. 29. Per una ricostruzione ad ampio spettro sul concetto di cura nella relazione fra PA e cittadini, A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*. *Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2024; vedi anche Id., *Etica della cura e approccio di collettività e amministrazioni ai beni comuni*, in D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi. Un'analisi interdisciplinare*, FrancoAngeli, Milano, 2024, pp. 329-348; ID., *La cura nella Costituzione. Prospettive per una amministrazione della cura*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI, *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 43-65.

[19] B.L. BOSCHETTI, *Conclusioni*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 241, che evidenzia, peraltro, come in questa valutazione è forse racchiusa la sfida culturale più grande sul piano del funzionamento e del buon andamento della PA, raccolta già in modo consapevole da alcuni legislatori regionali.

fra la PA e le organizzazioni di matrice solidaristica [20] – l'assenza di un organico apparato normativo nazionale ha contribuito a generare una non uniforme applicazione degli strumenti dell'amministrazione condivisa nei territori. Nonostante l'immobilismo del legislatore nazionale, è bene precisare, tuttavia, che nel corso degli ultimi anni tanto la legislazione regionale quanto alcuni interessanti innesti giurisprudenziali hanno confermato l'esistenza di un diffuso interesse per questa rivoluzione dal basso [21]. Da ultimo, la previsione di cui all'art. 6, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sembra oggi incentivare direttamente l'utilizzo dei modelli organizzativi di amministrazione condivisa, ammettendone indirettamente il riconoscimento teorico.

Si tratta, dunque, di un percorso complesso e ancora in divenire, che ha spinto autorevole dottrina a sostenere che oggi «l'amministrazione condivisa è a uno snodo» [22]. In proposito, merita osservare come il passaggio da beneficiario a promotore delle attività sul territorio che ha interessato la figura del cittadino è sintomo di un cambio di passo che l'Amministrazione ha saputo canalizzare soprattutto in alcuni settori. Si pensi al contributo offerto proprio dal già citato sistema delle CER nel perseguimento di alcuni obiettivi *green*: mediante forme di collaborazione pubblico-privato diffuse a livello locale, la disciplina delle comunità di energia rinnovabile concilia oggi in modo armonico le istanze della sostenibilità ambientale con l'elaborazione di politiche socialmente partecipate, inclusive e accessibili [23].

Come si tenterà di dimostrare nelle pagine che seguono, i più recenti sviluppi della disciplina CER sembrano confermare l'esistenza di punti di convergenza fra l'amministrazione condivisa e la transizione energetica, nella misura in cui la neutralità climatica ha richiesto un cambio di approccio da parte delle istituzioni non dissimile rispetto a quanto auspicato dai principali fautori della teoria dell'amministrazione condivisa. In entrambi i casi il decisore pubblico è oggi

---

[20] In dettaglio, se tra il 2017 e il 2020 il ricorso da parte di Comuni, Regioni e altri apparati statali agli strumenti e ai modelli dell'amministrazione condivisa era ancora piuttosto limitato (circa 130 avvisi l'anno), si è poi assistito a un aumento esponenziale dell'interesse per la materia, che ha fatto registrare oltre 400 e circa 600 atti di collaborazione rispettivamente nel 2021 e nel 2022. Pur in assenza di un archivio istituzionale che possa garantire la correttezza di tale rilevazione, si tratta comunque di un dato approssimativo di estrema rilevanza che, come sottolinea C. CALTABIANO, *Ruoli e dinamiche partecipative nell'amministrazione condivisa*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio*, cit., p. 178, dà conferma del potenziale «effetto di sistema» generato dalla positiva diffusione di queste prassi.

[21] Cfr. F. SCALVINI, *L'amministrazione condivisa: la comunità come stella polare*, in U. DE AMBROGIO-G. MAROCCHI (a cura di), *Coprogrammare e coprogettare. Amministrazione condivisa e buone pratiche*, Carocci, Roma, 2023, p. 9, in cui l'Autore chiarisce come, per un'ampia gamma di attività di interesse generale, l'amministrazione condivisa rappresenti una vera e propria rivoluzione. In dettaglio, alcune Regioni sono intervenute in materia utilizzando lo spazio di autonomia organizzativa e procedimentale che è loro costituzionalmente riservato ai sensi degli artt. 97 e 117, commi 3, 4 e 6, Cost. *Ex multis*, basti citare i più recenti interventi legislativi dell'Umbria (legge n. 2/2023) e dell'Emilia-Romagna (legge n. 3/2023). Analoga valenza di stimolo e supporto è stata svolta da alcune recenti pronunce giurisprudenziali, fra cui primeggia il ruolo cruciale della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 131/2020, ha svolto una essenziale funzione di «messa in moto del sistema dell'amministrazione condivisa», attraverso una ampia e fondamentale ricostruzione del tema in un momento di forte incertezza interpretativa.

[22] L. GALLO, *Introduzione*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio*, cit., p. 11. cit., p. 17. Senza pretesa di esaustività, per una ricostruzione sul tema, si rinvia anche a G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale e Terzo Settore*, in A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 28 ss.

[23] G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Cedam, Padova, 2020, p. 43.

chiamato ad affiancare alle usuali misure di regolazione pro-concorrenziale anche piani e programmi collaborativi volti, per un verso, ad accompagnare la transizione ecologica e, per l'altro, a garantire un più diretto coinvolgimento dei cittadini nel compimento di talune scelte regolatorie. Secondo alcuni, senza rinnegare la libertà di iniziativa economica, la logica concorrenziale o il rilievo dei capitali privati, una delle principali sfide che le amministrazioni devono saper raccogliere sarà quella di contrastare le diseguaglianze generate negli ultimi decenni – soprattutto a danno della società civile – anche mediante il diretto coinvolgimento dei cittadini nelle fasi di progettazione e programmazione degli interventi [24].

Con particolare riferimento ai servizi energetici, il cliente finale deve essere oggi posto nelle condizioni di poter astrattamente dare il proprio contributo per il tramite di scelte di carattere patrimoniale dai tratti ecosostenibili. Nonostante il conseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione sottoscritti in sede europea sembri ancora lontano [25], il caso di studio delle CER mette in luce alcune fondamentali potenzialità di tali «forme di demarchia energetica» e disvela, al contempo, come «organizzare e fare operare efficacemente comunità umane costituite da soggetti eterogenei non sia cosa semplice» [26]. In tal senso, sembra possibile sostenere che, quale paradigmatico esempio del *genus* amministrazione condivisa "posto al servizio" della questione energetica, le CER – qualora partecipate anche da amministrazioni pubbliche – ne rappresentino una *species* fra le più interessanti e innovative, come testimoniato, peraltro, dall'ingente ammontare di risorse stanziate in materia dal PNRR. Segnatamente, il Piano destina due miliardi e duecento milioni di euro alle CER e alle altre strutture collettive di autoproduzione, a conferma del fatto che «favorire la transizione energetica richiede un impegno determinante anche per la realizzazione di forme autosostenibili di sviluppo» [27].

---

[24] E. Bruti Liberati, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in E. Bruti Liberati-M. De Focatiis-A. Travi (a cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 8 ss.

[25] Cfr. Banca d'Italia, *Il recente sviluppo delle energie rinnovabili in Italia*, in *Questioni di Economia e Finanza*, *Occasional paper*, 2025, 908, p. 5 ss., che evidenzia come, nonostante l'Italia intenda raggiungere entro il 2030 una copertura di oltre il 63 per cento dei consumi attraverso produzioni energetiche rinnovabili, le azioni sinora realizzate risultano ancora insufficienti per il conseguimento dei target prestabiliti.

[26] C. Micciché, *Comunità energetiche e tessuto urbano: nuove occasioni per un accesso solidale alle energie*, in *Riv. giur. urb.*, 2023, 3, p. 489.

[27] C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione energetica*, in *Federalismi.it*, 2022, 29, p. 111 ss. Per quanto concerne lo stadio di avanzamento dell'intervento relativo alle CER nell'ambito del Piano, si rinvia a Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Stato di attuazione degli interventi PNRR e PNC oggetto di controllo nel 2024*, deliberazione 21 marzo 2025, n. 41, p. 44 ss. Sebbene risultino «ancora di là da venire le scadenze rappresentate da Milestone e Target dello specifico intervento, che si collocano rispettivamente al 31 dicembre 2025 ed al 30 giugno 2026», la relazione chiarisce come il conseguimento dei citati obiettivi appare strettamente connesso al rispetto dei risultati intermedi individuati dal cronoprogramma operativo del PNRR. In proposito, sul versante normativo, si evidenzia che «la compresenza nello stesso provvedimento – il decreto ministeriale sugli incentivi entrato in vigore a far data dal 24 gennaio 2024 – di disposizioni eterogenee ha contribuito, in modo significativo, a rallentare le operazioni di attuazione dell'intervento PNRR che non avrebbe avuto necessità di essere sottoposto alla notifica alla Commissione europea, in ossequio alla disciplina in materia di aiuti di Stato». Per quanto concerne, invece, il profilo organizzativo e gestionale, la relazione precisa che, nonostante il trend di afflusso di istanze per la costituzione di CER nel corso del 2024 abbia avuto un andamento crescente anche se contenuto, «i dati complessivi non appaiono certo confortanti», in

Nel contesto della transizione energetica, attraverso le CER il potere pubblico viene posto – forse per la prima volta in modo così esplicito e condiviso – nella condizione di rivolgersi «non (solo) al mercato – cioè ad un insieme di soggetti qualificati e tendenzialmente in grado, ad esempio, di sopportare sopravvenienze legislative e regolamentari – ma (anche) ai soggetti finora non protagonisti» delle transizioni in atto [28]. I cittadini, le piccole e medie imprese (PMI), gli Enti del Terzo Settore (ETS) possono oggi partecipare «accanto alle grandi imprese private, alla produzione e alla fornitura dei servizi energetici» [29].

Come ormai ampiamente noto, le comunità energetiche costituiscono un modello di autoproduzione collettiva di energia elettrica che – nonostante alcune embrionali forme di sperimentazione nel Nord Europa risalenti già al secolo scorso [30] – ha trovato compiuta definizione solo con la direttiva (UE) 2018/2001 (Red II), poi modificata dalla successiva direttiva (UE) 2023/2413 (Red III). Nell'ordinamento interno, l'attuazione della normativa sulle CER è avvenuta in due tempi. Inizialmente, l'art. 42-*bis*, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 ha dettato una disciplina di carattere transitorio e sperimentale, consentendo, nelle more del completo recepimento della direttiva, la realizzazione di CER secondo le modalità e alle condizioni stabilite dalla medesima disposizione [31]. Successivamente, il già citato d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 ha provveduto a dare piena attuazione alla normativa europea. Il combinato disposto di cui agli artt. 31 e 32 del provvedimento in esame qualifica una comunità energetica come un soggetto autonomo di diritto, a struttura aperta e a base volontaria, di cui possono far parte persone fisiche, piccole e medie imprese, associazioni, enti territoriali e autorità locali (ivi incluse le amministrazioni comunali), gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, gli ETS e gli enti di protezione ambientale.

L'obiettivo principale perseguito dalla comunità deve essere quello di fornire benefici ambientali (abbandono fonti fossili), economici (riduzione costi) e sociali (rafforzamento comunità) ai propri membri o soci e alle aree locali in cui opera, attraverso l'autoconsumo di energia. Il quadro regolatorio è stato, da ultimo, completato con l'adozione del decreto ministeriale 23 gennaio 2024 e con l'approvazione delle regole operative per l'accesso agli incentivi avvenuta con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE), su proposta del Gestore dei Servizi Energetici (GSE) e previa verifica dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) per i profili di competenza.

La normativa nazionale di riferimento prevede oggi, dunque, che la collaborazione posta a fondamento della comunità energetica si basi sulla partecipazione aperta e volontaria di azionisti o membri, che risiedono o hanno sede nelle

---

considerazione della diffusione non omogenea del fenomeno (la maggior parte delle istanze sono state presentate da un numero limitato di Regioni) e del mancato rispetto della c.d. quota Sud (obiettivo del 40 per cento degli investimenti finanziari nelle regioni meridionali della penisola).

[28] G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 83.

[29] R. MICCÙ-M. BERNARDI, *op. cit.*, p. 640.

[30] F. MEY-M. DIESERDORF, *Who owns an energy transition? Strategic action fields and community wind energy in Denmark*, in *Energy communities & Social science*, 2018, p. 108 ss., secondo cui le prime sperimentazioni nel territorio danese risalirebbero alla fine degli anni Settanta.

[31] Tale prima fase di recepimento della direttiva ha definito gli elementi essenziali di funzionamento del modello, imperniato sulla «regolazione c.d. virtuale», la quale consente di valorizzare l'autoconsumo senza sviluppare in maniera significativa la rete elettrica esistente, e sulla «logica incentivante del costo evitato», che si basa sul mancato utilizzo della rete in alta tensione, anche al fine di evitare il pagamento di una componente del costo del trasporto. Cfr. S. LUCATTINI, *Per uno studio sulle comunità energetiche rinnovabili. Tra pubblico e privato*, in *Ceridap*, 2024, fasc. spec. n. 3, *Le Comunità Energetiche, le FER e un nuovo modello di Sviluppo Sostenibile*, p. 62.

vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili appartenenti o sviluppati dalla comunità stessa. I soggetti pubblici e privati aderenti sono posti in una condizione di sostanziale parità, il cui minimo comune denominatore è rappresentato dalla condivisione di «una idea di comunità» [32]. Più precisamente, la *governance* democratica e autonoma che le contraddistingue consente di assicurare l'accesso alla CER anche a coloro che versino in condizioni di povertà energetica, ove interessati al conseguimento degli eterogenei scopi già citati [33].

Come recentemente evidenziato dalla giurisprudenza contabile, in linea con le previsioni europee, «la condivisione dell'energia elettrica deve rispondere a finalità non solo ambientali, ma anche sociali» [34], fra cui rientra in particolar modo

---

[32] L. Di Cerbo, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giur. it.*, 2023, 12, p. 2750.

[33] Come ampiamente sostenuto, la sfida esistenziale rappresentata dal cambiamento climatico richiede oggi una collaborazione attiva da parte di tutti i soggetti del triangolo sociale (istituzioni pubbliche, *business community*, società civile) e un diretto coinvolgimento anche delle fasce più deboli della popolazione per realizzare l'obiettivo di una transizione giusta e inclusiva. Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, si vedano C. Mari, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in questa *Rivista*, 2020, 1; Id., *Il ruolo del privato nei procedimenti per le energie rinnovabili: uno strumento per lo sviluppo sostenibile?*, in *Federalismi.it*, 2019, 16; M. Bolognesi-A. Magnaghi, *Verso le comunità energetiche*, in *Scienze del territorio, special issue "Abitare il territorio al tempo del Covid"*, 2020, p. 142 ss.; L. Cuocolo, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche rinnovabili*, in L. Cuocolo-P.P. Giampellegrini-O. Granato (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, Egea, Milano, 2023, p. 47 ss., che delinea i tratti di un nuovo «federalismo energetico municipale».

[34] Cfr. Corte dei conti, Sez. controllo per la Calabria, delibera 27 febbraio 2025, n. 11, p. 9. Nel caso di specie, la Corte si è pronunciata a seguito dell'acquisto di una partecipazione societaria diretta nella "società cooperativa benefit a responsabilità limitata" Part-Energy, realizzato con apposita delibera dal Comune di Celico (CS), per l'adesione e l'attivazione di una comunità energetica finalizzata alla produzione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. Come noto, l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) prevede in tali casi che l'atto deliberativo di acquisizione di una partecipazione sia trasmesso dall'amministrazione procedente alla Corte dei conti, la quale delibera in ordine alla conformità dell'atto, con particolare riguardo ai profili di sostenibilità finanziaria e compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. La *ratio* della funzione di controllo esercitata dalla Corte risiede, infatti, nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici delle scelte amministrative prima che le stesse vengano attuate mediante gli strumenti del diritto privato. Nello svolgimento della citata attività di controllo, il giudice contabile ha analizzato il modello societario prescelto nel caso in esame e le motivazioni addotte ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, inquadrando poi la scelta regolatoria compiuta all'interno della cornice legislativa della Regione Calabria. Al fine di valutare l'operato dell'amministrazione, la Corte ha effettuato una interessante ricostruzione del modello CER con particolare riguardo all'importanza della veste giuridica prescelta. Sul punto, la delibera precisa che «le CER possono essere costituite in qualsiasi forma giuridica, eccetto quella di società semplice per il rischio, proprio di quest'ultima, della responsabilità illimitata dei soci. Pertanto, possono avere la forma di associazione, cooperativa, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro, "società benefit", società a responsabilità limitata, associazione temporanea di imprese, fondazione di partecipazione». Nel caso analizzato, la scelta del modello cooperativo benefit a responsabilità limitata è stata ritenuta opportuna in ragione del c.d. *double pourpose* che lo contraddistingue: oltre allo scopo di suddividere gli utili, le società benefit perseguono infatti anche una o più finalità di beneficio comune, operando in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, associazioni, territori e ambiente. Inoltre, come chiarito dalla Corte, «benché permanga il criterio "una testa un voto" proprio delle cooperative *tout court*, nella società "benefit" si deve necessariamente dare attuazione nelle scelte strategiche allo scopo sociale di realizzare il beneficio comune. Tale scopo vincola e limita, dunque, le decisioni dei soci e ciò pare realizzare al meglio quella finalità istituzionale che un ente pubblico è chiamato a perseguire nella scelta di partecipare ad un modello societario piuttosto che ad un altro per la realizzazione di una CER. A ciò si aggiunga che "lo spirito mutualistico"

il tema del contrasto della povertà in ambito energetico [35]. Le comunità di energia rinnovabile superano, quindi, il precedente e dominante modello centralizzato e a forte connotazione pubblica di produzione dell'energia, garantendo il conseguimento di un duplice obiettivo [36]: rafforzare la competitività generale e, al contempo, facilitare il completamento del mercato europeo dell'energia [37].

Tale apparente ossimoro – la compresenza dei dogmi della collaborazione e della competitività – disvela uno dei tratti più interessanti nell'analisi dell'emergente fenomeno delle CER. Le maglie aperte del dettato normativo sul punto consentono, infatti, di dare vita a esperienze tra loro profondamente differenti: «ora incentrate sulla produzione e l'autoconsumo/condivisione dell'energia prodotta, ora destinate ad assumere un ruolo più significativo sul mercato dell'energia; talvolta intese ad assicurare benefici non lucrativi di tipo minimalista, talaltra volte a realizzare più o meno ambiziosi progetti di comunità; e poi ancora CER multisettoriali, dotate di impianti propri o di impianti messi nella loro disponibilità; caratterizzate dalla presenza di soggetti pubblici o con una partecipazione limitata a soggetti privati; di piccole dimensioni o di dimensioni significative» [38].

Si è optato, dunque, per una «impostazione legislativa per certi versi "recessiva"» e per un modello dotato di una «indispensabile flessibilità» [39]: tale "indifferenza normativa" e la previsione di più paradigmi appropriativi e distributivi dell'energia hanno reso possibile tenere conto sia dei principi del modello cooperativo sia di alcuni valori cardine del mercato (diritto dei consumatori, diritto della concorrenza, ecc.). Da una parte, tale soluzione assicura il ruolo bifronte dello Stato, che si rivela «imponente nell'erogazione dei contributi e tendente a una pari-ordinazione con i privati nella gestione» [40]. Dall'altra, ciò consente la realizzazione di un «mercato energetico plurale» [41] caratterizzato da una spiccata

---

stempera già di per sé il rischio di uno sbilanciamento delle decisioni a favore di meri scopi imprenditoriali, tipici di altri modelli societari».

[35] Nota G. De Maio, *Povertà energetica e comunità energetiche. Criticità e prospettive per una transizione giusta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 27 ss., come la povertà energetica rappresenti una tematica complessa, che si pone al crocevia della lotta al cambiamento climatico e alla povertà assoluta. In tal senso, la difficoltà principale rilevata nell'inquadrare e mettere a fuoco il tema risiede proprio nel suo «carattere multidimensionale».

[36] Per una ricostruzione sull'evoluzione del sistema elettrico italiano, C. Micciché, *op. cit.*, p. 490 ss.

[37] Sosteneva già F. Vetrò, *Energia*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 395, che la materia dell'energia rientra fra i servizi pubblici «a chiara rilevanza nazionale (e, perfino, comunitaria, se non globale) che, invero, mal tollera rivendicazioni o incursioni di interessi meramente localistici».

[38] Così M. Meli, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giur. it.*, 2023, 12, p. 2761. Sul punto, vedi anche F. Bartolini, *I contratti di godimento per lo sviluppo delle comunità energetiche*, in *Giur. it.,* 2023, 12, p. 2781, in cui l'Autore ribadisce come il progressivo diffondersi dei modelli CER si inserisce nel solco della auspicata transizione energetica in atto, nell'ottica di valorizzare il ruolo degli *active customers* e dei *renewable self-consumers*.

[39] G. Cavalieri, *op. cit.*, pp. 87-108, che invita, peraltro, a riflettere sul possibile effetto virtuoso ottenibile dalla combinazione tra incentivi economici e *nudge regulation* più che sulla previsione di stringenti disposizioni normative volte a regolare lo strumento, posto che «il successo di un certo modello è legato in misura non trascurabile a elementi volatili e difficili da governare con strumenti più tradizionali».

[40] L. Di Cerbo, *op.cit.*, p. 2761.

[41] M. Renna, *Le Comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 1, p. 164. Per approfondimenti in ordine all'impatto dell'attività di fornitura energetica sul segmento consumeristico, si veda E. Bruti Liberati-M. De Focatiis-A. Travi (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia*, Cedam, Milano, 2017.

orizzontalità, solo in apparenza alternativo rispetto alla verticalità dei mercati *retail* e all'ingrosso, in cui risulta dominante la posizione rivestita dai tradizionali *big players* attivi nel settore della produzione e della fornitura di energia [42].

La rilevanza crescente del sistema delle comunità energetiche non deve, quindi, essere letta in termini di contrapposizione con i tradizionali scenari di mercato: al contrario, «la concorrenza, invero, esce potenziata dal nuovo assetto regolatorio» [43] che, investendo di precise funzioni e responsabilità tutte le parti sociali, intende accrescere la competitività a beneficio della filiera produttrice a monte e dei consumatori finali a valle. Più precisamente, si assiste a un riorientamento delle attività economiche in vista della decarbonizzazione che tiene prioritariamente conto dei nuovi scenari di sostenibilità plurale e solidarietà sociale [44]. Tale obiettivo richiede non solo ingenti finanziamenti pubblici e privati ma anche una rinnovata attività di indirizzo e coordinamento da parte delle istituzioni [45].

