

MARCO MACCHIA
Professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata
marco.macchia@uniroma2.it

LA FUNZIONE EUROPEA DI REGOLAZIONE

EUROPEAN REGULATORY FUNCTION

SINTESI

Pur nella difficoltà di tracciare un profilo completo dello statuto europeo della regolazione, emerge come l'intervento regolatorio sia omnicomprensivo riferito alle forme di ingerenza che iniziano con la norma di legge e terminano con i relativi atti applicativi, sia indipendente, accompagni la disciplina di mercato anche con modelli di regolazione sociale, sia condizionale e finalistico insieme, sia applicato secondo modalità di co-amministrazione, sia contemporaneamente pianificatorio, programmatico, incentivante, e sia infine frutto del coinvolgimento in una logica dialogica delle parti interessate sotto il controllo dell'autorità pubblica. Preso atto di ciò, è necessario sburocratizzare? Forse sì, ma l'Unione è chiamata altresì a difendere la propria sovranità, e l'approccio regolatorio che ne rappresenta parte importante.

ABSTRACT

Although it is difficult to draw up a complete profile of the European regulatory statute, it is clear that regulatory intervention is extensive in terms of the forms of intervention, starting with the law and ending with the relevant implementing acts, that it is independent, that it accompanies market discipline with models of social regulation, that it is both conditional and prescriptive, that it is applied according to co-administration methods, that it is at the same time planning, programming and incentivising and, finally, that it is the result of the involvement of interested parties in a logic of dialogue under the control of the public authority. Is it therefore necessary to reduce European bureaucracy? Perhaps, but the Union is also called upon to defend its sovereignty and the regulatory approach that is an important part of it.

PAROLE CHIAVE: Regolazione, Statuto europeo, Classificazione, Procedimenti, Burocrazia europea

KEYWORDS: Regulation, European Statute, Classification, Procedures, European bureaucracy

INDICE: 1. L'Unione europea quale potere pubblico che regola. – 2. Lo statuto europeo dei poteri regolatori. – 3. Le norme attributive dei poteri di regolazione. – 4. La classificazione dei poteri regolatori. – 5. Gli strumenti dell'intervento regolatorio. – 6. La dinamica procedimentale della regolazione. – 6.1. Il modello delle network agencies. – 6.2. La relazione emergente: il sistema di vigilanza unico. – 6.3. La cooperazione come strumento di attuazione delle politiche europee. – 6.4. I rapporti di controllo – 7. Conclusioni: la funzione europea di regolazione.

1. L'Unione europea quale potere pubblico che regola

L'Unione europea ha fatto della regolazione la sua stella polare. Un'Unione che doveva nascere sulla costruzione di un mercato comune, sulla realizzazione di un *common level playing field* economico, oggi trova la sua centralità soprattutto nel maneggiare regole, norme, direttive, regolamenti, e raccomandazioni, mescolando insieme *hard law* e misure di *soft law*. È un processo segnato negli ultimi anni da un'accelerazione improvvisa, che riflette gli interessi spesso conflittuali fra i paesi nonché le risposte di un'Europa disunita¹. Basti pensare alle *bussole* con cui la Commissione prova a orientare lo sviluppo della sua economia. Nel 2021 era la bussola per il digitale che doveva guidare verso una transizione tecnologica. Nel 2022 era la bussola strategica per la sicurezza che doveva guidare l'Europa verso l'autonomia nella difesa. Nel 2024 la bussola per la competitività per fare dell'Unione “il luogo in cui tecnologie, servizi e prodotti puliti del futuro vengono inventati, fabbricati e commercializzati”, raccogliendo in parte le indicazioni del piano Letta e del piano Draghi affinché sia riconquistata la competitività.