Alla luce delle considerazioni svolte, ferma restando la natura privatistica della comunità energetica come soggetto giuridico *ex* art. 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021, è interessante notare come – ogniqualvolta partecipino anche soggetti pubblici – il modello CER diventi «astrattamente ascrivibile a forme di amministrazione condivisa» sotto quattro principali profili [46]: (i) l'aggregazione di risorse pubbliche e private per il conseguimento di obiettivi di interesse generale; (ii) la previsione di un apparato normativo di riferimento dai contorni flessibili; (iii) il ruolo "dirigistico" ricoperto dal decisore pubblico nelle dinamiche collaborative; (iv) il rapporto non necessariamente antitetico con i dogmi della concorrenza e del mercato (che, nel caso dell'amministrazione condivisa, ha peraltro ricevuto anche un formale e autorevole riconoscimento dalla giurisprudenza costituzionale) [47].

Al fine di verificare l'effettiva coerenza delle comunità energetiche con i principi dell'amministrazione condivisa, nelle pagine che seguono si indagherà il rapporto di specie a genere che lega le prime alla seconda attraverso il ricorso alle tre dimensioni della *participatory governance* (partecipazione, delega di potere e preparazione). Si tratta, invero, di una reinterpretazione dei tradizionali poli del *democracy cube* (rappresentazione, comunicazione e potere) già efficacemente utilizzata in dottrina per sintetizzare i principali caratteri dell'amministrazione condivisa e a cui in questa sede appare opportuno uniformarsi per

---

[42] Cfr. A. ZOPPINI, *La regolazione dei contratti di vendita all'ingrosso e dei contratti "finanziari"*, in M. DE FOCATIIS (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia, vol. II, Contratti dell'energia e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 65 ss.

[43] M. RENNA, *op. cit.*, p. 166.

[44] In proposito, A. MOLITERNI, *La sfida ambientale*, cit., p. 32 ss.

[45] M. DE BELLIS, *Crisi energetica e transizione ecologica*, cit., p. 218.

[46] L'espressione è di G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 89.

[47] Il riferimento è a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in cui la Consulta ha chiarito come tra i soggetti pubblici e gli ETS è possibile instaurare «un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

valutare in chiave critica i possibili profili di convergenza o conflitto fra i due istituti [48].

3. Partecipazione, (delega di) potere, preparazione

La partecipazione costituisce l'imperativo categorico che contraddistingue ogni modello organizzativo di amministrazione condivisa e che trova peculiare declinazione sia nella «soggettività giuridica aperta» [49] delle comunità energetiche, sia nella logica di scambio fra pari che lega i suoi membri [50]. Gli artt. 31 e 32, d.lgs. n. 199/2021 consentono, infatti, di assicurare massima apertura tanto nella fase di accesso quanto in quella di recesso dalle comunità energetiche, previa definizione delle partite economiche di compartecipazione. Tale meccanismo di ampia flessibilità denota una *cooperazione orizzontale necessitata* tra soggetti pubblici e privati da identificarsi come uno dei «pilastri fondamentali della comunità stessa» [51]. Non a caso, secondo alcuni, le CER costituiscono una «concreta manifestazione della sussidiarietà orizzontale» [52] all'interno del mercato energetico, ogniqualvolta le attività di produzione e condivisione di energia vengono realizzate in coerenza col modello d'azione *bottom-up*.

Nonostante l'apparente sovrapponibilità fra la partecipazione collaborativa dell'amministrazione condivisa e quella societaria delle CER, è bene precisare come non sono mancate in dottrina critiche in ordine alla già citata impostazione legislativa recessiva sulle comunità e ai rischi derivanti dal «troppo facile recesso» di un componente della CER. In forza di tale ricostruzione, si osserva come alcuni membri della comunità siano «realisticamente più uguali degli altri», posto che, se a recedere dovesse essere il soggetto che produce energia rinnovabile (motore della CER) o la PA (fulcro organizzativo del progetto di collaborazione), l'intera iniziativa potrebbe risultare irrimediabilmente compromessa. Com'è stato efficacemente suggerito, sarebbe quindi indispensabile valutare in taluni casi l'opportunità di introdurre clausole statutarie volte a regolamentare l'uscita dalla comunità per i soggetti più significativi [53].

La massimizzazione del benessere dei membri della comunità presuppone infatti un impegno congiunto all'interno di un sistema energetico di tipo diffuso in cui, a ben vedere, ogni soggetto ha un ruolo paritario e, al contempo, un peso

---

[48] Il modello teorico di riferimento è quello offerto da M. MARUCCI, *Esperienze di co-progettazione*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio*, cit., p. 150.

[49] L'espressione è di C. MARI, *Le comunità energetiche*, cit., p. 117.

[50] Sul ruolo della partecipazione nelle dinamiche collaborative, A. VALASTRO (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 3-66, in cui l'Autrice già evidenziava come «vi è oggi un modello ulteriore rispetto al quale la democrazia partecipativa manifesta la propria complementarietà: il modello dell'amministrazione condivisa».

[51] Cfr. C. MARI, *Le comunità energetiche*, cit., p. 120, secondo cui «già dalla prima impostazione degli atti statutari fino ad arrivare alla costruzione e acquisizione degli impianti e ai meccanismi di gestione, la collaborazione tra i diversi partner costituisce il presupposto da ricercare e mantenere costante nel tempo per il buon andamento dell'organizzazione e funzionamento delle CER. In questo senso il ruolo paritario dei componenti pubblici e privati ne costituisce uno dei pilastri fondamentali, sia nella fase costitutiva iniziale di avvio sia nella fase di implementazione delle attività».

[52] M. RENNA, *op. cit.*, p. 167.

[53] S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 66.

specifico differente. Facendo ricorso alla teoria economica manageriale, appare forse più corretto qualificare allora tale rapporto in termini di "complementarietà strategica": ogni membro in possesso della cittadinanza societaria è interessato al soddisfacimento dei propri bisogni in termini di stretta interdipendenza rispetto a quelli altrui [54]. Tali considerazioni sembrano riavvicinare le comunità energetiche ai dogmi dell'amministrazione condivisa, come testimoniato, peraltro, dal fatto che alcuni qualificano le CER come «un prodotto dell'economia civile» [55], alla luce della loro vocazione solidaristica e della peculiare tecnica allocativa delle relative risorse. La cooperazione e la solidarietà presidiano il rapporto fra i membri della comunità energetica, nella misura in cui quest'ultima antepone alle logiche economiche una sorta di «socializzazione dei benefici e dei costi» [56]. Dal carattere di democraticità che pervade il sistema discende quale diretta conseguenza l'impegno a una responsabilizzazione diffusa e partecipata dei suoi membri: in modo non dissimile da quanto si verifica nei patti di collaborazione sottoscritti sulla scorta dei principi dell'amministrazione condivisa, ciò consente di superare anche il rischio che le comunità siano costituite unicamente dai cittadini più inseriti nella vita politica e sociale dei territori o maggiormente interessati alle tematiche ambientali e sociali [57].

Il secondo elemento che contraddistingue il modello dell'amministrazione condivisa e sulla cui sovrapponibilità con le pratiche di comunità di energia rinnovabile appare opportuno interrogarsi è la c.d. delega di potere. Come anticipato, i promotori delle CER possono contribuire nella «gestione del cambiamento in atto», incentivando anche il coinvolgimento della cittadinanza più restia [58]. Sul punto, merita osservare infatti come le CER sono «ben più di un mezzo per consentire ai cittadini (e alle amministrazioni) di autoprodurre e scambiare orizzontalmente energia» [59]. L'apertura a queste nuove occasioni di cooperazione nella produzione dei servizi energetici dota tali soggetti di una indubbia rilevanza nell'attuale fase di riassetto del sistema energetico europeo e, al contempo, finisce per collocare le CER nell'alveo dell'art. 118 Cost. che,

---

[54] Per questi motivi, occorre sempre valutare l'utilità e la validità complessive della proposta collaborativa, affinché la prospettiva di sviluppo energetico suggerita determini l'adozione di decisioni efficienti. In proposito, si richiama la posizione di Benvenuti, secondo cui, qualora il cittadino ritenga di esercitare la facoltà di partecipazione, la sua paritarietà con l'amministrazione gli impone di agire con lo stesso principio di garanzia del buon andamento che domina l'agire delle pubbliche amministrazioni. Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee e prospettive*, Cedam, Padova, 1996, p. 241.

[55] L. BECCHETTI, *Comunità energetiche per rispondere alle sfide della transizione green. Installando capacità produttiva imprese e cittadini possono passare da «consumer» a «prosumer»*, accessibile al seguente link: www.ilsole24ore.com. Per una ricostruzione ad ampio spettro sul punto, L. BECCHETTI-L. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Economia civile e sviluppo sostenibile. Progettare e misurare un nuovo modello di benessere*, Ecra, Roma, 2019; S. ZAMAGNI, *Beni comuni ed economia civile*, in L. SACCONI-S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Il Mulino, Bologna, 2015.

[56] Nota L. DI CERBO, *op. cit.*, p. 2759, come la disciplina in tema di comunità energetiche non può essere letta attraverso il «filtro ''mercato-Stato''» poiché ne deriverebbe una connotazione *market-oriented* che non tiene in debita considerazione il ruolo della società civile.

[57] C. MICCICHÉ, *op. cit.*, p. 500, che efficacemente sintetizza come «la comunità non sarà la panacea per tutti i mali»: la qualità del suo operato dipenderà sempre dalla "qualità della partecipazione" dei suoi componenti.

[58] C. MARI, *Le comunità energetiche*, cit., p. 123, secondo cui, a tal fine, possono essere di ausilio l'esercizio del diritto di accesso in materia ambientale e la pubblicazione preventiva dei progetti CER sui siti istituzionali delle amministrazioni locali.

[59] C. MICCICHÉ, *op. cit.*, pp. 496-497, che evidenzia, peraltro, come la dimensione territoriale e comunitaria (qui nel senso di collettiva) può essere quella più adeguata nell'ottica di imprimere un'accelerazione all'attuazione degli obiettivi energetici dell'Unione europea.

come noto, rappresenta uno degli addentellati normativi più significativi anche per il riconoscimento teorico dell'amministrazione condivisa.

È bene precisare, tuttavia, che anche con riferimento a tale secondo profilo non sono mancate critiche in ordine alla percezione e alla effettiva consistenza di questa delega. In primo luogo, si osserva come la transizione da un sistema energetico prevalentemente basato su fonti fossili a uno largamente improntato sulla produzione *green* è «un obiettivo che si colloca in una dimensione continentale e globale, il cui conseguimento genera senz'altro un beneficio collettivo, ma di cui il singolo cittadino, almeno sul piano delle percezioni, gode solo in misura infinitesimale, mentre ne sopporta i costi in misura rilevante» [60]. A ciò si lega una seconda e correlata considerazione in ordine alla convenienza del regime incentivante attualmente previsto per le CER, la cui adeguatezza è stata spesso messa in dubbio rispetto all'obiettivo di garantire una partecipazione autenticamente inclusiva e solidale.

Sotto tale profilo, le criticità rilevate sembrano, dunque, richiedere che – più che in termini di delega di potere – tanto i membri della comunità energetica quanto gli aderenti a un patto di collaborazione vengano posti nella condizione di contribuire nell'esercizio di un potere [61]. A tal fine, in ambito energetico, appare ipotizzabile l'introduzione di «poteri amministrativi in grado di condizionare quantomeno con strumenti premiali – che in questo caso appaiono forse preferibili rispetto a meccanismi di comando e controllo – la configurazione ed il funzionamento delle CER» [62]. In tal senso, le comunità energetiche al pari dei modelli organizzativi di amministrazione condivisa rappresentano una «sfida nella sfida» [63], nella misura in cui interessi diversi e spesso contrastanti devono saper convivere, anche alla luce del nuovo ruolo oggi riservato al decisore pubblico.

In linea di continuità con tali argomentazioni, la terza e ultima dimensione da valutare ai fini della verifica di sovrapponibilità fra i due modelli involge la delicata questione dell'intervento delle istituzioni per il tramite di personale adeguatamente preparato. Il ruolo chiave ricoperto dalle amministrazioni nei processi collaborativi sembra trovare precipuo riscontro nella funzione riservata alla PA in tema di comunità energetiche. Nella fase costitutiva della CER, l'amministrazione può ricoprire la fondamentale funzione di «facilitatore delle iniziative» [64]; viceversa, nelle fasi successive, il decisore pubblico può dare un contributo materiale (mettere a disposizione edifici o fornire un supporto finanziario) oppure realizzativo alle attività della comunità (diventare componente delle CER).

Una conferma sul punto deriva dall'esperienza: dall'analisi delle principali leggi regionali adottate negli ultimi anni in materia e delle attività realizzate nei territori emerge l'importanza di una presenza stabile e proattiva delle istituzioni. La promozione delle comunità energetiche si è realizzata soprattutto laddove è stato più intenso il ricorso a protocolli d'intesa, avvisi pubblici, manifestazioni di

---

[60] Cfr. G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 97.

[61] F. GIGLIONI, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2022, 20, pp. 204-217; in proposito, vedi anche T. FAVARO, *Transizione energetica e amministrazione decentrata*, in *GiustAmm.it*, 2020, 6, in cui l'Autore qualifica espressamente le comunità energetiche come «uno strumento di amministrazione condivisa».

[62] Cfr. G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 106.

[63] L'espressione è di E. GIOVANNINI, *L'Utopia Sostenibile*, Laterza, Bari, 2018, p. 44, che, in merito al ruolo della partecipazione e della cittadinanza attiva in tema di cambiamento sostenibile, chiarisce l'importanza della convivenza fra interessi contrapposti, al fine di gestire il cambiamento in chiave inclusiva e sostenibile.

[64] C. MARI, *Le comunità energetiche*, cit., p. 124.

consenso e incontri di sensibilizzazione. Tali strumenti favoriscono la collaborazione orizzontale e mettono in luce il ruolo determinante delle amministrazioni locali in una logica di prossimità. Come ovvio, il livello di governo maggiormente coinvolto in tali attività è quello locale, più attento nell'ascolto delle opinioni e capace di concretizzare i progetti dei cittadini [65]. In particolare, lo sforzo spesso richiesto ai comuni è stato quello di canalizzare e guidare tali processi, agevolando le iniziative promosse dal basso da un punto di vista organizzativo [66]. La preparazione e le garanzie di partecipazione assicurate dalla PA contribuiscono, inoltre, a realizzare quella concezione aperta e dialettica del procedimento, che vede nel confronto trasparente e argomentato con i portatori di interessi privati un fattore di «stimolo all'adeguatezza tecnica delle decisioni» [67] e, conseguentemente, di legittimazione politica e sociale delle stesse [68].

Le amministrazioni ricoprono, dunque, un ruolo chiave che non deve essere sottovalutato: in modo non dissimile da quanto si verifica in tema di adozione di regolamenti per la cura dei beni comuni o di patti di collaborazione, istituzioni disinteressate o deboli – impreparate o non in grado di agevolare il ricorso a tali nuovi modelli e l'applicazione dei relativi strumenti – costituiscono un disincentivo a cascata su tutto il processo realizzativo dei progetti di comunità.

Alla luce delle considerazioni svolte, sul piano strettamente amministrativistico, sembra in conclusione possibile sussumere il sistema delle comunità energetiche – ove partecipate anche da soggetti pubblici – nel novero dei modelli organizzativi attraverso cui si declina oggi l'amministrazione condivisa nel settore dei servizi energetici. Le coordinate normative e sistematiche sin qui richiamate hanno consentito di mettere in luce i principali punti di forza delle CER, restituendo un quadro da cui emerge l'importanza della logica di comunità e dell'impegno condiviso per il conseguimento di un obiettivo energetico comune.

---

[65] In proposito, C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale,* in *Amministrazione in cammino*, 2020, p. 15.

[66] Tale auspicio si pone in linea di continuità con alcuni degli obiettivi prefissati dalla già citata direttiva 2018/2001/UE, il cui art. 22, con particolare riguardo ai temi della semplificazione dei procedimenti volti alla realizzazione delle CER e al rilascio degli incentivi, ribadisce l'importanza di eliminare gli ostacoli normativi e amministrativi esistenti in materia, attraverso il ricorso ad analisi costi/benefici trasparenti, garanzie nell'accesso a finanziamenti e la diffusione chiara delle informazioni.

[67] Nota, in proposito, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 436 ss., come «l'accentramento decisionale caratteristico di qualsiasi politica industriale non implica affatto che il decisore possa operare le sue valutazioni e assumere le sue decisioni senza prima confrontarsi dialetticamente con chi opera nei settori e nei territori interessati: rispetto a processi così complessi, nessun consulente potrà mai sostituire il contributo che la diretta manifestazione di interessi e rappresentazione dei fatti da parte di quei soggetti può offrire».

[68] Cfr. C. CANDELISE-G. RUGGIERI, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, 2020, 13(8), p. 12. L'intervento facilitatore delle amministrazioni locali può rappresentare un supporto necessario – in taluni casi indispensabile – al fine di consentire a cittadini e imprese di realizzare le comunità senza incorrere in ostacoli burocratici e giuridici oppure nella sindrome del c.d. NIMTOO (*non in my term of office*) che tipicamente affligge i progetti ambientali. Sul punto, merita osservare come la riluttanza degli amministratori locali a consentire la realizzazione di progetti per le energie rinnovabili a causa delle proteste della cittadinanza presenta significative analogie rispetto all'attiguo fenomeno del c.d. NIMBY (*not in my back yard*), quale atteggiamento di diffidenza e resistenza a nuovi progetti da parte della popolazione direttamente incisa. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a U. BARELLI, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 1.

4. Un quadro aggiornato sullo stato dell'arte: limiti e prospettive delle CER

L'evoluzione sin qui tratteggiata sembra essere in larga parte lineare. La collaborazione pubblico-privato prevista dal modello CER fa uso della metodologia dell'amministrazione condivisa e contribuisce nel perseguimento di alcuni degli obiettivi della transizione energetica, facendo leva sul ruolo attivo della collettività e sulla rinnovata centralità delle istituzioni. Le CER consentono oggi anche ai privati di «plasmare l'interesse generale, diventando compartecipi di decisioni e strategie che, nel mondo degli appalti, dovrebbero invece solo eseguire» [69]. Al contempo, la buona riuscita delle esperienze di comunità presuppone spesso il coinvolgimento di «una amministrazione di qualità» [70] che si declina in termini di competenza nel compimento delle scelte discrezionali, apertura al confronto con gli operatori economici, nonché capacità di «contrastarli ove necessario, affinché si assumano i dovuti rischi nella realizzazione delle iniziative» [71]. In particolare, sul punto, appare opportuno il richiamo ad alcuni esempi di legislazione regionale che hanno introdotto interessanti *best practices* con riferimento alla fase promozionale della comunità (stanziamenti finanziari e supporto nella diffusione delle informazioni) e sul versante del monitoraggio dell'attività svolta e della regolazione esterna.

Per quanto riguarda il primo profilo, si segnala il caso toscano, la cui legge regionale 28 novembre 2022, n. 42, ha previsto l'istituzione di una piattaforma delle comunità energetiche rinnovabili (art. 5) [72]. Attraverso strumenti di raccolta di informazioni sul ricorso alle CER e la restituzione dei dati su scala regionale, la Toscana è oggi in grado di conseguire un duplice risultato: da una parte, rappresentare con precisione la propria capacità complessiva in termini di produzione e consumo di energia rinnovabile; dall'altra, favorire una maggiore apertura delle CER esistenti e la creazione di nuove reti [73]. Sul fronte del monitoraggio e della regolazione, devono invece ritenersi apprezzabili altre due normative: la legge regionale Lombardia 23 febbraio 2022, n. 2 individua nella Regione un punto di riferimento per il coordinamento degli interventi qualificandola come «il pilastro di un sistema energetico resiliente e mutualistico», nuovo nucleo di sostenibilità energetica locale, strumento di rafforzamento dell'utilizzo e dell'accettabilità delle fonti rinnovabili nel sistema lombardo di produzione di energia, veicolo di contrasto alla povertà energetica [74]; la legge

---

[69] S. VALAGUZZA-E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, 1, p. 7.

[70] Sul punto, G. PIZZANELLI, *I partenariati dell'amministrazione condivisa: il caso delle comunità energetiche rinnovabili*, in E. FREDIANI (a cura di), *Lezioni sull'amministrazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 140, che suggerisce come «potrebbe essere utile istituire, all'interno delle strutture regionali competenti in materia di energia, appositi uffici da dedicare al supporto e alla formazione degli amministratori locali, i quali devono essere messi nelle condizioni di svolgere il compito di garanti della centralità del territorio nell'ambito della comunità energetica rinnovabile e di propulsori del senso di comunità per far comprendere i benefici ambientali, economici e sociali derivanti dalla condivisione delle pratiche energetiche».

[71] S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 70.

[72] Legge regionale Toscana 28 novembre 2022, n. 42, recante Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili.

[73] Per ulteriori approfondimenti, si veda G. SPINA, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2023, 10, p. 606.

[74] Legge regionale Lombardia 23 febbraio 2022, n. 2, recante Promozione e sviluppo di un sistema di Comunità Energetiche Rinnovabili (CER) in Lombardia. Verso l'autonomia energetica.

regionale Emilia-Romagna 27 maggio 2022, n. 5 prevede l'istituzione di un Registro regionale delle CER e di un Tavolo tecnico permanente con funzioni di analisi, consultazione e confronto, anche ai fini dell'individuazione delle buone pratiche per la promozione e la diffusione sul territorio locale della solidarietà energetica e dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili [75].

L'attenzione crescente riservata al tema da parte dei legislatori regionali trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che a più riprese ha evidenziato l'importanza del ruolo delle Regioni nella strategia della transizione energetica. La disciplina delle CER deve essere ricondotta nel novero delle materie relative alla produzione, al trasporto e alla distribuzione dell'energia, che l'art. 117, comma 3, Cost. affida alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni [76]. Nonostante le note difficoltà nell'applicazione pratica della distinzione fra norme di principio (riservate al legislatore statale) e norme di dettaglio (appannaggio del legislatore regionale), la catalogazione operata dalla Consulta sembra in ogni caso contenere un invito per le Regioni a cogliere al meglio l'opportunità rappresentata dalle comunità energetiche, sfruttando il margine di autonomia loro riconosciuto per fornire un contributo nella sfida epocale per la sostenibilità.

La linearità di questa ricostruzione viene, tuttavia, messa in dubbio da alcuni nodi problematici rilevati soprattutto nell'analisi della *governance* di alcune comunità di energia rinnovabile [77]. Il riferimento è, in particolare, al report sui percorsi di partecipazione finanziati dalla Regione Emilia-Romagna per la progettazione di CER recentemente pubblicato dall'Osservatorio regionale per la partecipazione [78]. In dettaglio, sono emerse criticità con riferimento a profili

---

[75] Legge regionale Emilia-Romagna 13 aprile 2023, n. 3, recante Norme per la promozione ed il sostegno del terzo settore, dell'amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva.

[76] Cfr. Corte cost., sentenza 23 marzo 2023, n. 48. Sempre sul tema del riparto di competenze fra Stato e regioni, si veda anche Corte cost., sentenza 10 maggio 2022, n. 117, che, con riferimento alla disciplina di assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica prevista dalla legislazione della Provincia autonoma di Trento, mette in evidenza la centralità della cornice europea anche nel definire lo spazio più idoneo di regolazione. In particolare, pur individuando una competenza legislativa *sui generis* delle Province autonome in materia, la Consulta chiarisce come «anche al cospetto delle autonomie speciali, permangono inalterate, almeno a livello di principio, le ragioni in favore di una regolazione uniforme degli aspetti più rilevanti della materia. Esse riguardano, certamente, il rispetto dei vincoli europei quanto all'affidamento (anche) a privati di beni e servizi pubblici, perché la tutela effettiva della concorrenza e della trasparenza rappresenta un interesse primario dell'Unione europea, come dimostrato dalla specifica legislazione comunitaria nella materia della produzione di energia elettrica».

[77] Sulle criticità della *governance* in ambito energetico, senza pretesa di esaustività, E. Bruti Liberati-G. Cavalieri-G. Colombo, *Energia* (voce), in S. Nespor-L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1687 ss.; G. De Vergottini, *Il Governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in G. Napolitano-A. Zoppini (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 17 ss.; L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011; F. Donati, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. Bruti Liberati-F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 35 ss.

[78] Cfr. ART-ER, *Comunità energetiche rinnovabili e partecipazione. Analisi dei percorsi di partecipazione finanziati dalla Regione Emilia-Romagna per la progettazione di Comunità energetiche rinnovabili*, 2024. Il report svolge una approfondita attività di monitoraggio dei percorsi di partecipazione per la progettazione di CER nell'ambito del Bando Partecipazione 2022 promosso dalla Regione. Il progetto ha permesso di riconoscere e analizzare le fasi preliminari che caratterizzano la progettazione e lo sviluppo di comunità energetiche. Merita osservare come la maggior parte delle esperienze analizzate sono basate sul ricorso al c.d. modello *public lead*, in cui è particolarmente significativo il ruolo dell'attore pubblico nel perseguimento degli obiettivi di interesse generale. Il documento è accessibile al seguente link: www.art-er.it.

paradossalmente analoghi rispetto ad alcuni di quelli richiamati nel paragrafo precedente per descrivere i punti di forza del sistema CER.

Una delle principali barriere individuate nella realizzazione dei percorsi di comunità è stata, infatti, quella relativa al possesso di adeguate professionalità e competenze: in molti casi sussiste un rilevante *gap* fra il livello di conoscenze tecniche necessarie per la realizzazione del progetto e quelle effettivamente possedute dalla maggior parte dei soggetti partecipanti alla CER [79]. A ciò si lega la correlata questione della partecipazione: la complessità delle questioni trattate e l'ampio arco di tempo necessario per l'implementazione dei progetti determinano conseguenze pregiudizievoli sui livelli di adesione e partecipazione continuativa. Molto spesso gli incontri pubblici realizzati nell'ambito dei percorsi partecipativi hanno avuto scarso successo, con un media di circa 25/30 partecipanti [80].

Sul versante normativo, merita segnalare inoltre come il ritardo registrato nella pubblicazione dei decreti attuativi della normativa di settore ha influenzato – limitandoli – gli esiti attesi dai processi partecipativi. Tra le principali conseguenze dello stallo normativo il già citato report enfatizza, in particolar modo, il tema del calo di interesse generale per le CER soprattutto da parte di quelle aziende che avrebbero potuto adottare lo strumento comunitario per ridurre il costo delle bollette e partecipare attivamente alla transizione energetica del proprio territorio [81].

Infine, sul piano economico, si evidenzia la difficoltà talvolta rilevata dagli istituti di credito nel garantire la finanziabilità degli interventi di realizzazione degli impianti in ragione dell'incapacità di fornire adeguate garanzie finanziarie da parte dei membri della comunità. In particolare, i rischi legati all'accesso al credito hanno spesso compromesso l'anticipazione delle somme necessarie al pagamento della manodopera e dei materiali e, conseguentemente, la richiesta di rimborso tramite fondi PNRR.

Nonostante la pluralità di profili critici emersi dalle prime analisi sulla diffusione del sistema CER, è bene precisare, altresì, come tali rilevazioni sono interpretate dallo stesso report come un supporto utile per una lettura più attenta e ragionata del fenomeno, piuttosto che come un argine alla diffusione dello strumento. Non a caso, la stessa relazione si conclude affermando espressamente che «questo lavoro è un tassello» nell'ambito di un percorso più lungo verso la sostenibilità energetica e la neutralità carbonica della Regione. L'obiettivo dichiarato è quello di «supportare non solo le grandi trasformazioni, ma anche e ancora di più le trasformazioni piccole e capillari dal basso, che strutturano il sistema territoriale e lo rendono resiliente rispetto ai cambiamenti, anche improvvisi, degli assetti di produzione e distribuzione dell'energia» [82].

Oltre alla già richiamata esigenza di "fare presto", dal contributo sembra allora emergere la correlata necessità di "fare meglio". A tal fine, si prospetta la realizzazione di una regia unitaria sottesa da una visione strategica condivisa per lo sviluppo dei territori e la diffusione in maniera sempre più capillare del

---

[79] Nota G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 105, come occorre anche considerare che la gestione delle comunità energetiche presuppone un certo grado di alfabetizzazione digitale e, al contempo, di familiarità con le tecnologie *smart* e, poiché l'Italia si posiziona costantemente al di sotto della media europea in termini di digitalizzazione (con un tasso di analfabetismo digitale che supera il 60%), «anche sotto questo aspetto l'effettiva capacità inclusiva del modello in esame non può essere data per scontata».

[80] ART-ER, *op. cit.*, p. 28.

[81] *Ivi*, p. 28.

[82] *Ivi*, p. 38.

sistema CER: lo scopo è quello di garantire la «democratizzazione delle scelte energetiche e di sviluppo dei territori, come somma di azioni congiunte di imprese, cittadini, amministrazioni» [83]. In termini analoghi, l'ultimo report sulle Comunità energetiche rinnovabili elaborato congiuntamente da Legambiente e GSE non lascia adito a dubbi sull'importanza di un cambio di passo: vi è un rilevante *gap* tra le 154 forme di energia condivisa costituite sino a oggi nella penisola e le oltre 400 che avrebbero potuto essere realizzate al ricorrere di condizioni normative, organizzative e gestionali più favorevoli [84].

Aldilà dei già richiamati ritardi nella fase attuativa del sistema CER, appare opportuno interrogarsi allora su "come fare presto e meglio": come già avviene in taluni casi, un ruolo strategico di ausilio potrebbe, ad esempio, essere ricoperto dalle realtà provinciali o regionali, chiamate a vario titolo a sostenere la diffusione delle energie rinnovabili. Ciò consentirebbe di evitare, peraltro, che «il miraggio dell'autosufficienza si trasformi, per i comuni, in isolamento e incomunicabilità» [85]. In attuazione del criterio della *multilevel governance*, tali considerazioni assumono rilevanza cruciale nel settore della regolazione dei mercati dell'efficienza energetica il cui «carattere tipicamente multilivello» ben si presta a dare attuazione armonica alle dinamiche collaborative fra i vari livelli di governo [86]. Pur individuando negli enti locali i soggetti più idonei a mobilitare e coordinare gli altri attori, appare ipotizzabile un ruolo stabile di ausilio a livello regionale, capace di fornire competenze a supporto tanto della fase promozionale e organizzativa dell'attività, quanto di quella successiva di monitoraggio, coordinamento e gestione [87]. Il minimo comune denominatore di tali politiche andrebbe rintracciato nel condiviso obiettivo di assicurare la realizzazione di progetti energetici di sviluppo e coesione sostenibili nel lungo periodo. D'altronde, come efficacemente sostenuto, «le comunità energetiche andranno costruite pazientemente e dovranno essere sostenute tanto sul piano tecnico e finanziario, quanto su quello umano e della necessaria fiducia» [88].

---

[83] In proposito, il report detta alcune prime indicazioni operative che a giudizio degli Autori potrebbero rivelarsi particolarmente utili: (i) individuare territori deboli dal punto di vista della partecipazione e loro caratteristiche, per studiare strumenti di supporto dedicati; (ii) mappare processi partecipativi, azioni di sistema e loro risultati concreti, per evidenziare sinergie realizzate e potenziali; (iii) definire modelli replicabili di CER per diversi tipi di territori regionali e per piccole comunità e aree interne, anche al fine di renderle resilienti rispetto alle fluttuazioni del mercato dell'energia.

[84] Il riferimento è al *Rapporto 2024 sulle Comunità energetiche rinnovabili. Il punto della situazione in Italia*, 2024, p. 3, accessibile al seguente link: www.legambiente.it.

[85] Per ulteriori approfondimenti sul punto, C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019, 4, p. 981.

[86] L'obiettivo della decarbonizzazione richiede, dunque, di utilizzare al massimo lo strumento del multilateralismo. Sul tema, R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in R. MICCÙ (a cura di), *Multilevel regulation and government. Implementation of the «Third Package» and promotion of renewable energy*, Jovene, Napoli, 2016, p. 3 ss. Peraltro, su scala globale, osserva M. CAFAGNO, *op. cit.*, che «il calcolo cinico, in nome di un più o meno sottaciuto criterio di priorità degli interessi, che notoriamente frena il perfezionamento di accordi multilaterali capaci di impegnare alla soluzione di questioni ambientali di rilievo planetario tutti gli Stati muniti di una capacità di influenza, rappresenta un altro tipico esempio di ostacolo alla creazione di risposte istituzionali adeguate alla scala territoriale degli eventi bisognosi di controllo».

[87] C. TUBERTINI, *La città collaborativa quale paradigma innovativo nella prospettiva dell'amministrazione condivisa*, in E. FREDIANI (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 47, che sottolinea come la strada del rafforzamento delle città come istituzioni autonome non deve essere necessariamente alternativa rispetto a quella di «un coordinamento armonico delle azioni e delle politiche poste in essere dall'intero sistema dei poteri pubblici».

[88] G. MICCICHÉ, *op. cit.*, p. 490.

5. Nuove applicazioni dell'*energy justice*: da CER a CERS

Una delle principali ragioni della rilevanza acquisita dal modello CER e del successo di alcune esperienze di comunità è sicuramente ascrivibile all'avvenuta convergenza fra le necessità della società civile e gli obiettivi del decisore pubblico. Il bisogno che la PA ha dei cittadini e della loro opera deve ritenersi da sempre foriero di nuove opportunità, nella misura in cui il potere pubblico «si piega ad essi» qualora i fini particolari dei singoli siano essenziali per il perseguimento di obiettivi generali. Ciò consente di realizzare in talune ipotesi una sovrapposizione tra cittadini e Stato, tale per cui «si può dire [che] i loro fini particolari saranno in breve i suoi» [89].

Con particolare riferimento allo sviluppo dei modelli CER incentrati su tale forma di collaborazione, merita osservare come la costituzione della comunità ben può avvenire su impulso delle amministrazioni pubbliche, degli ETS e dei privati, in assenza di innesti imprenditoriali o relegando la *business community* al ruolo di mero investitore [90]. Più precisamente, le Comunità Energetiche Rinnovabili e Solidali (CERS) rappresentano una speciale categoria di CER, che si contraddistingue per il primario obiettivo di portare benefici sociali ai destinatari della politica d'intervento. Si tratta, infatti, di comunità progettate a favore dei soggetti e dei territori più in difficoltà (famiglie, periferie, piccoli comuni, territori rurali, ecc.), ove la produzione, la condivisione e il consumo di energia da fonti rinnovabili in forme comunitarie rappresentano non solo un'occasione di innovazione tecnologica e di contrasto all'emergenza climatica, ma anche una chiave per fronteggiare le diseguaglianze sociali e la povertà energetica, nonché offrire nuove occasioni di coesione e sviluppo [91].

Come testimoniato dalla prima esperienza di CERS in Italia promossa in Campania da Legambiente, Fondazione Famiglie di Maria e Fondazione per il Sud, tali interventi strutturali dal carattere para-assistenziale favoriscono l'agire collettivo, la promozione delle realtà locali e la nascita di nuove figure professionali per

---

[89] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969, p. 24.

[90] Per un'analisi ricostruttiva sul punto, si rinvia al Rapporto della Fondazione TerzJus ETS, *Gli Enti di Terzo Settore come veicolo per lo sviluppo delle Comunità Energetiche. Guida operativa per creare e gestire le CER come ETS*, Roma, 2024, p. 45 ss., che evidenzia come le alternative non profit – quali l'associazione riconosciuta o le fondazioni di partecipazione – appaiono soluzioni preferibili per la costituzione delle CER da parte degli enti locali promotori. Le soluzioni non profit sono, infatti, in grado di garantire il rispetto dei requisiti essenziali previsti dalla normativa di settore, quali, in primo luogo, l'assenza di scopo di lucro e il perseguimento del bene comune. Qualora, invece, un ente pubblico intenda strutturare una comunità energetica in forma societaria sarà tenuto al rispetto di un onere motivazionale rafforzato, dovendo giustificare puntualmente le ragioni a fondamento della sua scelta. Viceversa, l'individuazione della forma giuridica più idonea per le CER promosse da privati dipenderà sempre dalle concrete modalità gestionali e strategiche concordate dai soggetti partecipanti. In materia, un ruolo di primordine è ricoperto dallo schema cooperativo, il cui ricorso sembra assicurare il conseguimento di un duplice scopo: da una parte, una garanzia di libero ingresso ai nuovi soci; dall'altra, un incentivo alla partecipazione attiva e democratica dei componenti nel definire le strategie d'intervento. Nel novero delle possibili declinazioni del modello CER che emergono dall'esperienza, merita segnalare, infine, la peculiare ipotesi in cui la comunità energetica nasca su impulso di enti religiosi, quale macrocategoria che ricomprende gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti dalla Chiesa cattolica, gli enti delle confessioni religiose che hanno concluso intese con lo Stato italiano, nonché gli altri enti riconosciuti ai sensi della legge 24 giugno 1929, n. 1159.

[91] Sul ruolo delle CERS come "modello valoriale" «emerso nella fase sperimentale aperta dal milleproroghe e, poi, ripreso in altre esperienze, nella fase di transizione regolatoria verso le comunità energetiche di cabina primaria», G. DE MAIO, *op. cit.*, p. 107 ss.

il tramite di comunità energetiche ad alto impatto sociale. In dettaglio, la CERS di Napoli Est è stata costituita nel quartiere di San Giovanni a Teduccio grazie a un investimento congiunto di circa centomila euro, che consente a 40 famiglie con accertati disagi sociali di godere dei benefici derivanti dal sistema energetico di comunità [92].

Più recenti esempi di impegno solidale in materia energetica possono individuarsi in alcuni progetti coordinati dalla Fondazione Banco dell'energia, fra cui il piano "Cascina Ri-Nascita" (Milano), volto a realizzare un impianto fotovoltaico nel contesto di riqualificazione dei fabbricati di un immobile dove donne vittime di violenza sessuale e domestica potranno vivere a titolo gratuito e in sicurezza, nonché i progetti "CER posto anche per te" (Regalbuto, Sicilia) e "Il Sole per tutti" (Foggia, Puglia) che prevedono la costituzione di CERS per più di 60 nuclei familiari beneficiari e l'attivazione di percorsi di sensibilizzazione e informazione sui temi del risparmio energetico, delle energie rinnovabili e dell'autoresponsabilità nelle scelte energetiche [93]. La vocazione sociale e solidale di tali progetti si evince anche dalla volontà di portare avanti percorsi di educazione e sensibilizzazione sui temi energetici, al fine di rendere più efficiente e funzionale il consumo energetico della comunità stessa.

Secondo i dati disponibili, la Rete delle CERS conta oggi 3 promotori (Legambiente, CERS di Napoli Est e Comune di Ferla) e 56 realtà aderenti, il cui principale obiettivo è quello di costruire un'alleanza dal basso per la lotta alla povertà energetica [94]. Se nel novero delle politiche di nuovo conio volte a contrastare tale fenomeno rientrano senza dubbio anche quelle che valorizzano un ruolo più attivo dei consumatori, si osserva *a fortiori* come l'equità del processo di transizione climatica sembra analogamente richiedere «il coinvolgimento di più soggetti, dal settore privato a quello pubblico e di tutti i tipi di consumatori, in quanto [solo] un simile approccio permette di realizzare soluzioni strutturali più efficaci nel contrastare il fenomeno della povertà energetica» [95].

Azioni virtuose di adattamento e contrasto ai cambiamenti climatici possono, quindi, essere realizzate anche grazie alla partecipazione attiva dei cittadini e al supporto degli ETS, facendo ricorso a «un [vincente] approccio dialogico fra le istituzioni e il mondo associativo locale» [96]. Attraverso attività di recupero di

---

[92] In dettaglio, l'impianto fotovoltaico in esame ha una potenza di 53 kW ed è in grado di produrre circa 65.000 kWh/a di energia elettrica. Di questa, circa il 18% viene autoconsumata dalla Fondazione, con una riduzione della bolletta elettrica. Della restante quota di energia prodotta ma non direttamente autoconsumata dalla Fondazione si è stimato che circa il 40% è prioritariamente consumata dalle prime 20 famiglie aderenti (poi arrivate a 40) e la parte eccedente immessa in rete e remunerata al Prezzo Zonale Orario. A completamente delle adesioni, la quota di energia condivisa arriverà all'81%. A tale energia condivisa spetta sia l'incentivo del GSE, sia la restituzione di ARERA dei costi di trasmissione dell'energia. Il progetto prevede, inoltre, la divisione di tutti i ricavi generati dall'energia condivisa, al netto delle spese di gestione in parti uguali tra i soci della comunità. Per ulteriori approfondimenti, si veda il rapporto di Legambiente e Rete delle Comunità energetiche rinnovabili e solidali, *Tutti i segreti per un'energia condivisa e solidale. Guida pratica allo sviluppo delle comunità energetiche rinnovabili e solidali e all'autoconsumo collettivo*, 2022, p. 18.

[93] I dati sono tratti dal già citato report di Legambiente e GSE sulle CER che, nel fare il punto della situazione in Italia nel 2024, offre anche un'analisi sui progetti in via di sviluppo per implementare il sistema CERS. Per ulteriori approfondimenti, *Rapporto 2024 sulle Comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 18 ss.

[94] In proposito, si precisa che i dati sono soggetti a costante aggiornamento e accessibili al seguente link: www.comunirinnovabili.it (ultima rilevazione settembre 2025).

[95] G. De Maio, *op. cit*., pp. 80-81.

[96] G. De Maio, *op. cit*., p. 110.

contesti con rilevate criticità ambientali e socioeconomiche e la riqualificazione di aree a forte disagio insediativo, l'esperienza delle CERS sembra confermare l'utilità del modello flessibile previsto in materia di comunità energetiche e, al contempo, dare attuazione ai valori della *energy justice,* in linea di continuità con gli obiettivi della transizione giusta. Una scelta regolativa può, infatti, ritenersi *energeticamente giusta* ogniqualvolta venga compiuta nel rispetto dei principi di disponibilità, accessibilità, giusto procedimento, buona amministrazione, equità intergenerazionale, equità intragenerazionale, sviluppo sostenibile e responsabilità [97].

La rilevata convergenza fra i principi della *energy justice* e gli obiettivi della transizione energetica trova conferma nella soluzione strategica introdotta per affrontare la questione della vulnerabilità energetica di larghe fasce della popolazione. Garantendo la distribuzione capillare di sistemi produttivi di energia da fonti rinnovabili, le CERS costituiscono processi *bottom-up* capaci di moltiplicare in modo spontaneo ed esponenziale le opportunità di approvvigionamento energetico, facilitando anche il conseguimento degli obiettivi della transizione. A titolo esemplificativo, si pensi al caso della Fondazione Cariplo, che, a partire dal 2022, tramite il bando "Alternative" e altri strumenti filantropici, ha sostenuto la creazione di nuove CERS, i cui principali beneficiari sono soggetti in condizioni di vulnerabilità e povertà energetica. A fronte di un contributo complessivo di circa 2,5 milioni di euro, Cariplo supporta amministrazioni pubbliche, enti privati *non profit* e parrocchie nella costituzione e nello sviluppo di 27 CERS localizzate in Lombardia e nelle province di Novara e del Verbano-Cusio-Ossola. La Fondazione garantisce, inoltre, la fornitura di un servizio di assistenza tecnica, economico-finanziaria e legale-amministrativa, lo svolgimento di una campagna di sensibilizzazione dei cittadini e il riconoscimento di un contributo economico per cofinanziare la realizzazione degli impianti.

Oltre a essere un'opportunità di produzione e autoconsumo di energia da fonti rinnovabili e una soluzione per garantire il contenimento dei costi energetici, il *quid pluris* delle CERS va ricercato nella loro capacità di contribuire a riattivare o rafforzare i legami delle comunità locali in termini di maggiore equità sociale [98]. Pur in assenza di una regolamentazione puntuale a livello normativo, il sistema delle comunità rinnovabili e solidali possiede una incisiva dimensione attuativa e offre una interessante duplice conferma: da una parte, sulla validità e lungimiranza del meccanismo legislativo flessibile introdotto per il modello CER; dall'altra, sul rapporto di specie a genere che lo lega all'amministrazione condivisa, alla luce della rilevata comune "attitudine creativa".

---

[97] Cfr. V. Cappelli, *Le comunità energetiche*, cit., p. 410.

[98] Sul punto, nota G. De Maio, *op. cit.*, pp. 116-118, come le comunità energetiche possono avere un ruolo fondamentale nell'alveo delle politiche strutturali volte a ridurre le concause che determinano una situazione di povertà energetica. Le azioni locali, grazie alla conoscenza diretta del contesto e delle condizioni delle famiglie nel territorio, riescono ad essere efficaci e capillari, anche attraverso iniziative mirate. In proposito, l'Autrice evidenzia che «per stimolare e aiutare le comunità a contrastare la povertà energetica, sarebbe utile che la legislazione regionale, in materia di comunità energetiche, si concentri nella messa a disposizione dei Comuni di fondi per supportare il loro investimento in infrastrutture da mettere a disposizione delle comunità di energia rinnovabile, in particolare, a quelle che danno un contributo preferenziale ai soggetti in situazione di povertà energetica».