Le regole, insomma, sono attualmente al cuore del processo di integrazione europea, anche se questa regolazione è incerta e discontinua, perché avrebbe bisogno dell'autorità politica per essere stabile. In assenza della politica, si è scelto di riporre fiducia nei confronti delle sole regole e ciò plasma il *modus operandi* dell'Unione: un'unione fondata sul diritto e sul ruolo conformativo della giurisprudenza. Così come nella *civitas* dell'esperienza romana il diritto era «la trama identitaria della collettività nelle sue diverse articolazioni, nelle sue profonde connessioni con la religione», ossia quella di un popolo unito da un reciproco vincolo giuridico e da un interesse comune, come chiarisce Ulpiano², og-

1 G. CELI, A. GINZBURG, D. GUARASCIO, A. SIMONAZZI, *Una Unione divisiva. Una prospettiva centro-periferia della crisi europea*, Bologna, il Mulino, 2020, 7 ss.

2 B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 14.

gi nel progetto europeo dopo decenni di integrazione economica e di allargamenti, venti anni di integrazione monetaria, diverse crisi economiche e finanziarie, restano le regole il principale segno distintivo della costruzione europea.

Proprio la presa d'atto di questa realtà identitaria è quella che ha portato a coniare un nuovo termine, *Brussels Effect*, per indicare il fatto che ciò che l'Europa unita esporta nel mondo sono le sue regole, nel momento in cui la sua capacità regolatoria si dirige oltre i confini dello spazio giuridico europeo per imporsi anche nei confronti di quelle imprese extraeuropee che intendono commercializzare i loro prodotti nel mercato dell'Unione³. Se ciò è vero, pensare che l'europeizzazione possa essere interpretata come l'applicazione di una politica di deregolamentazione dei mercati dei beni e dei capitali, simile al modello anglosassone, è dunque un errore, o meglio la deregolamentazione dei mercati richiede a sua volta altre regole che siano capaci di soddisfarne gli obiettivi e di una *governance* sovranazionale che miri alla loro attuazione.

Ciò è tanto vero che attualmente si assiste nel dibattito pubblico ad un chiaro rifiuto dell'eccesso di regolazione europea, anzi la sovrabbondanza di regolazione è vista come un limite alla crescita del mercato comune. Tanto che anche le istituzioni dell'Unione hanno iniziato a familiarizzare con il concetto di semplificazione amministrativa, di riduzione degli ostacoli burocratici, delle barriere, perché non è così vero che qualsiasi problema si incontri lungo la strada verso la convergenza possa essere affrontato *in itinere* secondo la prospettiva del neo funzionalismo. Eppure la lotta contro l'eccesso di regolazione è lunga e tortuosa, e l'attuale Commissione europea non sembra riuscire a proporre nulla di diverso di un imminente pacchetto legislativo *omnibus*, cioè ulteriore regolazione che dovrebbe servire a semplificare, ma che sarà un fattore in più di incertezza e complicazione. I regolatori «sono prigionieri del circolo vizioso regolatorio, per cui più regolano, più rilevano scostamenti e deviazioni, più tornano a

3 Secondo A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020, 25, «the EU remains an influential superpower that shapes the world in its image. By promulgating regulations that shape the international business environment, elevating standards worldwide, and leading to a notable Europeanization of many important aspects of global commerce, the EU has managed to shape policy in areas such as data privacy, consumer health and safety, environmental protection, antitrust, and online hate speech. And in contrast to how superpowers wield their global influence, the Brussels Effect absolves the EU from playing a direct role in imposing standards, as market forces alone are often sufficient as multinational companies voluntarily extend the EU rule to govern their global operations».

regolare controllare»⁴.

Esistono almeno due ragioni per cui si è arrivati a questo stato dell'arte. Come dimostra il mercato bancario, in cui sono stati profusi molti sforzi per dare vita ad un *single rulebook* volte a omogeneizzare le pratiche⁵, rendere un mercato veramente europeo è una sfida composita. Pesano le differenze linguistiche, culturali, di tradizione, di mentalità, che rendono arduo perfezionare il mercato unico. Perciò, preso atto della difficoltà di trasformare i settori economici su basi effettivamente europee, si è ripiegato sull'obiettivo più abbordabile, ossia imporre regole comuni, oppure su quello che può rappresentare un primo passo graduale verso l'integrazione economica. Insomma, il rimedio della forza precettiva del diritto si è rivelato più comodo e a portata di mano.