6. Il principio «*no person and no place left behind*» e i rischi di una transizione a due velocità: prime considerazioni conclusive

Il caso di studio delle CER e delle CERS sembra, dunque, confermare l'esistenza di profili di convergenza fra gli obiettivi sovranazionali di contrasto ai cambiamenti climatici e i risultati conseguiti a livello nazionale da alcuni modelli organizzativi di amministrazione condivisa. D'altronde, oltre a ridisegnare gli scenari energetici, la stessa visuale del legislatore europeo sul punto è mutata nel corso degli ultimi anni «non solo nel lessico, ma anche nell'individuazione dei protagonisti dei futuri mercati energetici» [99]. Se, da un lato, com'è stato efficacemente scritto, «la transizione ecologica sta ai prossimi decenni come l'invenzione della stampa sta al XV secolo o la rivoluzione industriale al XIX secolo» [100], dall'altro, merita osservare come, nell'ordinamento interno, il ricorso a forme di amministrazione condivisa ha rappresentato «un elemento strutturale» [101] "a valle" di molte politiche per la ripresa e la tenuta del Paese dopo gli accadimenti degli ultimi anni, che ha saputo elevare il ruolo della collettività nella definizione dei contenuti dell'azione amministrativa "a monte" [102].

In particolare, il ricorso agli strumenti collaborativi si è rivelato un fattore decisivo anche per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi *green*, fra cui rientra la promozione delle comunità di energia rinnovabile. Con particolare riferimento al settore energetico, la rilevata convergenza tra obiettivi UE e risultati interni della collaborazione pubblico-privato trova, inoltre, giustificazione in due correlati ordini di motivi: uno generale, legato alla lenta ma progressiva tendenza del sistema europeo a virare «da un diritto costruito esclusivamente a tutela dei mercati e della concorrenza ad un diritto che si occupa anche di diritti fondamentali, di correzione delle disuguaglianze e, appunto, di tutela dell'ambiente» [103]; l'altro più specifico, alla luce della collocazione delle comunità energetiche al crocevia fra giustizia sociale e ambientale.

Dall'analisi effettuata emerge, infatti, come le CER sono in grado di «conciliare le istanze alla base della transizione energetica con quelle che compongono il concetto di *energy justice*» [104]. Tale commistione fra le due tendenze connota l'attuale fase storica del diritto dell'energia, che pare occuparsi per la

---

[99] G. De Maio, *op. cit.*, p. 145.

[100] G. Giraud, *Transizione ecologica. La finanza a servizio della nuova frontiera dell'economia*, Emi, Bologna, 2015. Sul tema, vedi anche F. De Leonardis, *Concorrenza e ambiente: "conflitto" o "concorso"? Alcune riflessioni sui sustainability agreements di cui all'art. 101, par. 3 TFUE*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2023, 3; E. Chiti, *In motu. L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 183 ss.

[101] Cfr. G. Arena, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Touring Club, Milano, 2020, pp. 20-26.

[102] Come chiarito da G. Pizzanelli, *op. cit.*, p. 113, la cittadinanza attiva che tipizza il modello dell'amministrazione condivisa per il perseguimento degli interessi generali «non è mossa dall'intento di adempiere a un dovere o di rivendicare un diritto, come avviene secondo lo schema dell'amministrazione prestazionale; tantomeno, la stessa è orientata all'esercizio di un potere. Al contrario, attraverso l'amministrazione condivisa viene messa in atto una nuova forma di libertà responsabile e solidale, spontanea e volontaria (si potrebbe dire, la "libertà attiva" di cui parlava Feliciano Benvenuti), che, sulla base dell'art. 118, co. 4, Cost., chiede alle varie articolazioni della Repubblica soltanto promozione e sostegno».

[103] F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare*?, in *Dir. amm.*, 2017, 1, p. 202.

[104] V. Cappelli, *Le comunità energetiche*, cit., p. 424.

prima volta anche di profili sociali. Gli imperativi categorici della sostenibilità plurale e della solidarietà (anche intergenerazionale) hanno, dunque, fatto il loro ingresso nel mercato dell'energia, offrendo nuove risposte in ordine al ruolo che i cittadini e le istituzioni possono ricoprire nella costruzione di una società giusta e inclusiva [105]. Da una parte, appare indubitabile che il protagonismo civico rappresenti oggi una risorsa indispensabile all'interno delle dinamiche di comunità, «che non si limita ad aggiungere qualcosa all'amministrazione dell'interesse collettivo, né può o deve sostituire l'istituzione che ha la responsabilità di curarlo, ma può trasformarla, migliorarla, espanderla e arricchirla» [106]. Dall'altra, la complessità e la multidimensionalità delle sfide sottese alle transizioni favoriscono anche «l'emersione di un diverso protagonismo dei pubblici poteri» [107], che – inseriti in una rete di sicurezza sovranazionale – sembrano prediligere l'integrazione fra pubblico e privato in luogo del tradizionale approccio verticistico di tipo *top-down*.

La necessità di definire in modo concertato i contenuti dei piani d'azione pubblici e l'urgenza di prendere decisioni strategiche e credibili nel lungo periodo evidenziano, peraltro, la «complessa doverosità del compito che grava sull'amministrazione, chiamata [ancora oggi] a contribuire al progetto costituzionale come parte attiva nella rimozione degli ostacoli che impediscono ai diritti e alle libertà di operare con pienezza nell'emancipazione della persona e nella piena realizzazione a cui ciascuno ha uguale diritto» [108].

Le sfide sin qui richiamate sembrano, quindi, imporre una riflessione attenta sui nuovi soggetti da includere nella lotta al cambiamento climatico e sull'equità sociale delle scelte da compiere, affinché delle transizioni vengano colte le grandi potenzialità ma anche arginati i rischi [109]. Sul punto, il rapporto che lega le CER alle CERS evidenzia come, pur essendo accomunate dall'obiettivo di «rendere effettivamente partecipato» il mercato della produzione energetica, le seconde richiedono un *quid pluris* in termini di giustizia ed equità delle scelte regolatorie compiute [110]. Tale peculiare declinazione della collaborazione pubblico-privato sembra ispirarsi a uno dei più significativi principi del *Green Deal* europeo, in virtù del quale «*no person and no place should be left behind during the EU's transition*». In termini generali, un'iniziativa sul fronte energetico potrà allora ritenersi sostenibile e inclusiva ogniqualvolta sia integrata all'interno di una politica pubblica che è anche attenta alle esigenze delle fasce più deboli

---

[105] Cfr. G. De Maio, *op. cit.*, p. 157, che include nel cambio di paradigma necessario anche l'impegno a garantire «un congruo "lascito di sostenibilità" alle generazioni che verranno». In termini analoghi, C. Micciché, *op. cit.*, pp. 510-511, che a più riprese enfatizza come oggi la modernizzazione del sistema energetico passi attraverso «un nuovo protagonismo comunitario intriso di solidarietà, anche intergenerazionale».

[106] A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., p. 192.

[107] A. Moliterni, *Metamorfosi*, cit., p. 91.

[108] A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., p. 149.

[109] G. De Maio, *op. cit.*, p. 152 ss., in cui l'Autrice evidenzia come «la transizione energetica può essere più rapida, più economica e più equa qualora venga supportata tramite il coinvolgimento diretto dei cittadini».

[110] Sulla natura delle CER quali modelli organizzativi ambiziosi e «unità di transizione» dei sistemi di generazione, trasmissione e distribuzione di energia a scala locale, M. Caroli, *Le Comunità Energetiche: da fenomeno emergente a modello di transizione*, in L. De Vidovich-L. Tricarico-M. Zulianello, *Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, FrancoAngeli, Milano, 2021, p. 13, che qualifica le CER come «l'interfaccia organizzativa di una rivoluzione tecnologica, a servizio di un mercato energetico sempre più decentralizzato e basato su una rilevante innovazione dei modelli di business».

della popolazione, per non incorrere nel paradossale rischio di realizzare una transizione a due velocità [111].

Il conseguimento del citato obiettivo di giustizia ed equità delle transizioni presuppone il ricorso a nuovi paradigmi programmatori e operativi, che tengano adeguatamente conto sia del valore aggiunto rappresentato dagli strumenti di collaborazione pubblico-privato, sia della rinnovata centralità dell'amministrazione. Le istituzioni non devono, infatti, essere più considerate come «un corpo estraneo e sovrapposto rispetto al territorio delle relazioni e delle ragioni di vita del gruppo», quanto, più correttamente, come un loro sviluppo logico che si pone come «elemento integratore e potenziatore: non, cioè, un ricamo che giunge dall'esterno al tessuto sociale, ma il rinforzamento di alcune delle trame di questo stesso tessuto» [112].

[111] G. CAVALIERI, *op. cit.*, p. 105, secondo cui il rischio che sembrerebbe profilarsi è quello di una transizione energetica "a due velocità", dove «la partecipazione a una comunità energetica marca il discrimine tra chi beneficia della transizione e chi ne rimane escluso, ampliando ulteriormente le disuguaglianze esistenti».

[112] La riflessione sul punto deriva da una suggestione di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 117.



Transizione energetica e tutela ambientale: tra dialogo e contrapposizione

Energy transition and environmental protection: between dialogue and opposition

di *Evelina Chiara Sansotta*[*]

ABSTRACT

Il contributo tratta della transizione energetica e dei possibili conflitti che ad essa si ricollegano sia dal punto di vista della dialettica degli interessi coinvolti sia dal punto di vista dei soggetti istituzionalmente preposti alla loro protezione. Più specificatamente, il tema della convergenza degli interessi, in possibile conflitto tra loro, sarà affrontato avuto riguardo alla localizzazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili nel paesaggio (in generale) e nei terreni aventi destinazione agricola (in particolare).

The paper addresses the energy transition and the potential conflicts that are connected to it, both in terms of the interests involved and with regard to the institutional actors tasked with safeguarding those interests. Specifically, it examines the convergence, and potential opposition, of such interests in the context of the siting of renewable energy production facilities, with particular reference to their installation within the landscape generally and on lands zoned for agricultural use more specifically.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il conflitto tra la realizzazione degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili (f.e.r.) e la tutela del paesaggio. – 2.1. La disciplina normativa sulla localizzazione degli impianti di energia da fonti rinnovabili nel paesaggio nel d.lgs. n. 387/2003. Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. – 2.2. Dalle aree non idonee alla pianificazione in positivo attraverso le "*go to areas*". – 3. I più recenti sviluppi del diritto vivente nella armonizzazione tra sviluppo delle f.e.r. e tutela del paesaggio. L'enunciazione dell'interesse pubblico prevalente e l'adozione delle nuove linee guida ministeriali di cui d.m. 21 giugno 2024. – 4. Transizione energetica e conflitti endo-ambientali: il caso dei terreni aventi destinazione agricola: la questione delle idoneità delle aree agricole a ospitare impianti f.e.r. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La transizione energetica costituisce un segmento, una componente essenziale, della transizione ecologica volta a ridurre le emissioni antropiche di gas a effetto serra attraverso il passaggio dall'utilizzo di fonti convenzionali di tipo fossile (fortemente inquinanti e climalteranti) alle fonti di energia rinnovabili (fonti di energia pulita) [1].

[*] Dottoranda in Studi giuspubblicistici presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

[1] Sulla transizione energetica, E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIS-A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Cedam,

Il tema in argomento ha assunto un ruolo centrale nel recente dibattito politico, in particolare nell'ambito della strategia di contrasto al cambiamento climatico lanciata dalla Commissione europea il 19 dicembre del 2019, sotto la presidenza di Ursula von der Leyen [2], e a seguito della Comunicazione della Commissione europea dell'8 marzo 2022, relativa al piano *REPowerEU* [3].

Nel contesto europeo, il *New Green Deal* prevede una serie di iniziative strategiche per realizzare una transizione verde, affrontando i problemi legati al clima e all'ambiente, con l'obiettivo di trasformare l'Unione europea in una società giusta e prospera, climaticamente neutra, in cui la crescita economica dovrà prescindere dall'utilizzo delle risorse [4].

L'ampia strategia di contrasto al cambiamento climatico delineata dall'Unione si snoda attraverso una serie di politiche pubbliche e misure interconnesse tra cui il sostegno, sotto diverse forme, alla transizione energetica a tutela dell'ambiente umano.

Lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabili [5] attraverso politiche di decarbonizzazione si pone, così, in intima connessione con la tutela dell'interesse ambientale, essendo in qualche modo funzionalizzato alla migliore attuazione di tale valore costituzionale; come è stato efficacemente affermato in dottrina, infatti, «*gli impianti energetici da fonti di energia rinnovabili possono essere accomunati in una sorta di formula: le fonti rinnovabili sono tratte dall'ambiente per la tutela dell'ambiente*» [6].

Milano, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica,* Giappichelli, Torino, 2018. Sulla transizione ecologica, F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm*, 2021, p. 779 ss. Osserva tuttavia F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Giappichelli, Torino, p. 23, che non tutta l'energia rinnovabile è energia pulita; ciò rileva, ad esempio, con riferimento alla combustione della biomassa o della materia risultante dal trattamento dei rifiuti (con recupero di calore), che produce emissioni di sostanze inquinanti.

[2] Comunicazione della Commissione 11/12/2019 COM (2019). L'Unione europea, sin dagli anni 2000, (Direttiva 2009/29/CE – "*pacchetto 20-20-20*") ha optato per un approccio integrato tra clima ed energia sul presupposto che la transizione energetica costituisca uno strumento utile per la lotta al cambiamento climatico. Sul tema si veda anche F. SCALIA, *op cit.*, p. 271.

[3] Il cui obiettivo, all'indomani del conflitto tra Russia e Ucraina, è il raggiungimento dell'indipendenza energetica dalla Russia entro il 2027, attraverso la predisposizione di una serie di strumenti da attuarsi nel medio e lungo periodo. In proposito si veda P. CHIRULLI, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra REPowerEU e direttiva RED III*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2/2024, p. 196 ss.

[4] L'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050 non è fine a sé stesso, ma è intimamente collegato alla costruzione di una società europea giusta e prospera, dove vi è armonia tra esseri umani, società e ambiente, secondo il paradigma dello sviluppo sostenibile o di sostenibilità competitiva. In questo senso v. D. BEVILACQUA-E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Il Mulino, Bologna, 2024. Con l'entrata in vigore del Regolamento 1119/2021/UE, l'obiettivo della neutralità climatica ha assunto, per gli Stati membri, forza cogente. Successivamente, la Commissione ha presentato il pacchetto di riforme *Fit for 55,* con obiettivi più ambiziosi da raggiungere entro il 2030, e il progetto *REPowerEU* (Regolamento 2023/435/UE).

[5] Sono considerate energie rinnovabili quelle fonti di energia non soggette ad esaurimento nella scala dei tempi umani, il cui utilizzo non pregiudica l'ambiente e le risorse naturali. Una definizione di «*energia da fonti rinnovabili*» è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 199/2021, di attuazione della direttiva 2018/2001/UE (RED II) secondo cui per energia rinnovabile si intende l'energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, termico e fotovoltaico, e geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas. In termini analoghi si esprime anche la direttiva 2023/2413/UE (RED III).

[6] S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2022, p. 261 ss.

Data tale premessa, lo scopo del presente lavoro è di confrontare il tema della transizione energetica, e quindi il principio della massima diffusione degli impianti da fonti rinnovabili che ne costituisce un corollario, con altri interessi pubblici limitrofi e confinanti per verificare quale sia, in questa materia, la dimensione del dialogo e della contrapposizione [7] sia dal punto di vista valoriale sia dal punto di vista dei soggetti istituzionalmente deputati alla protezione o rappresentazione di tali interessi [8].

La narrazione tradizionale sul tema, infatti, è nel senso della composizione degli interessi, ambientale ed energetico, sul presupposto che, attraverso lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabili, la produzione di energia non costituisca più un fattore di aggressione per l'ambiente, diversamente da quanto si è storicamente verificato per effetto dell'utilizzo di fonti energetiche convenzionali, a base fossile.

Occorre tuttavia effettuare una precisazione.

L'installazione di impianti da rinnovabili, nonostante l'intima connessione con l'interesse ambientale, può entrare in conflitto con altri beni giuridici meritevoli di tutela, quali il paesaggio, la biodiversità, la tutela del suolo.

L'aspetto peculiare, in questo caso, è che la contrapposizione tra interessi pubblici si sviluppa all'interno di una dimensione assiologica unitaria, riguardante il valore ambiente.

Si pensi, in particolare: i) allo sfruttamento del suolo per la realizzazione di impianti fotovoltaici; ii) alla installazione di impianti di approvvigionamento *off-shore* che possono compromettere gli ecosistemi marini; iii) al funzionamento degli impianti a biomassa, che possono determinare la diffusione di eventi patogeni per effetto della fermentazione generata dal processo di produzione dell'energia, potenzialmente dannosi; iv) agli impianti di energia idroelettrica, che hanno ripercussioni negative sull'ecosistema a causa delle dighe necessarie alla loro realizzazione.

Il presente contributo, preso atto di tali possibili momenti di tensione e di conflitto, tratterà del problema della localizzazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili nel paesaggio (in generale) e nei terreni aventi destinazione agricola (in particolare).

2. Il conflitto tra la realizzazione degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili (f.e.r.) e la tutela del paesaggio

La questione della dialettica tra interessi pubblici nell'ambito del diritto dell'ambiente [9], e quindi della necessità di un loro bilanciamento, è stata tradizionalmente

[7] La convergenza di interessi in potenziale conflitto deriva dal fatto che gli stessi gravitano su un medesimo ambito materiale, il territorio, destinato ad accoglierli, così S. AMOROSINO, *La "dialettica"*, cit., p. 262. Sulle occasioni di conflitto correlate alla transizione ecologica si veda anche A. BONOMO, *Governare la transizione ecologica: tra nuovi interessi e nuovi conflitti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3/2024, p. 619 ss.

[8] M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, p. 301 ss. Il tema del conflitto istituzionale riguarda sia le amministrazioni chiamate in sede procedimentale alla cura di interessi diversi sia l'esercizio della funzione legislativa non essendovi necessariamente coincidenza tra gli interessi perseguiti dal legislatore statale (anche *ex* art. 117, comma 1, Cost.) e i legislatori regionali, nelle materie di competenza concorrente, quale quella in esame (*ex* art. 117, comma 3, Cost.).

[9] La riconduzione della problematica alla locuzione "*diritto dell'ambiente*" si ricollega agli studi di B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 53, secondo cui il paesaggio si collega al concetto di ambiente come «*parte rispetto al tutto*».

studiata con riferimento alla tutela del paesaggio (art. 9, comma 2, Cost.) [10].

Infatti, nonostante tutti gli impianti di produzione di energia elettrica siano tali da incidere sul paesaggio [11], modificandone l'aspetto naturale, la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili si confronta (*rectius*: si scontra) con l'interesse paesaggistico in modo più significativo, essendo spesso necessaria la realizzazione di impianti di notevoli dimensioni, e quindi di rilevante impatto fisico e visivo, specialmente qualora la produzione o l'accumulo di energia sia effettuata a livello industriale [12].

La installazione di tali strutture si colloca quindi al crocevia di una molteplicità di interessi, in potenziale conflitto tra loro; si è posto così all'attenzione sia della dottrina sia della giurisprudenza il problema della composizione tra interesse ambientale, legato al principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili [13], e interesse paesaggistico, con specifico riferimento alla localizzazione di tali impianti nel paesaggio [14].

Un simile problema assume oggi una portata ancora più pregnante, e incerta dal punto di vista della sua risoluzione, in considerazione della inclusione (espressa) dell'ambiente in Costituzione (art. 9, comma 3, Cost.) nella parte dedicata ai principi fondamentali dell'ordinamento [15]. L'equiordinazione di

---

[10] Sulla concezione (dinamica) di paesaggio, non più ancorata alle bellezze naturali e quindi ad un parametro meramente estetico (e statico), si rinvia ad A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 504; ID, *Significato della norma sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assembla Costituente*, vol. II, *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze, 1969, p. 390 ss., secondo cui «*il termine paesaggio (...) non indica, dunque, solo quelle cose immobili che secondo una locuzione riassuntiva impiegata nella legislazione speciale antecedente all'entrata in vigore della Costituzione vengono denominare "bellezze naturali" ma indica la forma del paese nella sua interezza*». La definizione normativa di paesaggio si rinviene oggi all'art. 131, d.lgs. n. 42/2004 secondo cui «*per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni*». Tale definizione riprende quella della Convenzione europea del paesaggio, stipulata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, che introduce un concetto ampio di paesaggio, da intendersi come frutto della interazione tra uomo e ambiente.

[11] S. AMOROSINO, *La "dialettica"*, cit., p. 262.

[12] Così S. PEDUTO, *La pianificazione delle aree idonee come strumento di risoluzione dei conflitti tra interesse strategico, paesaggistico e ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3/2024, p. 699 ss. che richiama uno studio condotto negli Stati Uniti da J. VAN ZALK-P. BEHRENS, *The Spatial Extent of Renewable and Non-Renewable Power Generation: A Review and Meta-Analysis of Power Densities and Their Application in the U.S.*, in *123 Energy Policy*, 2018, p. 83. Tale studio ha messo in evidenza come, a parità di quantità di energia prodotta, gli impianti di energia solare ed eolica richiedono da quaranta a cinquanta volte più spazio rispetto agli impianti alimentati a carbone. La dottrina ha finanche parlato di paesaggio *contro* ambiente. Si veda, in particolare, P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e Appalti*, 8/2005, p. 931 ss.

[13] Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili, di matrice europea (v. art. 191 TFUE), è stato più volte affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 224/2021; sentenza n. 286/2019; sentenze n. 106/2020; n. 69/2018; n. 13/2014 e n. 44/2011). In dottrina, V. BURATTI, *Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità dei divieti assoluti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 635 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA-M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2014, p. 520 ss.

[14] Per i rapporti tra decarbonizzazione e paesaggio v. P. CARPENTIERI, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in www.federalismi.it, 13/2023; F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 889 ss.; S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 753 ss. D. BEVILACQUA, *La dialettica tra promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giornale dir. amm.*, 1/2024, p. 125 ss. P. MARZARO, *Paesaggio vs rinnovabili. Le pressioni di un sistema in continua espansione: verso l'irrilevanza paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2023, p. 248 ss.

[15] Il riferimento è alla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 di riforma degli artt. 9 e 41

paesaggio e ambiente ha portato alla parificazione valoriale e alla impossibilità di ricorrere al criterio gerarchico nelle ipotesi di conflitto [16]. In un ordinamento di tipo pluralista, quale il nostro, gli interessi pubblici che convergono in un medesimo ambito materiale devono poter assumere rilevanza e riconoscimento, non potendosi configurare, secondo gli insegnamenti del Giudice delle leggi, diritti o interessi «*tiranni*» [17].

La prima sede di risoluzione del conflitto, e quindi della ponderazione degli interessi e del bilanciamento in via astratta, è quella del diritto positivo, affidata al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità; a valle delle scelte legislative, il momento concreto di risoluzione del conflitto è quello procedimentale, prima, e giurisdizionale, poi [18].

Di seguito si procederà, quindi, a una breve analisi – in chiave diacronica – della disciplina legislativa in materia e dei principali orientamenti giurisprudenziali del diritto vivente.

Cost. Sulla riforma costituzionale cfr. 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 www.forumcostituzionale.it, 3/2021, p. 30 ss.; I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione: un segnale importante dopo il COVID*, in www.federalismi.it, 2021, p. 1 ss.; D. PORENA, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'art. 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura, in* www.federalismi.it, 14/2020, p. 318 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *Dir. economia*, 1/2022, p. 15 ss. Sulla rilevanza costituzionale dell'ambiente prima della riforma costituzionale, v. Corte cost. n. 210/1987 dalla quale emerge l'idea di ambiente come diritto del singolo e della collettività, sia pure correlato all'art. 32 Cost. come diritto a godere di un ambiente salubre. Come rilevato da S. ANTONIAZZI, *Transizione ecologica ed economia circolare*, in *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, S. ALOISIO-R. PINARDI-S. SCAGLIARINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2023, p. 41 ss., la riforma costituzionale si inserisce in un percorso più ampio di riconoscimento di un diritto di protezione dell'ambiente nella prospettiva della transizione ecologica per la promozione di soluzioni di tutela ambientale ma anche di adeguate politiche energetiche.

[16] Il tema della concorrenza degli interessi, e quindi del potenziale conflitto all'indomani della riforma costituzionale, è stato affrontato anche da F. FABBRIZI, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, in *Rivista AIC*, 3/2023, p. 163 ss. In particolare, l'Autrice evidenzia come il fine ultimo delle politiche ambientali dovrà essere, in particolar modo dopo la riforma costituzionale dell'art. 9 Cost. «*la ricerca costante di un punto di equilibrio tra i diversi diritti tutelati: un equilibrio costituzionale ragionevole che assomiglia molto proprio a quell' "equilibrio ecologico" che – come ricorda Morrone – è stato introdotto nella grammatica giuridica ambientale da Beniamino Caravita*», non mancando di rilevare come il compito di rintracciare siffatto punto di equilibrio spetti sia al legislatore sia al giudice.

[17] La tesi della inammissibilità di diritti tiranni è stata introdotta dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 9 maggio 2013 n. 85; in quella occasione la Corte ha ritenuto necessario effettuare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e in particolare tra il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il diritto al lavoro (art. 4 Cost). L'inammissibilità di diritti o interessi tiranni si correla, con specifico riferimento alle rinnovabili, al principio di integrazione delle tutele qualora vengano in rilievo interessi diversi la cui protezione è affidata a «*corpi amministrativi diversi*» (Cons. Stato, VI, 23 settembre 2022, n. 8167).

[18] Osserva efficacemente B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *L'attuazione dell'european green deal*, p. 89 ss., come lo stallo legato alla diffusione delle fonti rinnovabili non dipenda tanto dalla lunghezza dei tempi procedimentali (e quindi non sia risolvibile esclusivamente attraverso politiche di mera semplificazione per assicurare accelerazione dei procedimenti) quanto piuttosto dalla difficoltà di definire criteri decisionali certo, di esercizio della discrezionalità, che impediscano alle autorità preposte alla tutela di altri interessi sensibili, come ad esempio le Soprintendenze, di opporre veti indiscriminati alla localizzazione di tali impianti. In termini sostanzialmente analoghi anche S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 63, la quale, partendo dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, rileva come la causa della paralisi dei procedimenti autorizzatori sia da rinvenire nella difficolta di contemperare valori diversi più che sulla tempistica del procedimento.

2.1. La disciplina normativa sulla localizzazione degli impianti di energia da fonti rinnovabili nel paesaggio nel d.lgs. n. 387/2003. Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa

Dal punto di vista normativo, la prima disciplina organica in materia di fonti di energia rinnovabili si rinviene nel d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 [19].

Il sistema delineato dal legislatore del 2003 ha costituito il punto di equilibrio tra le varie competenze, statali e regionali, che confluiscono nella disciplina della localizzazione degli impianti di energia rinnovabile e si è posta, come chiarito dalla Corte costituzionale, quale norma di principio nella materia «*energia*» (*ex* art. 117, comma 3, Cost.) [20].

Tale sistema è stato integrato da linee guida ministeriali [21], adottate in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni, volte ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, in particolare eolici, nel paesaggio (art. 12, comma 10, d.lgs. cit.) [22].

Nel contesto normativo originariamente delineato dal d.lgs. n. 387/2003, ferma la tendenziale possibilità di installare gli impianti per la produzione di energia rinnovabile su tutto il territorio nazionale, si attribuiva alle Regioni e alle Province autonome il compito di individuare (attraverso una valutazione di primo livello, che non costituiva un impedimento assoluto alla istallazione) [23] aree e superficie *non idonee* alla installazione di specifiche tipologie di impianti, previo svolgimento di un'adeguata istruttoria che doveva dar conto delle ragioni di incompatibilità con gli obiettivi di protezione di altri interessi meritevoli incidenti sul territorio, tra cui il paesaggio (*rectius*: la salvaguardia del paesaggio).

Nel sistema previsto dal legislatore del 2003 competeva quindi alle Regioni, in sede di pianificazione, conciliare «*le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili*» [24]. Più specificatamente, secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 3, il rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione e gestione dell'impianto doveva avvenire nel rispetto della normativa vigente in materia di tutela del paesaggio, previa convocazione di una conferenza di servizi decisoria. A fronte di un dato legislativo ambiguo nel suo tenore letterale (le autorizzazioni sono rilasciate nel rispetto della normativa vigente in materia di tutela del paesaggio) [25], la

---

[19] Si tratta del decreto di attuazione della prima direttiva europea sulla promozione delle fonti di energia rinnovabili (2001/77/CE) finalizzata a disciplinare uniformemente e incentivare tali forme di produzione dell'energia anche attraverso la semplificazione dei relativi procedimenti di autorizzazione. Prima di tale direttiva, la Commissione aveva avviato un dibattito per stimolare la discussione sulle rinnovabili con il Libro Verde del 1996 «*Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili*».

[20] Corte cost. 15 aprile 2019, n. 86.

[21] Linee guida adottate con un ritardo di circa 7 anni dal d.m. 10 settembre 2010.

[22] L'art. 12 cit. rubricato «*razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative*» è stato oggi abrogato dal d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 avente ad oggetto la razionalizzazione della disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, in attuazione dell'art. 26, commi 4 e 5, lett. b) e d), legge 5 agosto 2022, n. 118.

[23] Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la individuazione delle aree non idonee non si configura come un divieto preliminare ma come atto di accelerazione e semplificazione delle procedure; costituisce una valutazione di primo livello che richiede comunque una valutazione caso per caso (TAR Lombardia, Milano, III, 7 luglio 2022, n. 1630).

[24] Secondo il punto 17.2 delle linee guida di cui al d.m. del 10 settembre 2010.

[25] Rileva l'ambiguità del tenore letterale della disposizione in commento B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit., p. 94 ss.

risoluzione del conflitto è stata quindi demandata alla giurisprudenza amministrativa, chiamata a pronunciarsi sulle singole procedure autorizzatorie.

In questo contesto, anche in considerazione della primazia costituzionale riconosciuta al paesaggio prima della riforma costituzionale del 2022 [26], la giurisprudenza amministrativa ha affermato l'assoluta primarietà della tutela paesaggistica, cui era da considerare estranea la logica del bilanciamento, tipica della discrezionalità amministrativa ma non della discrezionalità tecnica [27].

Questo indirizzo, spinto alle estreme conseguenze, riconosceva essenzialmente un potere di veto in capo alle amministrazioni preposte alla tutela dell'interesse paesaggistico, *in primis* alle Soprintendenze, idoneo a condizionare in termini assoluti la localizzazione degli impianti [28].

Anche la giurisprudenza costituzionale, chiamata a dirimere il conflitto *ex* art. 127 Cost. tra Stato e Regioni [29], si è inizialmente orientata verso l'assolutizzazione del paesaggio, ritenuto valore primario, e ha affermato la indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio in considerazione della sua rilevanza costituzionale, *ex* art. 9 Cost. [30].

Un approccio parzialmente diverso è stato adottato, in seguito, dalla Corte costituzionale.

La Corte, attribuendo alle linee guida natura di norme di principio inderogabile che completano la disciplina primaria, ha riconosciuto il preminente interesse allo sviluppo delle fonti rinnovabili [31], con conseguente dichiarazione di illegittimità di leggi regionali che, allo scopo di contrastare la sindrome *NIMBY* (*Not In My Back Yard*), introducevano divieti assoluti di localizzazione degli impianti, con ciò violando il principio della riserva di procedimento [32].

---

[26] Sul punto si veda Corte cost., 7 novembre 1994 n. 379. In dottrina si veda N. PIGNATELLI, *L'autorizzazione paesaggistica. Profili costituzionali e procedimentali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 86 ss. La prevalenza del valore paesaggistico è stata affermata da P. CARPENTIERI, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in www.federalismi.it, 13/2023, p. 77 ss. Parla di ipostatizzazione del valore paesaggio, S. AMOROSINO, *La "dialettica"*, cit., p. 272 ss.

[27] Secondo tale giurisprudenza, il rilascio del parere da parte della Soprintendenza era espressione di discrezionalità tecnica, in quanto tale sottratta ad ogni forma di bilanciamento; v. Cons. Stato, VI, 23 maggio 2012, n. 3039; Cons. Stato, VI, 15 gennaio 2023, n. 220.

[28] Nella disciplina della conferenza di servizi precedente la riforma di cui al d.lgs. 39 giugno 2016, n. 127, il dissenso espresso dalle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili determinava la perdita del potere decisionale da parte dell'Amministrazione procedente e la rimessione definitiva della decisione al Consiglio dei Ministri. L'attuale disciplina prevede invece che l'Amministrazione procedente possa comunque decidere sulla base delle posizioni prevalenti, potendo soltanto le amministrazioni che abbiano espresso un «*motivato dissenso*» proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri.

[29] Con la riforma del titolo V, tra le materie di competenza concorrente (art. 117, comma 3, Cost.) figura la «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*». Anche a causa della frammentazione delle competenze delineatasi all'indomani della riforma, il contenzioso tra Stato e Regioni relativo alla localizzazione degli impianti per la produzione di fonti di energia rinnovabile è stato particolarmente accesso, data la tendenza ostruzionistica delle Regioni alla installazione degli stessi sui loro territori. Sul riparto di competenze in questa materia si rinvia a L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011. In particolare Stato e Regioni possono essere portatori di interessi diversi, spettando allo Stato il compito di assicurare il raggiungimento degli obiettivi europei e alle Regioni quello di rappresentare gli interessi della comunità locali.

[30] Così, Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196; Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 272.

[31] Attraverso l'affermazione del principio della loro massima diffusione delle (Corte cost. n. 224/2012; Corte cost. n. 27/2023).

[32] Si vedano, *ex multis*, sentenze nn. 77 e 121/2022, n. 177/2021, n. 106/2020, n. 69/2018, n. 13/2014 e n. 44/2011. La giurisprudenza costituzionale, quindi, nell'affermare la necessità del

La giurisprudenza costituzionale, sulla scorta delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, ha quindi affermato la illegittimità dei divieti assoluti alla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili [33].

2.2. Dalle aree non idonee alla pianificazione in positivo attraverso le "*go-to areas*"

La disciplina delle *aree non idonee* di cui alle linee guida del 10 settembre 2010 deve oggi ritenersi integrata dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 (di recepimento della direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili) [34] nonché dal d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (di attuazione dell'art. 26, legge 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per la concorrenza e il mercato 2021), di cui si dirà al paragrafo successivo.

Più specificatamente, l'art. 20, comma 1, nella sua formulazione originaria, ha demandato ad uno o più decreti ministeriali il compito di stabilire principi e criteri per l'individuazione delle *aree idonee* alla installazione di impianti rinnovabili e alle Regioni, nell'esercizio della loro potestà legislativa concorrente, la concreta individuazione delle stesse nei relativi territori di rispettiva competenza; nelle more dell'adozione di tali decreti, il comma 8 della disposizione in commento ha individuato aree idonee *ex lege* [35].

Come rilevato da attenta dottrina, la pianificazione attraverso la individuazione di aree idonee (le c.d. *go-to areas*) consente quindi una accelerazione dei procedimenti autorizzatori, anticipando il conflitto in sede pianificatoria e non nel singolo procedimento [36].

Si tratta di un cambio di paradigma in cui la individuazione, in positivo, delle aree idonee per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle rinnovabili, è manifestazione di un potere di tipo programmatorio e pianificatorio [37].

Ciò posto, la nozione di *aree idonee* deve essere correttamente interpretata.

A tal proposito deve osservarsi come le aree idonee non siano le uniche aree capaci di ospitare impianti f.e.r. poiché tale nozione determina esclusivamente

---

bilanciamento, ha riconosciuto la centralità della sede procedimentale per la composizione, in concreto, di tale conflitto. Ciò, del resto, in conformità con la disciplina di semplificazione procedimentale prevista dall'art. 12, comma 3, d.lgs. n. 387/2003 che prevedeva che il rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione e gestione dell'impianto avvenisse nel rispetto della normativa vigente in materia di tutela del paesaggio, previa convocazione di una conferenza di servizi decisoria.

[33] Così, ad esempio, Corte cost. n. 119/2010 che, nel dichiarare la illegittimità costituzionale di una legge regionale della Puglia adottata nelle more dell'adozione delle linee guida ministeriali, si risolveva comunque in un divieto generalizzato alla realizzazione degli impianti in determinate aree (precisamente nelle zone agricole considerate di particolare pregio, nei siti della Rete Natura, nelle aree protette nazionali e in quelle regionali, nelle oasi regionali e nelle zone umide tutelate a livello internazionale).

[34] Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

[35] In attuazione dell'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 199/2021 è stato adottato il d.m. 21 giugno 2024 contenente la «*disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per la installazione di impianti a fonti rinnovabili*». Tra le aree idonee *ex lege*, l'art. 20, comma 8, lett. c-*ter*) individua anche le aree agricole purché racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, compresi i siti di interesse nazionale, nonché le cave e le miniere.

[36] S. Peduto, *La pianificazione delle aree idonee*, cit., p. 6 ss.; A. Di Cagno, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Ambiente-Diritto*, 4/2022, p. 1 ss.

[37] B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative*, cit., p. 65.

l'applicazione di un regime giuridico di maggior favore (di semplificazione procedimentale), fermo restando che con riferimento alle aree non idonee non opera alcun divieto di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Rispetto alle aree idonee, quindi, l'art. 22 del decreto stabilisce regole procedimentali speciali, più celeri, prevedendo due meccanismi, di semplificazione e accelerazione procedimentale e cioè:

i) il rilascio di un provvedimento obbligatorio ma non vincolante dell'autorità competente in materia paesaggistica; in caso di silenzio si prevede un meccanismo devolutivo in forza del quale la determinazione è assunta prescindendo dal parere;

ii) la riduzione di un terzo dei tempi procedimentali per il rilascio della autorizzazione unica.

Si tratta di meccanismi, specie quello indicato alla lett. i), che determinano una *dequotazione* dell'interesse paesaggistico, secondo le indicazioni provenienti dal diritto europeo, consentendo il rilascio del provvedimento di autorizzazione anche senza il rilascio del parere da parte dell'autorità paesaggistica competente [38].

In questo rinnovato contesto legislativo, il tema del contemperamento tra tutela dell'interesse ambientale e tutela del paesaggio è stato affrontato in modo diverso dalla giurisprudenza amministrativa, chiamata a dirimere i conflitti emersi in sede di conferenza di servizi [39], nell'ambito dei singoli procedimenti di autorizzazione alla costruzione o esercizio degli impianti.

In particolare, un recente orientamento del Consiglio di Stato, nel ribadire la necessità di ricercare un equilibrio dinamico tra i vari interessi, ha concluso nel senso della illegittimità dell'operato dell'amministrazione regionale che, nell'adottare un provvedimento di diniego al rilascio dell'autorizzazione unica, ha dato esclusiva rilevanza al parere negativo reso alla Soprintendenza [40]. È stato così

---

[38] Sul punto v. TAR Sardegna, II, 3 dicembre 2024 n. 867, secondo cui «*in relazione ai progetti di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili da collocarsi in aree qualificate come idonee per legge ai sensi dell'art. 20, comma 8, del d.lgs. n. 199/2021, come modificato dall'art. 47 del d.l. 13/2023, il parere negativo espresso dalla Soprintendenza speciale per il PNRR non ha carattere vincolante, dovendo pertanto i ministeri competenti adottare l'atto conclusivo del procedimento sulla scorta di una motivazione autonoma, senza limitarsi a recepire pedissequamente il parere espresso dalla Soprintendenza stessa, in particolare allorquando il parere di quest'ultima sia contraddetto da quello espresso da altri uffici che hanno partecipato all'istruttoria*».

[39] La conferenza di servizi decisoria è uno strumento di semplificazione procedimentale finalizzato a consentire di assumere una decisione finale pluristrutturata in presenza di amministrazioni aventi competenze concorrenti nell'ambito di una specifica vicenda amministrativa. Le modalità di formazione della decisione finale sono disciplinate dal comma 7 dell'art. 14-*ter* e dal comma 1 dell'art. 14-*quater*, legge n. 241/1990. In particolare, si prevede che all'esito della riunione, e comunque non oltre il termine di cui al comma 2 dell'art. 14-*ter*, «*l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza*», la quale «*sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati*». La decisione si forma «*sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti*». Il legislatore ha introdotto una regola diversa dall'unanimità che non si fonda su un criterio maggioritario rigido, che assegna uguale a valore a tutte le volontà espresse dalle amministrazioni coinvolte, ma su un modulo flessibile che tiene conto delle posizioni concrete assunte dalle singole amministrazioni nell'ambito della conferenza. L'amministrazione procedente deve indicare, nella motivazione, le ragioni che l'hanno indotta ad assumere la determinazione finale (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2023, n. 6447).

[40] Cons. Stato, IV, 22 gennaio 2024, n. 667; Cons. Stato, VI, 23 settembre 2022, n. 8167. Sul

affermato che nel contesto della transizione ecologica si è verificato un cambiamento legislativo che respinge il dogma della primarietà assoluta degli interessi sensibili, come quelli di ordine paesaggistico, e la recessività assoluta degli altri interessi potenzialmente confliggenti [41].

Un secondo filone interpretativo, richiamando una nozione antropica di paesaggio di risalente tradizione, ha compiuto un passo ulteriore, di fatto ridimensionando la contrapposizione concettuale, e quindi valoriale, tra ambiente e paesaggio [42].

Secondo quest'orientamento, nella comparazione degli interessi, occorre considerare come la stessa tutela del paesaggio non esclude ma anzi implica che l'intervento dell'uomo contribuisca a conformarne la nozione «*posto che l'evoluzione del paesaggio non si arresta al dato naturalistico ma risente inevitabilmente delle opere dell'uomo, ovviamente in quanto compatibili*». Secondo questo orientamento, l'esistenza di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili nel territorio condiziona la nozione di paesaggio, di fatto dequotando la tutela paesaggistica che confluisce all'interno del valore ambientale (in senso diametralmente opposto rispetto all'orientamento passato che estrapolava la tutela ambientale dalla tutela paesaggistica).

Si assiste quindi ad una sintesi concettuale tra ambiente e paesaggio [43].

---

punto si veda anche TAR Sardegna, II, 2 dicembre 2024, secondo cui «*in relazione ai progetti di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili da collocarsi in aree qualificate come idonee per legge ai sensi dell'art. 20, comma 8, del d.lgs. n. 199/2021, come modificato dall'art. 47 del d.l. 13/2023, il parere negativo espresso dalla Soprintendenza speciale per il PNRR non ha carattere vincolante, dovendo pertanto i ministeri competenti adottare l'atto conclusivo del procedimento sulla scorta di una motivazione autonoma, senza limitarsi a recepire pedissequamente il parere espresso dalla Soprintendenza stessa, in particolare allorquando il parere di quest'ultima sia contraddetto da quello espresso da altri uffici che hanno partecipato all'istruttoria*».

[41] Secondo questo orientamento, v. in particolare TAR Campania, Salerno, II, 26 giugno 2023, n. 1556 «*La tutela dei valori paesaggistici non può essere intesa in modo "totalizzante" per sacrificare completamente l'interesse ambientale e di effettuare una transizione ecologica sostenibile, che comporta la riduzione dell'impatto ambientale della produzione di energia elettrica e delle attività industriali. Questo equilibrio dinamico tra principi e interessi contrapposti deve essere ricercato e ponderato con criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tenendo conto delle direttive e delle normative nazionali ed europee che riconoscono l'importanza fondamentale degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili nell'ambito della tutela dell'ambiente. Pertanto, l'amministrazione che prende decisioni in merito alla localizzazione e approvazione degli impianti eolici deve considerare l'urgenza e l'importanza della transizione ecologica nel bilanciamento degli interessi e nel rispetto dei principi di proporzionalità tra la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico e la salvaguardia dell'ambiente*».

[42] Cons. Stato, V, 28 maggio 2024, n. 4766; Cons. Stato, VI, 20 agosto 2020, n. 5159 secondo cui la produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici.

[43] Sul punto, si veda anche V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolic*i, in *Riv. giur. edilizia*, 5-6/2009, p. 171 ss. L'Autrice, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile e valorizzando il concetto di "paesaggio identitario", ritiene che le fonti dalle quali si produce energia rinnovabile possano essere manifestazioni dirette del paesaggio e quindi, con esso, pienamente armonizzabili. In giurisprudenza si è affermato che le tecnologie connesse allo sviluppo delle fonti rinnovabili (si pensi alla collocazione di pannelli fotovoltaici sulla sommità degli edifici) «*sono ormai considerate elementi normali del paesaggio*» (TAR Lombardia, Brescia, I, 17 dicembre 2010 n. 904) e che «*la presenza di pannelli sulla sommità degli edifici non deve più essere percepita soltanto come un fattore di disturbo visivo, ma anche come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva, purché non sia modificato l'assetto esteriore complessivo dell'area circostante, paesisticamente vincolata*» (Cons. Stato, VI, 18 gennaio 2012, n. 1799). Da ultimo, TAR Campania, Salerno, II, 3 gennaio 2024, n. 73 ha concluso nel senso della illegittimità del provvedimento di rigetto dell'autorizzazione paesaggistica di otto pannelli fotovoltaici laddove «*la Soprintendenza si sia limitata a inferire, in via automatica e apodittica, dalla mera circostanza della*

Ad avviso di chi scrive, entrambi gli orientamenti meritano di essere condivisi, specie se di essi si offre una lettura complementare e non antitetica.

In particolare, se è vero che le politiche di sviluppo delle fonti rinnovabili richiedono di abbandonare le categorie estetiche tradizionali, che inevitabilmente porterebbero a ritenere l'estraneità di tali impianti nel paesaggio naturale, al tempo stesso, il contemperamento tra interessi pubblici potenzialmente in conflitto (tutela del paesaggio e incremento della produzione di energia da fonti rinnovabili) dovrebbe avvenire in sede procedimentale, senza che sia possibile affermare, una volta per tutte, senza possibilità di negoziazione, la prevalenza *tout court* dell'un interesse sull'altro [44].

3. I più recenti sviluppi del diritto vivente nella armonizzazione tra sviluppo delle f.e.r. e tutela del paesaggio. L'enunciazione dell'interesse pubblico prevalente e l'adozione delle nuove linee guida ministeriali di cui d.m. 21 giugno 2024

L'interesse a effettuare una transizione energetica sostenibile, e quindi il riconoscimento di una posizione di prevalenza dell'interesse alla diffusione di energia prodotta da fonti rinnovabili, ha trovato definitiva conferma, da ultimo, nel d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190, recante «*Disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, in attuazione dell'art. 26, commi 4 e 5, lett. b) e d) della legge 5 agosto 2022, n. 118*» (Testo Unico FER), adottato con lo scopo di riordinare e semplificare la disciplina in materia di costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili [45].

L'art. 3, comma 1, del decreto in esame prevede infatti che «*in sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente, sulla tutela della biodiversità, sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, anche tenendo conto di quanto previsto ai*

---

prevista installazione di pannelli fotovoltaici, l'alterazione dell'equilibrio paesaggistico del contesto territoriale di riferimento, in termini di generica compromissione delle visuali panoramiche prospettanti sugli elementi vegetazionali e orografici caratterizzanti, senza operare alcun bilanciamento con le concorrenti esigenze di promozione delle fonti energetiche rinnovabili; la produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici (in particolare, consentendo l'esercizio di un'agricoltura sostenibile e la conservazione dell'ecosistema, entrambe precondizioni alla conservazione del paesaggio rurale».

[44] Si veda Cons. Stato, VI, 23 settembre 2022, n. 8167 secondo cui «*la primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione totalizzante come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza*».

[45] In dottrina si veda P. PANTALONE, *La disciplina introdotta dal Decreto legislativo 25 novembre 2024, n. 190, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in www.giustizia-amministrativa.it. E. BRUTI LIBERATI-C. MAINARDIS-A. TRAVI (a cura di) *"Codice dell'energia. La nuova disciplina delle fonti rinnovabili"*, Sole 24 ore, Milano, 2025.

sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, gli interventi di cui all'articolo 1, comma 1 (e cioè gli interventi relativi alla costruzione, potenziamento, rifacimento ed esercizio degli impianti di produzione da fonti rinnovabili – *nda*) *sono considerati di interesse pubblico prevalente*».

Il legislatore, nella logica del bilanciamento, sembra aver risolto a monte il conflitto tra interessi, attribuendo carattere prioritario alla realizzazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La disposizione in commento, in effetti, recepisce un principio di derivazione europea, previsto dalla direttiva 2023/2413/UE (c.d. RED III) secondo cui «*entro il 21 febbraio 2024, fino al conseguimento della neutralità climatica, gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle autorizzazioni, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente*» e in seguito anche dal regolamento UE 2024/1991 sul ripristino della natura secondo cui «*ai fini dell'articolo 4, paragrafi 14 e 15, e dell'articolo 5, paragrafi 11 e 12, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio sono presunti di interesse pubblico prevalente*» (art. 4).

Dal punto di vista delle implicazioni, la enunciazione dell'interesse pubblico prevalente parrebbe incidere, in senso delimitativo, sulla discrezionalità amministrativa vincolando la decisione dell'Amministrazione nei singoli procedimenti autorizzatori e individuando, senza apparente possibilità di negoziazione o bilanciamento, l'interesse pubblico da perseguire in via prioritaria. In realtà, come efficacemente rilevato da attenta dottrina, una lettura più attenta del dato positivo consente di ridimensionare la portata innovativa di tale principio, che avrebbe pertanto positivizzato una presunzione "temperata" e "relativa" [46] di prevalenza.

L'art. 3, infatti, non afferma in termini assoluti la prevalenza dell'interesse pubblico sotteso alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili ma prevede espressamente delle ipotesi di deroga, da valutarsi nel procedimento (in sede di ponderazione degli interessi).

Il legislatore, quindi, attraverso la disposizione in commento, non attribuisce un potere vincolato all'amministrazione ma le riconosce la prerogativa dell'esercizio della discrezionalità; l'enunciazione dell'interesse pubblico prevalente si apprezza quindi, a valle, attraverso il prisma della motivazione del provvedimento, dovendosi nel provvedimento dare atto dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche per le quali, in concreto, l'interesse pubblico correlato alla decarbonizzazione sia stato considerato recessivo rispetto ad altri interessi di pari rango [47].

Come già anticipato in precedenza (§ 2.2), l'attuale quadro normativo è stato completato dall'adozione del d.m. 21 giugno 2024, recante la *«disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili»,* c.d. "decreto aree idonee", di attuazione della disciplina di cui all'art. 20, commi 1 e 2, d.lgs. n 199/2021.

---

[46] A. BONOMO, *La "prevalenza sostenibile" della transizione energetica. Riflessioni sul nuovo equilibrio tra decarbonizzazione e tutela degli "altri" interessi nel procedimento amministrativo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1/2025.

[47] Che si tratti di presunzione relativa che impone all'amministrazione un onere di motivazione rafforzata in caso di diniego è stato affermato anche da P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 15.

Lo scopo di tale decreto, secondo quanto previsto dall'art. 1, è duplice:

a) individuare la ripartizione, tra le Regioni, dell'obiettivo nazionale al 2030 di una potenza aggiuntiva pari a 89 GW da fonti rinnovabili rispetto al 31 dicembre 2020, necessaria per raggiungere gli obiettivi fissati dal PNIEC e rispondere ai nuovi obiettivi derivanti dal pacchetto *Fit for 55* e *REPower EU* (secondo la logica del *burden sharing*) [48];

b) stabilire principi e criteri omogeni per l'individuazione, da parte delle Regioni, delle superfici e delle aree idonee e non idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui alla lett. a).

Alle Regioni, entro 180 giorni dalla data di adozione del suindicato decreto ministeriale, veniva affidato il compito di individuare in concreto, con legge regionale, le aree idonee.

La Regione Sardegna è stata la prima a completare la disciplina legislativa, individuando aree e superfici idonee e non idonee alla installazione e alla promozione degli impianti attraverso la emanazione della legge regionale n. 20/2024 «*Misure urgenti per l'individuazione di aree e superfici idonee e non idonee alla installazione e promozione di impianti a fonti di energia rinnovabile (FER) e per la semplificazione dei procedimenti autorizzativi*» [49].

A conferma della elevata conflittualità che interessa la suddetta materia, deve osservarsi come sia il d.m. 21 giugno 2024 sia la legge reg. della Sardegna n. 20/2024 siano state impugnate, rispettivamente, da parte di operatori economici attivi nel settore della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (innanzi al giudice amministrativo) e dal Governo italiano (innanzi alla Corte costituzionale) sul presupposto comune che tali discipline contenessero disposizioni contrarie al principio della massima diffusione delle fonti rinnovabili e quindi alla legislazione statale e a quella europea.

Più specificatamente, il decreto "aree idonee" è stato oggetto, da ultimo, di un'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato che ne ha sospeso l'efficacia limitatamente alla previsione contenuta nell'art. 7, comma 2, lett. c) nella parte in cui dà la possibilità (e non impone) alle Regioni, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, di fare salve le aree idonee *ex lege,* di cui all'art. 20, comma 8, d.lgs. cit. Secondo i giudici di Palazzo Spada «*la norma in questione appare – al*

---

[48] Obiettivo del *REPowerEU* è di assicurare la progressiva eliminazione dalla dipendenza del gas dalla Russia, anche attraverso la diversificazione dell'approvvigionamento energetico e la previsione di misure volte a promuovere l'utilizzo di energia da fonti rinnovabili. In termini sostanzialmente analoghi con riferimento allo sviluppo delle fonti rinnovabili si esprime il Regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio del 22 dicembre 2022 che, all'art. 3, qualifica come di interesse pubblico prevalente le procedure di autorizzazione per gli impianti f.e.r. Sul tema, si veda M. DE BELLIS, *Crisi energetica e transizione ecologica: le risposte europee tra convergenze e conflitto*, in *Munus*, 1/2023, p. 215 ss.

[49] La Regione Sardegna, prima della emanazione della legge reg. n. 20/2024, aveva approvato la legge reg. n. 5/2024 «*Misure urgenti per la salvaguardia del paesaggio, dei beni paesaggistici e ambientali*» con la quale si prevedeva, su una vastissima categoria di aree, il divieto alla realizzazione di nuovi impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, per una durata di 18 mesi. Tale legge, pur se contenente disposizioni di carattere transitorio, è stata impugnata innanzi alla Corte costituzionale ed è stata da ultimo dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza 11 marzo 2025 n. 28. La Corte, nel dichiarare la illegittimità delle disposizioni impugnate, ha affermato che l'art. 3 della legge reg. Sardegna, nella parte in cui introduce il divieto di realizzare impianti f.e.r. per 18 mesi, nelle more dell'approvazione della legge regionale di individuazione delle aree idonee, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 4 dello statuto speciale (da applicarsi in forza della clausola c.d. di maggior favore di cui all'art. 10, legge cost. 18 ottobre 2011 n. 3), con i principi introdotti dall'art. 20, d.lgs. n. 199/2021 oltre che con l'art. 117, comma 1, Cost. per violazione alla direttiva 2018/2001/UE e del regolamento 2021/1119/UE.

sommario esame proprio di questa fase cautelare – non pienamente conforme all'art. 20, comma 8, del d. lgs. 199/2021, il quale già elenca le aree contemplate come idonee: in tale disciplina di livello primario non sembra possa rinvenirsi spazio per una più restrittiva disciplina regionale» [50].

Tale argomento è stato speso, dal Governo, anche con riferimento alla impugnazione della legge reg. della Sardegna n. 20/2024, sul presupposto che tale legge, nella individuazione delle aree idonee, incida in senso restrittivo rispetto alla disciplina fissata dal legislatore statale in sede di individuazione delle aree idonee *ex lege*.

Nell'attesa della decisione della Corte costituzionale sulla legge reg. n. 20/2024, da una prima lettura della ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, pare potersi trarre una prima considerazione conclusiva: l'interesse pubblico prevalente sotteso alla transizione energetica, di matrice europea, sembrerebbe avere una *vis espansiva* tale da determinare una compressione – non solo della discrezionalità del legislatore statale – ma anche dell'autonomia regionale, vincolata al rispetto di quel principio.

4. Transizione energetica e conflitti endo-ambientali: il caso dei terreni aventi destinazione agricola: la questione delle idoneità delle aree agricole a ospitare impianti f.e.r.

Come anticipato in premessa, accanto al conflitto più esplorato tra l'interesse ambientale sotteso alla diffusione delle f.e.r. e la tutela del paesaggio, nell'ambito dei procedimenti di installazione di tali impianti possono venire in rilievo conflitti ulteriori, di natura endo-ambientale, perché riguardanti interessi concorrenti rispetto alla tutela dell'ambiente [51].

Se è vero che lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili determina un miglioramento delle condizioni *lato sensu* ambientali, parimenti le azioni volte a promuovere lo sviluppo di tali energie possono pregiudicare, o comunque confliggere, con altri interessi rientranti nella macro-categoria della tutela ambientale.

La dimostrazione della esistenza di un potenziale conflitto, oltre che essere suggerita dalle scienze ecologiche, sembra emergere anche a livello legislativo, all'indomani della riforma costituzionale del 2022 [52].

In questa sede si accennerà, in particolare, del potenziale conflitto tra l'interesse alla massima diffusione delle energie rinnovabili e l'interesse a preservare il consumo del suolo, che costituisce una matrice ambientale, oltre che una possibile declinazione del paesaggio [53].

---

[50] Cons. Stato, IV, 14 novembre 2024, n. 4298.

[51] U. BARELLI, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2014, p. 1 ss.; D. BEVILACQUA, *La dialettica*, cit., *passim*.

[52] L'art. 9, comma 3, Cost. giustappone alla tutela dell'ambiente, la tutela della biodiversità e degli ecosistemi. La riforma costituzionale, quindi, non si limita a blindare (costituzionalizzandolo in senso valoriale) il bene ambiente, e quindi l'interesse energetico sotteso allo sviluppo delle fonti rinnovabili, ma affianca alla tutela ambientale una sua *pars*, e cioè la tutela della biodiversità, degli ecosistemi, anche a tutela delle generazioni future.

[53] Inteso come paesaggio naturale o rurale. Sul punto, M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del* «*paesaggio agricolo*», in *Riv. giur. edil.*, 2016, p. 3 ss.; G. MARCHIANÒ, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni*

Tale potenziale conflitto emerge, dal punto di vista delle scienze naturali, se si considera il terreno come una risorsa limitata, esauribile e non rigenerabile [54]. Il tema in argomento intercetta, quindi, la questione relativa alla compatibilità tra destinazione agricola e idoneità delle aree ad accogliere la installazione di impianti f.e.r. (in particolare, impianti eolici e fotovoltaici).

Dal punto di vista della protezione dell'interesse agricolo, il mantenimento di un terreno senza edificazione consente il conseguimento di esternalità positive di carattere ambientale che potrebbero essere compromesse dalla installazione di impianti f.e.r., specie laddove tali impianti siano tali da rendere il suolo impermeabile, impedendo la crescita della vegetazione e impattando negativamente sulla biodiversità. In questi termini, attraverso la valorizzazione dell'interesse agricolo ciò che si intende preservare è il consumo del suolo, a prescindere dalla sua finalizzazione produttiva (intesa come produzione agricola).

Così riassunti i termini del problema, dal punto di vista del diritto positivo deve osservarsi come, sin dalla emanazione del d.lgs. n. 387/2003, sia stata riconosciuta dal legislatore l'astratta compatibilità tra impianti di produzione f.e.r. e destinazione agricola dell'area (*ex* art. 12, comma 7), riconoscendo la rilevanza dell'interesse energetico sotteso allo sviluppo degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili in linea con il principio di massima diffusione delle stesse [55].

Tale compatibilità è stata mantenuta anche nell'assetto normativo attuale.

L'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 199/2021 qualifica come idonee «*le aree classificate agricole, racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, compresi i siti di interesse nazionale, nonché le cave e le miniere*» per quanto concerne gli impianti fotovoltaici e quelli di produzione di biometano (lett. c-*ter*).

Il legislatore statale, attraverso la disposizione in commento, ha quindi ritenuto che la destinazione agricola non sia di per sé ostativa alla localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili [56].

Ciò posto, un radicale cambio di prospettiva, che ha determinato quasi uno stravolgimento del contesto normativo, si è avuto a seguito della emanazione del d.l. n. 63/2024 (c.d. "Decreto Agricoltura") [57], che ha introdotto, all'art. 20, d.lgs. n. 199/2021, il comma 1-*bis*.

---

agricoli, in *AmbienteDiritto*, 4/2020, p. 1 ss.; A. PERSICO, *Aree agricole ed energia da fonti rinnovabili: un binomio problematico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2/2024, p. 1 ss.

[54] A. DI CAGNO, *op. cit.*, rileva come la conservazione del suolo può infatti essere considerata come un interesse traversale capace di preservare una moltitudine di valori, *lato sensu* ambientali: la tutela della biodiversità, della fauna, della vegetazione ma anche l'interesse delle future generazioni, nella prospettiva costituzionale di cui all'art. 9.

[55] Tale tesi è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto incostituzionale una norma della Regione Toscana che prevedeva limiti generalizzati alla installazione di impianti f.e.r. in aree agricole (Corte cost. n. 177/2021). In un'altra occasione il Giudice delle leggi (Corte cost. n. 166/2014) ha affermato che l'art. 12, comma 7, «*nella parte in cui afferma la compatibilità urbanistica dell'impianto energetico con la vocazione agricola del fondo, riflette il più ampio principio, di diretta derivazione comunitaria, della diffusione degli impianti a fini di aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili*».

[56] Sul punto si veda TAR Lombardia, Milano, II, 20 febbraio 2025, n. 550 che, nell'affermare che la destinazione agricola di un'area non può costituire un ostacolo alla installazione di impianti fotovoltaici, ha altresì escluso che ciò comporti un cambio di destinazione d'uso dell'area, che rimane agricola «*non mutando la sua destinazione urbanistica – in un caso specifico, peraltro, ove gli impianti occuperanno circa un terzo dell'intera superficie, per cui l'attività di impresa agricola ben può ancora essere svolta sulla maggior parte del fondo*».

[57] D.l. 15 maggio 2024, n. 63 recante «*Disposizioni urgenti per le imprese agricole, della pesca e dell'acquacoltura, nonché per le imprese di interesse strategico nazionale*», convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2024, n. 101.

La disposizione in commento, che limita l'installazione di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole, è stata in seguito recepita dal d.m. 21 giugno 2024 che, all'art. 1, comma 2, lett. d), qualifica come "*aree in cui è vietata l'installazione di impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra*" le aree agricole di cui all'art. 20, comma 1-*bis*.

Dal punto di vista della natura giuridica, si tratta di una disposizione che, introducendo un divieto, limita il bilanciamento e quindi l'esercizio del potere discrezionale introducendo una distinzione tra aree non idonee e aree vietate.

Infatti, mentre le aree non idonee non rappresentano un impedimento assoluto alla localizzazione degli impianti, nel caso delle aree agricole vige una preclusione assoluta di ponderazione degli interessi nel singolo procedimento, dovendo l'amministrazione, per ciò solo, rigettare la istanza dell'operatore economico.

La disposizione in commento, sia pure limitatamente alla tecnologia del fotovoltaico tradizionale [58], si pone quindi in evidente discontinuità con quanto in precedenza rappresentato circa gli orientamenti della giurisprudenza in materia di tutela del paesaggio; infatti, nonostante l'affermazione dell'interesse pubblico prevalente correlato alla decarbonizzazione, il legislatore ha scelto di escludere *tout court* l'idoneità delle aree agricole ad ospitare panelli fotovoltaici con moduli a terra, in questo modo erodendo la discrezionalità amministrativa.

Dal punto di vista delle implicazioni giuridiche, come in effetti rilevato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo [59], l'art. 5, d.l. n. 63/2023 suscita qualche dubbio dal punto di vista della sua "*tenuta costituzionale*", specie alla luce della enunciazione dell'interesse pubblico prevalente previsto oggi dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 190/2024, in aderenza alle indicazioni provenienti dall'Unione.

La disposizione in commento, stabilendo una preclusione assoluta alla localizzazione degli impianti in aree agricole, sembrerebbe contrastare con la giurisprudenza della Corte che ha storicamente dichiarato incostituzionali (anche) *ex* art. 117, comma 1, Cost. leggi regionali che prevedevano divieti assoluti alla localizzazione di impianti FER, rilevando la centralità del procedimento amministrativo quale sede di emersione e comparazione di tutti gli interessi in gioco.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui osservato, e senza pretesa di esaustività, possono effettuarsi alcune prime considerazioni conclusive.

---

[58] Il divieto di installazione non opera con riferimento agli impianti agrivoltaici avanzati. Sulla differenza tra impianto fotovoltaico tradizionale e impianto agri-fotovoltaico si veda Cons. Stato, IV, 11 settembre 2023, n. 8258, di conferma della sentenza con cui il TAR Puglia, Lecce, II, 4 novembre 2022, n. 1750 aveva dichiarato la illegittimità di un provvedimento negativo di diniego al rilascio di un'autorizzazione per l'esercizio di un impianto fotovoltaico giustificato sotto i soli profili della sottrazione di suolo all'attività agricola e dello snaturamento del terreno agricolo. Nel caso affrontato, trattandosi di progetto per la realizzazione di un impianto agri-fotovoltaico, il terreno non veniva tuttavia reso impermeabile e quindi non perde la sua potenzialità produttiva né viene compromessa la biodiversità. In dottrina, L. SCUTO, *Il T.a.r. Lecce si pronuncia sugli impianti agrivoltaici: è possibile far coesistere fonti rinnovabili e produzione agricola?*, in *Ceridap*, 2/2022, p. 148 ss.

[59] Si veda TAR Lazio, Roma, III, 13 maggio 2025, n. 9157 con cui sono state dichiarate rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento al divieto di installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili in aree classificate come agricole non soltanto individuando come parametro di legittimità l'art. 117, comma 1, Cost. ma anche l'art. 9 Cost. e il principio di proporzionalità *ex* art. 3 Cost.

Nell'ambito della dialettica istituzionale in materia di fonti di energia rinnovabili, per effetto delle previsioni contenute nel d.lgs. n. 199/2021, le Regioni hanno conseguito maggiori poteri di scelta su dove collocare gli impianti attraverso la individuazione, in positivo, delle aree idonee. Nel sistema previgente (in cui le Regioni erano chiamate a individuare le aree non idonee, peraltro come valutazione di primo livello non definitiva rispetto alla realizzazione del singolo impianto) il centrismo energetico era dichiaratamente manifestazione del *favor* nei confronti delle fonti energetiche rinnovabili, anche alla luce degli obblighi derivanti dal diritto internazionale ed euro-unitario. Oggi si assicura maggior spazio al decentramento, con possibile ampliamento del fenomeno *NIMBY* e quindi maggiore peso decisionale alle Regioni a tutela di interessi, sempre rientranti nella macro-categoria dell'interesse ambientale, ma non per forza coincidenti con l'interesse al massimo sviluppo delle fonti rinnovabili, come dimostrato dalla impugnazione, da parte dello Stato, della legge reg. della Sardegna n. 20/2024.

Il Decreto agricoltura, in questo contesto, introduce dei limiti per la installazione del fotovoltaico in aree agricole, a tutela del suolo.

Siamo di fronte ad un cambio di prospettiva e quindi una dequotazione dell'interesse energetico?

Tale conclusione potrebbe essere patrocinata valorizzando, da una parte, il nuovo riparto di competenze affidato alle Regioni (portatrici di interessi particolari, appartenenti alla comunità di riferimento) nella individuazione delle aree idonee e, dall'altra, le limitazioni previste per la installazione degli impianti fotovoltaici con moduli a terra in aree aventi destinazione agricola.

Tuttavia, tale considerazione sembra doversi respingere per la seguente ragione, avente portata dirimente: a livello europeo, sia nella Direttiva RED III, sia nel Regolamento sul ripristino della Natura, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio sono presunti di interesse pubblico prevalente.

Nel bilanciamento degli interessi, quindi, il legislatore – sia pure in via astratta – ha riconosciuto la prevalenza dell'interesse alla massima diffusione delle fonti rinnovabili con ciò implicitamente attribuendo carattere recessivo agli altri interessi pubblici che a tale interesse possono giustapporsi.



Innovazione tecnologica e poteri privati: quali politiche dell'Unione per essere competitivi?

Technological Innovation and Private Powers: Which Policies for the EU to Be Competitive?

di *Barbara Marchetti*, *Eugenio Bruti Liberati*, *Elisa Cavasino*, *Filippo Donati* e *Francesco Munari*

Barbara Marchetti

Il rapporto Draghi sulla competitività ha denunciato, come è noto, il ritardo dell'Unione nel settore dell'innovazione tecnologica, sottolineando i principali fattori che lo causano: l'inadeguatezza degli investimenti pubblici e privati nel settore, la ridotta dimensione delle sue imprese, l'incapacità di tradurre la ricerca scientifica e i brevetti in prodotti commerciali, la scarsa capacità attrattiva dei talenti e una certa fatica regolatoria, con la presenza di molte regole sui mercati digitali, spesso mal coordinate tra loro, a fare da ostacolo per la crescita delle imprese europee. Ancora, pochi giorni fa, proprio ricordando i ritardi dell'UE nel settore della ricerca e dello sviluppo dell'IA, lo stesso Draghi ha proposto di sospendere l'applicazione del regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (regolamento 2024/1689) nella parte dedicata ai sistemi ad alto rischio, per favorire gli operatori europei, con l'effetto così di accordare il medesimo vantaggio anche ai provider americani e cinesi.

In questo dibattito con Eugenio Bruti Liberati, Elisa Cavasino, Filippo Donati e Francesco Munari proviamo a discutere di questo tema partendo da tre domande fondamentali che si interrogano sul diritto antitrust europeo, sui caratteri delle nuove politiche industriali (europea e/o nazionali) necessarie per recuperare il gap con gli Stati Uniti e sul potere regolatorio dell'Unione, su cui si stanno abbattendo i venti della de-regulation, per effetto dei diversi approcci statunitense e cinese, così efficacemente illustrati da Anu Bradford nel suo libro Digital Empires.

Cominciando questo nostro confronto chiederei anzitutto a Francesco Munari e ad Elisa Cavasino, e a seguire a Filippo e ad Eugenio, di riflettere sul primo di questi interrogativi, ovvero se sia opportuno che l'UE avvii un processo di allentamento delle regole antitrust su concentrazioni e intese (ma anche sugli aiuti di Stato), sul presupposto che proprio questa regolazione costituisca un impedimento per la nascita di campioni europei che, se non equivalenti per dimensioni con quelli statunitensi e cinesi, possano almeno competere con essi. E chiederei loro anche di considerare se una crescita dimensionale analoga delle imprese europee sia davvero auspicabile, considerati i rischi che poteri privati come Google, Meta ed Amazon producono per l'economia e per la democrazia.

Francesco Munari

Grazie, Barbara, per questa domanda. Vorrei concentrarmi innanzitutto sul comparto digitale e tech, visto l'accenno che hai appena fatto alle imprese, il cui potere sembra poter addirittura minacciare la dinamica dei mercati competitivi e la stessa democrazia. Dal punto di vista del diritto antitrust, la mia risposta è piuttosto agevole, e direi che sia in senso negativo: non mi pare che abbiamo bisogno di un allentamento delle regole antitrust, in particolare sulle concentrazioni tra imprese, al fine di sperare di crescere campioni europei. È la stessa prassi a dirci che, a livello mondiale, negli ultimi 10 anni circa, le concentrazioni nell'economia digitale, o nei c.d. *digital markets*, sono sfuggite al controllo preventivo delle varie autorità antitrust del mondo in oltre il 98% dei casi, e nel rimanente meno del 2% circa di essi gran parte delle operazioni è stata autorizzata. Se si guarda all'Unione europea, c'è lo studio non recentissimo, ma comunque molto approfondito della Commissione (*Merger review in digital and technology markets: Insights from national case law*, 2022), nel quale sono state mappate tutte le concentrazioni dal 2015 al 2021 compresi, così come decise dalla Commissione e dalle autorità nazionali parte del c.d. *European Competition Network*: ebbene, dei 97 casi trattati nel periodo in ambito ECN soltanto 6 non sono stati autorizzati, 1 è stato ritirato prima della decisione formale, e 15 sono stati autorizzati con condizioni. Gli altri 74 casi sono stati tutti autorizzati senza condizioni. Guardando peraltro alle fattispecie in cui l'autorizzazione è stata negata, si è trattato di ipotesi molto specifiche, o per i settori considerati, o per le caratteristiche del mercato nazionale interessato dalla concentrazione, sicché si può affermare con ragionevole certezza che mai l'applicazione del regolamento UE 139/2004 abbia impedito la formazione di "giganti" digitali europei. Piuttosto, e com'è noto, il settore è stato caratterizzato – non certo in Unione europea – da numerose c.d. *killer acquisitions* da parte delle grandi piattaforme, le quali hanno spesso… ucciso nella culla potenziali concorrenti prima che diventassero troppo ingombranti. E ciò è avvenuto senza che la disciplina sulle concentrazioni potesse in qualche modo mitigare questo fenomeno.

Peraltro, la storia dei c.d. *Big Tech* ci racconta che i *target* delle acquisizioni sono state spesso imprese operanti in "mercati" complementari o vicini rispetto a quelli dell'impresa acquirente: pensiamo a casi famosissimi come *Facebook/Whatsapp*, *Microsoft/LinkedIn*, *Google/Fitbit*, o *Amazon/MGM*. In realtà, e come purtroppo stiamo scoprendo con costante ritardo, la dinamicità di questi attori, e l'evoluzione rapidissima dei mercati digitali, rendono piuttosto implausibile che le acquisizioni avvengano tra imprese realmente "concorrenti", perché il loro modello di crescita è sui c.d. ecosistemi, rispetto ai quali l'antitrust si colloca costantemente in una situazione di *under-enforcement*. Quindi, e piuttosto, quello che dovremmo cominciare a ripensare è l'idoneità *tout-court* delle norme che finora hanno disciplinato i mercati e i rapporti B2B e B2C rispetto ai *Big Tech*: l'approccio preventivo – e regolatorio – del *Digital Markets Act* va a mio avviso in una direzione apprezzabile, ma forse occorre riflettere su ulteriori iniziative.

Ciò premesso, mi pare siamo purtroppo davvero lontani dallo scorgere potenziali "campioni" europei in questi settori, e mi piacerebbe potessimo un giorno discutere nel merito di possibili divieti di acquisizioni tra imprese europee per il rischio di creare soggetti troppo potenti. E aggiungo che, se mai venisse quel giorno, penserei più che seriamente a capire se all'interno del regolamento 139/2004 non vi sia spazio per interpretazioni evolutive del test relativo al *significant impediment of effettive competition* (SIEC), col quale, com'è noto, si

misura l'eventuale divieto di acquisizioni. Tanto più se si considera che l'Europa è in ritardo non solo nelle piattaforme, ormai dominate da imprese extraeuropee, ma in tutta la filiera tech e digitale, come le batterie, le terre rare, i semiconduttori, l'intelligenza artificiale.

Mario Draghi mette a nudo questo divario davvero preoccupante, e mi sembra di poter dire che le norme antitrust siano davvero ben poco responsabili dell'arretratezza europea rispetto agli altri *peers* con cui ci confrontiamo.

Piuttosto, per colmare il ritardo, il Rapporto Draghi sollecita un cambio di passo deciso sul fronte della politica industriale, e quindi anche della disciplina sugli aiuti di Stato, ed è qui che a mio avviso si pongono le riflessioni più urgenti. Gli artt. 107 e 108 TFUE hanno come riferimento il mercato interno, mentre oggi misuriamo i ritardi nella competitività dell'Europa rispetto al resto del mondo, e soprattutto Stati Uniti e Cina. La c.d. modernizzazione degli aiuti di Stato resta pur sempre ancorata a un modello ordoliberale "interno" all'Unione; è vero che, specie dalla pandemia COVID in avanti, sembra potersi seriamente ipotizzare che il divieto di aiuti stia evolvendo e diventi assai più rilassato quando l'aiuto è funzionale al raggiungimento di obiettivi di interesse europeo, come è il caso, ad esempio, della c.d. *twin transition* (ecologica e digitale), o del modello IPCEI (e cioè gli *Important Projects of Common European Interest*). In questo senso, mi pare di poter dire che, anche rispetto alla disciplina degli aiuti, non vi sia alcun bisogno di modificare alcunché a livello di diritto primario. Piuttosto, dobbiamo essere consapevoli del fatto che l'interpretazione di queste norme deve essere elaborata avendo ben presente il contesto competitivo esterno all'Europa, e la necessità di recuperare il ritardo nel quale versiamo rispetto a quasi tutti i settori funzionali a consentire la c.d. *twin transition*.

Detto questo, i veri problemi mi paiono costituiti dalla modestia dello spazio fiscale europeo e dalle regole del patto di stabilità: ambedue questi fattori costituiscono un limite per politiche di sostegno delle imprese europee davvero ambiziose e idonee a provare un cambiamento di passo, ma qui entriamo nel campo della politica industriale, ed è bene lasciare ad altri la prosecuzione delle riflessioni.

Elisa Cavasino

Grazie per la parola e per la domanda, cui inizio a rispondere muovendo da una considerazione sul rapporto Draghi. Questo documento di *policy* muove dall'osservazione di un contesto in cui la transizione digitale è ad oggi una rivoluzione tecnologica a trazione non-europea (cinese forse ormai in prevalenza, anche se giocano un ruolo centrale ancora la tecnologia statunitense e, per la cybersicurezza, israeliana).

Sulla base di questo scenario le soluzioni proposte nel rapporto sono tutte rivolte a superare il *gap* tecnologico che il sistema Europa sta accumulando. Insomma, l'idea di fondo è di spingere il sistema produttivo europeo ad *inseguire* un modello di sviluppo tecnologico costruito altrove e nel quale l'Europa *consuma* tecnologia piuttosto che inventarla.

Il rischio di questa strategia che chiamo *d'inseguimento* è che le soluzioni immaginate provino ad imitare un modello che non sembra ad oggi assicurare pienamente l'idea *giuridica* di crescita e sviluppo tecnologico che il processo d'integrazione europea dovrebbe perseguire: i valori e le finalità del processo d'integrazione descritte nei Trattati (specialmente artt. 2 e 3 TUE) in cui si richiama un'idea di sviluppo *sostenibile* e di *crescita equilibrata*. Il punto critico della transizione digitale e della strategia dell'inseguimento è che il modello di sviluppo

tecnologico che osserviamo strutturarsi al di fuori dell'Europa presuppone l'esistenza di pervasive forme di controllo sociale, politico ed economico o guidate dal potere *pubblico* (esperienza cinese) o da una forte crescita dei poteri privati, tale da mettere a rischio la separazione fra potere pubblico e poteri economici privati, divenuti colossi che sono evidentemente capaci di influenzare i processi decisionali pubblici e la formazione dell'opinione pubblica (esperienza statunitense).

I decisori politici europei dovrebbero di far tesoro di queste esperienze, in modo da elaborare strategie di governo della rivoluzione tecnologica che possano salvaguardare al contempo la libertà d'iniziativa economica rendendo *sostenibile* lo sviluppo ed *equilibrata la crescita*.

Eugenio Bruti Liberati

È indubbio che le regole antitrust europee devono oggi essere interpretate e applicate in modo coerente con gli obiettivi che l'Unione europea si è data e che incidono direttamente o indirettamente sulla disciplina dei mercati. Non può non esserci un coordinamento tra politiche concorrenziali e politiche industriali.

Questo vale per la decarbonizzazione e vale anche per la digitalizzazione, la competitività e per la sicurezza strategica: è quindi ragionevole ritenere che la Commissione europea, quando applicherà le regole antitrust, dovrà tenere conto, più di quanto abbia fatto in passato, della dimensione globale del mercato in cui operano le imprese europee e non solo di quella europea.

Decisioni come quella adottata nel 2019 nel caso Siemens Alstom probabilmente oggi sarebbero diverse. E in generale è chiaro che operazioni di concentrazione finalizzate a raggiungere una taglia e una dimensione continentali, come anche intese dirette a mettere in comune risorse tecnologiche e finanziarie nei settori strategici, saranno – o dovrebbero essere- valutate dalla Commissione in modo assai più benevolo rispetto alla fase che ha preceduto l'abbandono del modello ordoliberale e la nascita di una vera politica industriale europea.

Questo non significa, peraltro, che l'antitrust europea debba aderire, neanche nei settori strategici, al modello che, in particolare con riferimento al digitale e all'intelligenza artificiale, è stato prevalente negli Stati Uniti prima della Presidenza Biden e che è tornato ad esserlo con la presidenza Trump.

Questo modello, largamente tributario, come sappiamo, degli insegnamenti della Scuola di Chicago, ha significativamente contribuito alla nascita delle Big Tech che oggi dominano il mercato del digitale e dell'IA.

Basta rileggere al riguardo il ben noto lavoro di Lina Khan sull' "Amazon Antitrust Paradox": un'analisi antitrust tutta concentrata sugli effetti a breve termine delle operazioni di concentrazione, in termini di prezzo e quantità, e poco attenta invece alle conseguenze di medio-lungo termine sulla struttura del mercato e sul potere di mercato, ha consentito ad Amazon, ma anche a Google, Apple e Facebook di acquisire larga parte dei concorrenti attuali e potenziali e di sviluppare una posizione di dominanza – e risorse economiche e tecnologiche – oggi non facilmente controllabili.

I rischi che questo comporta non solo per la democrazia economica ma anche per quella politica – per il normale svolgimento dei processi democratici -, erano già stati messi in chiara evidenza dalla dottrina anche italiana negli anni scorsi (ricordo solo i molti contributi ospitati dalla rivista Diritto Pubblico). E si sono ora concretizzati pienamente con le recenti elezioni americane e poi con la presidenza Trump: in cui il peso dei poteri economici e la profonda commistione tra poteri privati e poteri pubblici sta contribuendo significativamente all'involuzione del sistema democratico del Paese.

Allentare i vincoli antitrust per favorire la crescita dimensionale delle imprese che competono sui mercati ad alta intensità tecnologica, e che devono porre in essere gli straordinari investimenti necessari per recuperare il gap tecnologico che ci separa da Stati Uniti e Cina, va bene: ma occorre comunque, pur considerando maggiormente la struttura globale dei mercati in questione, garantire adeguatamente il pluralismo competitivo e in particolare assicurare la possibilità di ingresso nel mercato di *new comers*.

Tanto più che sarebbe errato ritenere che la capacità competitiva delle imprese europee nei settori ad alta intensità tecnologica dipenda principalmente o necessariamente dalle loro dimensioni.

Come lo stesso Rapporto Draghi e il Rapporto Letta – ma anche studi come quello di Anu Bradford -, hanno chiarito, tale capacità competitiva dipende anche da altri fattori: dall'abbattimento delle residue ma tuttora significative barriere normative e amministrative tra gli Stati membri, dalla debolezza dei mercati finanziari europei, dall'avversione al rischio propria della cultura europea e non solo.

Più che cercare di dar vita a giganti privati come le Big Tech, con i loro poteri un tempo invisibili (come ha mostrato Maria Rosaria Ferrarese) e oggi fin troppo chiaramente visibili, occorrerebbe rimuovere quegli ostacoli e quei limiti nell'integrazione europea. E occorre anche attuare pienamente le misure di politica industriale che l'Unione europea ha previsto a partire dal 2022 e che, come vedremo tra poco, la Commissione, dopo il Rapporto Draghi, sta tentando di potenziare ulteriormente.

Tali misure di politica industriale, infatti, mirano a rafforzare fortemente le risorse tecnologiche e finanziarie di cui le imprese europee possono disporre, a semplificare la loro attività e a difenderle in vario modo dalla concorrenza *unfair* dei competitor esteri: e possono quindi rendere meno indispensabile che esse acquisiscano dimensioni – e poteri – corrispondenti a quelli delle imprese americane (che in una logica di reale democrazia economica andrebbero piuttosto spezzettate, com'è accaduto in una fase assai più virtuosa della storia economica americana).

Filippo Donati

Non voglio qui ritornare sulle cose che già sono state dette nei precedenti interventi. Anche io concordo con le conclusioni raggiunte, ovvero sull'inopportunità di un allentamento delle regole antitrust su concentrazioni e intese (discorso a parte va fatto per gli aiuti di Stato) per favorire la nascita di campioni europei.

Una scelta del genere sarebbe a mio avviso non solo non necessaria, ma addirittura controproducente. Non necessaria perché, come è stato ricordato benissimo, il ritardo dell'Unione europea nel settore digitale non dipende dalla disciplina antitrust ma da altri fattori, in particolare dalla maggiore difficoltà nella raccolta del capitale che le start up europee incontrano rispetto a quelle d'oltre oceano, nelle barriere normative e amministrative che continuano a impedire il buon funzionamento del mercato interno, nell'assenza di un sufficiente sostegno pubblico all'innovazione. Controproducente, perché oggi il mercato dell'Unione europea è dominato dalle big tech statunitensi e cinesi. Un allentamento della disciplina antitrust potrebbe paradossalmente favorire le imprese incumbent, lasciate libere di rafforzarsi ulteriormente a scapito delle nascenti imprese dell'Unione europea. È viceversa una più rigorosa applicazione della disciplina antitrust, volta a vietare abusi di posizione dominanti e acquisizioni o

comunque pratiche lesive della concorrenza, a poter favorire le start up domestiche.

Ritengo inoltre che la crescita di campioni europei, capaci di competere con quelli statunitensi e cinesi, sia auspicabile. A tal fine occorrono però apposite misure di politica industriale, promosse dall'Unione europea ed attuate dagli Stati membri, nonché un "adattamento" della disciplina sugli aiuti di Stato. Come evidenziato dal rapporto Draghi, interventi del genere sono ormai indispensabili per diminuire il crescente divario in termini di crescita e innovazione che separa oggi l'Unione europea dalla Cina e dagli USA, favorendo lo sviluppo anche in Europa di imprese tecnologiche capaci di competere su scala globale. I rischi che le big tech comportano per la democrazia e i diritti della persona, innegabili, vanno affrontati attraverso una adeguata regolamentazione che sappia bilanciare l'esigenza di promuovere lo sviluppo economico con quella di salvaguardare i principi dello Stato di diritto e i valori essenziali del sistema democratico.

Barbara Marchetti

Venendo al secondo dei nostri interrogativi, chiederei anzitutto ad Elisa di riflettere sulle possibili misure di politica industriale che a livello nazionale anzitutto, ma anche europeo, potrebbero favorire gli investimenti privati e pubblici necessari per assicurare la crescita dimensionale delle imprese ed un'economia di scala.

Elisa Cavasino

Grazie nuovamente per la parola. Proseguo qui nuovamente richiamando le soluzioni proposte nel rapporto Draghi, che sono largamente condivisibili laddove immaginano la definizione di un piano d'investimenti europeo da sostenere mediante l'accrescimento del potere di bilancio dell'Unione.

Questo piano europeo dovrebbe anche essere sostenuto da piani complementari nazionali sul modello di quando è avvenuto per il dispositivo per la ripresa e la resilienza ed il PNRR (si veda Commissione europea Comunicazione *Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo* (2021/C 528/02)) che possono essere ritenuti compatibili sul piano del diritto UE se coerenti con un programma UE di investimenti attraverso l'art. 107, par. 3, lett. b), TUE in base al quale sono compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», il che potrebbe garantire coerenza fra le strategie politiche nazionali e sovranazionali in materia di transizione economica digitale.

È chiaro che questo approccio dovrebbe essere strutturato tenendo conto anche delle norme di coordinamento delle politiche economiche e finanziarie degli Stati membri (il nuovo Patto di stabilità e crescita, PSC), che consentono già oggi di articolare il governo della finanza pubblica degli Stati lungo traiettorie di medio periodo, e margini di flessibilità maggiore nel breve periodo rispetto ai parametri del debito e del deficit pubblico posti dai Trattati laddove le finalità da perseguire avvalendosi della flessibilità di bilancio siano concordate a livello europeo. Dunque lo schema dovrebbe essere il seguente: le Istituzioni dell'Unione dovrebbero individuare come priorità politiche gli investimenti in aree che riguardano la transizione digitale (com'è accaduto ad esempio per il piano RePowerEU o ReArmEU); gli Stati, mediante i cicli di bilancio nazionali, declinerebbero all'interno

delle loro politiche le priorità europee mediante misure o d'investimento o in ogni caso di tipo incentivante (soprattutto sarebbero necessarie misure fiscali coordinate con le priorità economiche e finanziarie "comuni") per lo sviluppo di queste aree del sistema economico. La concordanza delle manovre di bilancio degli Stati con le priorità politiche d'investimento fissate nei piani europei consentirebbe di praticare questa soluzione dato che il nuovo PSC aumenta la flessibilità di bilancio degli Stati e dunque il loro potere di bilancio, ma può anche essere sostenuta sia con il debito comune europeo sia mediante politiche monetarie *sound*, come si è già visto rispetto alle risposte alle crisi che l'Europa ha definito a fare data dal 2012 con lo sviluppo delle politiche monetarie non convenzionali della BCE.

Francesco Munari

Ferme le considerazioni svolte da Elisa, che condivido, vorrei svolgere qualche riflessione su questa seconda domanda prendendo nuovamente in considerazione l'angolo visuale dell'Unione europea.

Al riguardo, mi limito a ricordare che una politica industriale europea non è la sommatoria delle politiche industriali nazionali, e però non possiamo ancora fare a meno di queste ultime perché l'Unione ha competenze "deboli" in questo comparto, trattandosi di una tra le competenze complementari e di sostegno descritte all'art. 6 TFUE. Detto questo, l'Unione ha varato programmi interessanti, e senz'altro apprezzabili: ho citato prima l'IPCEI, e ad esso va sicuramente aggiunto anche il programma STEP (*Strategic Technology for Europe Platform*), volto a finanziare ricerca e sviluppo nelle tecnologie ritenute strategiche, quindi digitali e *deep tech*, tecnologie pulite e biotecnologie. Molto di più però non si riesce a fare con l'attuale profondità del bilancio dell'Unione, e lo abbiamo visto recentemente: la proposta di usare i fondi di coesione anche per sviluppare i progetti volti a garantire competitività all'economia europea, sui quali si focalizza il Rapporto Draghi, sta trovando talune resistenze ad opera degli *stakeholders* tradizionalmente destinatari di questi fondi. Si tratta di resistenze che non possiamo giudicare come *ex se* irragionevoli, e che tuttavia danno la cifra di quanto sia difficile reperire ulteriori spazi fiscali fino a quando non vi sarà un reale cambio di passo a livello dei 27 Stati membri su queste scelte "esistenziali".

Peraltro, dobbiamo sommare a questi limiti anche quelli derivanti dalle norme e dalle procedure in tema di aiuti di Stato: è vero che, come si ricordava prima, possiamo sperare e anzi dobbiamo insistere affinché la relativa disciplina, oltre a essere modernizzata, sia anche "funzionalizzata" alle esigenze della competitività europea secondo il paradigma di Mario Draghi. Ma resta pur sempre una disciplina complessa, e tali sono anche i diversi programmi varati dall'Unione cui accennavo prima.

Dovendo allora rispondere alla domanda di Barbara, e lanciare una proposta, forse allora parrebbe essere arrivato davvero il momento di varare un fondo sovrano europeo, che vada sul mercato e faccia acquisizioni volte ad aggregare imprese operanti sui mercati "strategici", aiutando così l'industria europea a darsi una dimensione comparabile con quella dei grandi *players* statunitensi e cinesi. In questa prospettiva, si avrebbe un'azione più rapida, perché si utilizzerebbero strumenti di M&A che tutti conoscono e praticano benissimo da decenni, e al contempo si potrebbero aggregare anche investitori nazionali e istituzionali, con un fattore moltiplicatore che mi parrebbe poter raggiungere dimensioni significative.

Tanto più che gli investimenti di un fondo sovrano europeo godrebbero verosimilmente di un *favor* sia dal punto di vista della disciplina delle concentrazioni, sia da quello dei controlli sugli investimenti diretti tipo *golden power*; il che, mi pare, semplificherebbe ulteriormente il quadro.

Un *caveat* è d'obbligo, ed è quello di avere una *governance* di questo fondo che sia idonea davvero a muoversi in una logica europea, e non nazionale, e che anzi possa ove mai operare nell'ottica di ridurre quelle asimmetrie nelle politiche industriali nazionali determinate dalla diversa capacità fiscale dei singoli Stati membri.

Eugenio Bruti Liberati

Sappiamo tutti che una vera e riconoscibile politica industriale europea è nata – o è divenuta visibile –, tra il 2019 e il 2020, sotto la spinta dell'esigenza di orientare le imprese europee verso gli obiettivi della decarbonizzazione e della digitalizzazione e poi anche dell'autonomia strategica dell'industria europea.

È d'altra parte indubbio che essa, che già si era concretizzata in misura importante nel triennio 2022-2024, abbia avuto una forte accelerazione, quanto meno a livello di proposte della Commissione, dopo la presentazione del rapporto Draghi nel settembre 2024.

Se si legge il *Competitiveness Compass* della Commissione del gennaio 2025, si rimane colpiti dalla quantità e della complessità delle proposte: solo in relazione all'obiettivo di colmare the *innovation gap*, si prevedono 47 tra nuove normative e piani strategici, settoriali o orizzontali, alcuni dei quali già oggetto nei mesi successivi di puntuali proposte della Commissione, e che ovviamente vanno ad aggiungersi oppure a specificare o a semplificare le normative introdotte a partire dal 2022.

Gli strumenti in tal modo previsti sono molteplici: si va dagli incentivi pubblici europei e nazionali alle forme di collaborazione anche istituzionale tra pubblico e privato (dunque con la partecipazione pubblica ad imprese o consorzi); dall'approvvigionamento congiunto a livello europeo, e in parte riservato ad imprese europee, alle semplificazioni normative e amministrative; dal rafforzamento dei controlli sugli investimenti e sulle sovvenzioni estere ad altre forme di difesa delle imprese europee dalla competizione non *fair* di concorrenti extraeuropei.

Tutta questa mole di norme e di atti variamente strategici dovrà essere oggetto di analisi puntuale e poi anche di riflessione teorica per capire quanto sia grande la trasformazione che esse comportano nel paradigma di disciplina europea dei mercati: certo, come appare ormai innegabile, il modello ordoliberale è in larga misura superato, ma quali sono le linee di fondo del nuovo disegno? Ed è possibile ricondurre le stesse ad un coerente disegno concettuale?

Non è forse ancora il momento per un'analisi così impegnativa. E nemmeno è oggi possibile valutare seriamente quanto queste misure, nella loro versione finale, riusciranno effettivamente a promuovere la competitività delle imprese europee nei settori in cui l'innovazione tecnologica è vitale e la loro capacità di realizzare i grandi investimenti necessari.

Certo, il loro scopo è quello: e questo dovrebbe suggerire molta cautela nel valutare l'opportunità di favorire la creazione di veri e propri giganti europei. Se le misure già introdotte e quelle che la Commissione ha recentemente proposto di introdurre risulteranno efficaci, è realmente il caso di consentire anche in Europa la nascita di imprese dotate del potere economico, tecnologico e politico di Amazon, Meta, Google, Apple, ecc.?

È ovvio che il sistema americano rimane in questo ambito un riferimento importante, dato che i risultati ottenuti in termini di crescita e innovazione tecnologica sono innegabili. Ma non possiamo non essere consapevoli del lato oscuro di quel modello e del fatto che vi è un nesso – non sempre adeguatamente considerato – tra gli straordinari livelli di produttività che esso ha consentito di conseguire e la profonda crisi sociale e politica a cui lo stesso modello ha condotto.

Come ha scritto Dani Rodrik, le politiche industriali, comprese quelle dirette a promuovere l'innovazione, possono ovviamente essere disegnate in molti modi e in particolare in modi coerenti o non coerenti con obiettivi di sostenibilità sociale e politica (oltre che climatica).

Ad esempio, le misure pubbliche volte ad incentivare le innovazioni tecnologiche possono essere definite in modo tale da lasciare le imprese beneficiarie libere di ridurre o precarizzare la forza lavoro oppure invece in modo da indurle a risparmiare sul capitale, sull'energia o su altre risorse, comunque diverse dalle risorse umane.

La prima soluzione è quella accolta negli Stati Uniti. Sarebbe auspicabile che la soluzione europea fosse invece la seconda.

Un'ultima considerazione riguarda ancora il tema degli incentivi e degli aiuti pubblici.

È ben noto, ed è già stato rilevato anche qui, che in questi anni l'Unione europea ha fortemente alleggerito i vincoli derivanti dalla normativa sugli aiuti di Stato, così da consentire agli Stati membri di intervenire variamente a sostegno delle imprese in essi operanti nelle situazioni di crisi di questi anni, dal Covid alla crisi dei prezzi dell'energia e oggi per promuovere investimenti nei settori strategici, come quello della difesa.

È comprensibile che questo sia avvenuto, e per certi aspetti era anche inevitabile che accadesse, ma non si può non sottolineare che questa non è la strada migliore per incentivare la competitività delle imprese europee, dato che implica ovviamente il rischio di favorire la crescita delle asimmetrie tra i diversi SM e rende quindi in prospettiva più difficile una piena integrazione europea. La strada maestra è e continuerà ad essere quella dell'utilizzo di risorse europee e dunque del rafforzamento del bilancio europeo.

Barbara Marchetti

Infine, non possiamo esimerci dall'esaminare il tema della regolazione europea e del suo peso per l'innovazione, che poi porta a riflettere sul costo della tutela dei diritti. Il tema è continuamente dibattuto, benché nel rapporto Draghi la regolazione sia solo uno dei fattori del possibile ritardo dell'Unione (e non certo il più importante), e benché non manchi giorno in cui gli stessi computer scientists di frontiera (da Stuart Russell a Yoshua Bengio, da Sam Altman a Mustafa Suleyman) chiedano di prevedere adeguati guardrail per proteggere i diritti dei cittadini, seriamente minacciati dalle piattaforme digitali e dai sistemi di IA. Su questa domanda, chiederei anzitutto a Filippo Donati (e a seguire agli altri interventori) di dirci se ritiene la regolazione europea "troppa" o "troppo poca", e di dirci se e come si dovrebbe intervenire sul quadro regolatorio in vista di una sua semplificazione.

Filippo Donati

Grazie Barbara. La questione da affrontare è dunque se la regolamentazione europea (DMA, DSA, AI ACT, MFA, ecc.) sia da rafforzare o, all'opposto, da alleggerire, perché è divenuta un ostacolo alla crescita economica e allo sviluppo tecnologico.

La regolazione è ancora oggi indispensabile, visto il crescente potere delle grandi piattaforme online. Le big tech sono società private che hanno acquistato una forza economica, sociale e politica senza precedenti. Si tratta di poteri privati che tendono sempre più a svolgere funzioni di rilievo pubblicistico tradizionalmente affidate agli apparati statali: informazione, educazione, salute, ecc. Di fronte alle funzioni oggi svolte dalle grandi piattaforme, tende oggi a sfumare la netta distinzione tra potere privato e potere pubblico. Le big tech sono poteri privati che sempre di più riescono ad influire sul gioco democratico. L'acquisizione e il mantenimento del potere, che fino a ieri dipendevano in larga parte dai media tradizionali (televisioni stampa, radio), oggi passano sempre di più dai social media. Le big tech, infine, sono poteri privati all'avanguardia nello sviluppo e nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale. Tali sistemi, come noto, sono ormai indispensabili per il benessere sociale e lo sviluppo economico, ma, se non opportunamente regolati, pongono gravi rischi di lesione il rischio di violazione dei diritti delle persone, dei princìpi democratici e della rule of law.

Questi rilievi sono a mio avviso sufficienti per dimostrare che la regolazione del mondo digitale e dell'intelligenza artificiale è oggi indispensabile per assicurare la tutela dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali.

Ciò detto, non mi pare che abbia torto Mario Draghi quando sostiene che in molti campi la regolazione è ormai eccessiva e ostacola lo sviluppo dell'economia europea.

Vorrei portare qui un esempio. L'art. 5 dell'AI Act individua otto categorie di sistemi di intelligenza artificiale che, essendo considerati fonte di rischi inaccettabili per i diritti della persona, sono vietati. La violazione di tali divieti comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente.

Le sanzioni così previste, sebbene qualificate come "amministrative", hanno natura sostanzialmente penale alla luce dei c.d. "criteri Engel". La Costituzione e la CEDU richiedono che i divieti assistiti da sanzioni amministrative di natura sostanzialmente punitiva, come indubbiamente sono quelli previsti dall'art. 5 dell'AI Act, abbiano una formulazione rigorosa. L'art. 5 dell'AI Act contiene invece divieti formulati in termini vaghi e indeterminati. Tanto che la Commissione, per cercare di spiegare l'ambito di applicazione degli otto divieti previsti dall'art. 5 dell'AI Act, ha dovuto utilizzare ben 125 pagine e 434 paragrafi.

In definitiva, non possiamo oggi fare a meno della regolazione del mondo digitale e dell'IA. Non può tuttavia essere trascurato il monito di Mario Draghi circa l'esigenza di porre mano a una semplificazione del diritto dell'Unione europea, per rafforzare la certezza del diritto e per rimuovere gli ostacoli che l'eccessiva complicazione del quadro normativo comporta per l'esercizio delle attività economiche.

Francesco Munari

Anche a questo riguardo, vorrei partire dall'ottica unionale, e sottolineare che la qualità della normazione europea dipende anche dalla procedura di adozione degli atti legislativi, a sua volta condizionata dalle competenze che, in proposito, sono ripartite tra Commissione, che ha potere di iniziativa ma non "vota" i testi normativi, Parlamento europeo e Consiglio, che sono in effetti le due "camere". Se aggiungiamo l'assenza di un vero indirizzo politico (il Consiglio Europeo non è affatto attrezzato alla bisogna), e il principio delle competenze attribuite, non stupisce alla fine registrare una "naturale" farraginosità delle norme euro-unitarie.

Mario Draghi ha molte ragioni nell'osservare che l'iper-regolazione caratterizzante l'ordinamento UE costituisce un freno allo sviluppo e alla competitività; tuttavia, fino a quando il sistema resta ancorato alle competenze attribuite, al mercato interno per come lo conosciamo, e al principio del mutuo riconoscimento tra 27 regimi nazionali, sembra difficile immaginare un vero cambio di passo della qualità normativa. Detto questo, è anche vero che, proprio per il contesto di riferimento nel quale le norme si producono, tra obbligo di individuazione di una base giuridica coerente con le competenze unionali, e potere di iniziativa della Commissione a elaborare proposte di atti legislativi, le norme UE scontano probabilmente un eccesso di "tecnocrazia", che le rende prolisse, prive di adeguata "visione" politica, e caratterizzate necessariamente da una ricerca di individuare tassonomie per qualsiasi problema giuridico. Con conseguenti soverchi obblighi di *compliance* in capo alle imprese, specie europee, e talora vere e proprie crisi di rigetto rispetto a una disciplina che pare disancorata dalla realtà delle sfide globali, come è avvenuto per il *Green Deal*, per le numerose norme ESG varate in questi anni a livello UE, e sta avvenendo, sia pur con assai maggiori cautele, con l'*AI Act*.

Detto questo, l'auspicio verso una semplificazione normativa forse è la proposta più difficile da attuare tra quelle formulate nel Rapporto Draghi, e comunque, parlando per sineddoche, tra quelle che possiamo immaginare per consentire all'Unione di vincere le grandi questioni esistenziali in agenda. Il motivo è dato dal rischio che una semplificazione possa portare a un arretramento dei diritti, la cui esigenza di tutela mi pare massima proprio in questo periodo storico caratterizzato da "predatori" di ogni tipo: politico, economico, sociale. Tanto più in una situazione in cui l'Europa e le sue imprese si trovano in una condizione di difficoltà sui tavoli globali, l'abbandono (anche) dei cittadini europei a un destino diverso da quello che caratterizza i nostri valori è una strada che non possiamo né dobbiamo percorrere. La tenuta dei diritti e dei valori è il presupposto per la democrazia e le nostre libertà, ed è anche l'ancoraggio fondamentale che resta in un mondo che sembra aver perso in pochi mesi molti punti di riferimento sui quali abbiamo costruito la nostra storia negli ultimi 80 anni. Non credo ci possiamo permettere scorciatoie che aumenterebbero il pericolo di derive irreversibili, e su questo mi auguro si debba essere tutti molto convinti.

Elisa Cavasino

Rispondo brevemente sul punto richiamando tre testi per me significativi nelle riflessioni sulla transizione digitale: uno è un testo di un costituzionalista americano, Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0* (2006), gli altri due sono testi non giuridici, il libro di Alessandro Baricco, *The Game* (2018) e i racconti di Isaac Asimov raccolti nel volume *Io, Robot* (1950).

Lessig ricorda che quello che la transizione digitale ci sta consegnando, un nuovo *mondo virtuale* ha bisogno di un'architettura normativa e che non necessariamente le norme che disciplinano il cyberspazio devono semplicemente *seguire* e *correggere* l'effetto distorsivo delle tecnologie nelle sfere di libertà individuale, ma che possono anche orientare lo sviluppo tecnologico. Questo mi sembra peraltro quello che ci consegna l'esperienza costituzionale del II Novecento con riferimento ai modelli costituzionali di governo dell'economia sperimentati nell'Europa continentale e nel Nord Europa e che emerge anche dal Trattato di Lisbona. L'AI act (reg UE 2024/1689) si muove in questa direzione, laddove si riferisce alla promozione dell'approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale (regolamento UE 2024/1689 cons. nr. 8).

Baricco ed Asimov ci consentono di ragionare sulla dimensione umana nelle rivoluzioni tecnologiche, la direttrice lungo la quale l'intervento regolativo europeo sta tentando di muoversi (si è discusso dell'AI act) e la *deregulation* e la regolazione *science driven* non sono l'unica risposta possibile: è possibile anche una regolazione *science based*, anzi, questa sarebbe la migliore opzione da perseguire per perseguire la tutela dei diritti e costruire un ordinamento giuridico sulla base del principio di legittimazione politica democratico-repubblicano. Questo, oggi è possibile a condizione che i *policy maker* e i giuristi comprendono che devono sviluppare competenze e conoscenze digitali (cfr. A. Simoncini 2023, parte III). Questo risponde al *risk based approach* che il quadro normativo UE sull'AI inizia a definire e, soprattutto, alle forme che in questo quadro normativo assume il principio di trasparenza (cfr. regolamento UE 2024/1689 cons. nr. 8 ed artt. 13 e 50). Quanto agli effetti pregiudizievoli del *risk based approach* rispetto allo sviluppo di nuove tecnologie ed al *gap* di competitività che questo può generare, ritengo che molto dipenderà da come verrà applicata la disciplina dell'AI act in riferimento alla salvaguardia dalla libertà di ricerca scientifica. A tal riguardo l'AI act appare sensibile al tema ma non sembra poi immaginare un quadro normativo compiutamente definito sul punto (sono solo i cons. nn. 25, 68, 97, 105, 109 regolamento UE 2024/1689 che affrontano il tema). Tentativi che vanno in questa direzione sono in corso anche a livello nazionale, con la l. n. 132 del 2025 che però apre enormi questioni e problemi sul versante della coerenza dello strumentario normativo utilizzato per il governo del cyberspazio (soprattutto sul versante dell'uso delle deleghe legislative e della distribuzione delle competenze fra Governo e amministrazioni, ma questo è un tema che qui non è possibile affrontare). È una questione che poi andrà compiutamente discussa e rispetto alla quale andranno declinati i principi di governo dell'AI anche nel quadro delle politiche d'investimento e di esenzione dagli aiuti di stato e nel quadro UE degli investimenti in ricerca.

Eugenio Bruti Liberati

Anu Bradford ha chiarito in un bel saggio del 2024 (*The false choice between digital regulation and innovation*) che la contrapposizione tra regolazione e innovazione è falsa.

Contrariamente a quanto taluni sostengono, e tra essi ovviamente le grandi imprese digitali e dell'AI, non è la presenza o meno di una regolazione a spiegare perché le imprese europee siano cresciute molto meno di quelle americane nel settore digitale e in generale dell'innovazione tecnologica.

Le cause principali sono altre: la frammentazione del mercato europeo, con la persistente presenza di regimi normativi e amministrativi diversi tra i vari Stati e di connesse barriere per le imprese; la debolezza del mercato finanziario europeo e la scarsa diffusione di strumenti di venture capital e di investitori istituzionali europei; la diversa cultura del rischio d'impresa, associata ad una disciplina del fallimento più penalizzante rispetto a quella americana; la minore attrattività del mercato del lavoro per giovani talenti extraeuropei.

È su questi fattori che l'UE dovrebbe agire e non sulla riduzione della regolazione (DMA, DSA, AIA) che, come tutti sappiamo, è stata adottata per tutelare fondamentali interessi pubblici: la libertà di informazione e la corretta formazione dell'opinione pubblica, anche in relazione ai momenti elettorali; il controllo ex ante del potere di mercato per impedire discriminazioni e condotte predatorie; il contenimento dei rischi legati all'uso dell'AI.

Questo non vuol dire che l'attuale normativa non possa essere semplificata

e chiarita: se è possibile ridurre gli oneri amministrativi in capo alle imprese, soprattutto se medie o piccole, è opportuno farlo; e occorre garantire in tutti modi la certezza delle regole. Se le norme richiamano concetti giuridici indeterminati e rinviano a linee guida o comunque ad atti secondari per la precisazione degli stessi, è bene che gli stessi siano emanati prima di imporne il rispetto alle imprese: che, com'è sempre bene ricordare, non sono spaventate tanto dall'esistenza di vincoli, che come dice A. Bradford possono anche stimolare l'innovazione, ma dall'incertezza normativa e dalla conseguente difficoltà di stimare e calcolare rischi ed opportunità.

Eliminare o ridurre drasticamente la regolazione di questi nuovi mercati – una regolazione che finalmente non si limita a promuovere la concorrenza e la parità delle armi, ma anche e innanzitutto a tutelare fondamentali diritti ed interessi della collettività – sarebbe invece un grave errore: anche sotto questo profilo, il modello americano, pur con tutti i suoi vantaggi in termini di efficienza produttiva, non sembra poter rappresentare un esempio virtuoso, che possa essere acriticamente imitato.

Bibliografia

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.

I. ASIMOV, *Io, Robot*, 1950, (trad. it. V. Latronico), Milano, 2021

A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018

A. BRADFORD, *The false choice between digital regulation and innovation*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 118, Issue 2, 2024

A. BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

E. BRUTI LIBERATI, *Industria* (ad vocem), in *Enc. dir.*, I tematici – III 2022, Funzioni amministrative (a cura di B. Mattarella e M. Ramajoli), p. 654 ss.

L. CALZOLARI-A. MIGLIO-C. CELLERINO-F. CROCI-J. ALBERTI (eds.), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Giappichelli, Torino, 2024

G. DA EMPOLI, *L'heure des Prédateurs*, Gallimard, Paris, 2025

P. DE PASQUALE, *Dalla flessibilità delle basi giuridiche alla normazione integrata: tecniche legislative funzionali alla rigidità del riparto di competenze UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2025, p. 1

M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino, Bologna, 2022

L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 126, p. 710

L. LESSIG, *Code: Version 2.0*, New York, 2006

F. MUNARI, *Riconciliare Competitività Industriale e cd.* Twin Transition *nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2025, p. 2

V.H.S.E. ROBINSON, *Merger review in digital and technology markets: Insights from national case law*, in competition-policy.ec.europa.eu

A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2/2023

L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *il Mulino*, Rivista trimestrale di cultura e di politica, 2024, p. 14 ss.