Una seconda ragione segue sempre una struttura simile ed è legata alla difficoltà di competere sui mercati mondiali. Se la crescita economica e la competizione si fanno sempre più sfidanti e abbisognano di enormi risorse finanziarie, come dimostra in particolare il caso dei nuovi mercati digitali, la risposta sovranazionale è quella di tenere ferma l'attrattività del mercato europeo e promuoversi come il campione regolatorio, che assuma un ruolo guida della condotta delle maggiori aziende mondiali.

Il paradigma regolatorio dei mercati muove dall'idea che lo Stato interventista non è in grado di correggere i fallimenti del mercato, massimizzando l'efficienza economica e il benessere dei consumatori, poiché sono evidenti i rischi di cattura del pubblico potere, l'influenza delle lobby, gli incentivi dei burocrati a massimizzare il proprio potere piuttosto che a curare l'interesse pubblico. Lo Stato che in prima persona opera sul mercato è un'istituzione estrattiva, tipica di un ordinamento chiuso, connesso al potere politico, in grado di accentrare le risorse a favore di un gruppo ristretto. Lo Stato regolatore invece è un'istituzione inclusiva, pluralista, democratica, aperta alla mobilità sociale, allo spirito di iniziativa individuale e all'innovazione⁶. L'Unione europea ha fatto proprio quest'ultimo paradigma regolatorio, attribuendo ai suoi apparati buro-

⁴ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro, M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000, 23.

⁵ Sia consentito rinviare a M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, 38.

⁶ D. ACEMOGLU, J. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origin of Power, Prosperity and Poverty*, New York, 2012, 25.

cratici il potere di realizzare, di elaborare, e financo di condizionare le politiche pubbliche, per rimediare ai fallimenti del mercato come: i monopoli naturali, i beni pubblici che il mercato non produce spontaneamente, le esternalità negative a danno dell'ambiente, le asimmetrie informative che non permettono la valutazione dei rischi, la necessità di standard uniformi per esigenze di coordinamento tra diverse economie nazionali.

Non mancano tuttavia limiti e carenze strutturali. Le aziende *big tech*, ad esempio, sono interessate ad un'Unione europea debole, e considerano la regolamentazione di marca europea una limitazione inappropriata del loro potere. Per contrastare questa situazione l'Unione europea ha bisogno di bilanciare la necessaria crescita economica con la gestione di situazioni di potere di mercato che alterano lo sviluppo della concorrenza e consentono extraprofiti conseguenti alle rendite di posizione. Ha necessità di rendere compatibili competitività da un lato e obiettivi ambientali dall'altro, riducendo il divario di innovazione con i Paesi più ricchi e diminuendo l'eccesso di dipendenza dall'estero. Sono tutte opzioni non agevoli e che possono condurre a forti contrasti.

2. Lo statuto europeo dei poteri regolatori

Se questo è il quadro generale, occorre scavare più a fondo nel definire il concetto europeo di regolazione, il che è necessario sia per riflettere su basi che siano comuni, sia per mettere in evidenza analogie e differenze con oggetti di studio simili. Un recente *dépliant*, predisposto dalla Commissione europea, intitolato “*Una breve guida all'UE*”, magnifica i meriti dell'Unione nel migliorare la vita dei cittadini europei e trova qui spazio anche la regolazione. Ma a cosa facciamo riferimento quando discutiamo di “regolazione europea”?

Non pare utile in questa sede proporre un approccio definitorio, che rischia di essere troppo ampio per essere fecondo. È noto che non mancano difficoltà a trovare definizioni appropriate e diffusamente accettate della nozione di regolazione, a meno che non si ricorra a concetti eccessivamente estesi, come quello sviluppato da Philip Selznick: «structured and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community»⁷. Sulla stessa

7 P. SELZNICK, *Focusing Organisational Research on Regulation*, in R.G. Noll (ed), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, 1985, 363 ss.

scia, l'OCSE definisce la "regolamentazione" come riferita all'insieme articolato di strumenti – tra cui leggi, altre norme regolamentari e norme emanate da organismi non governativi o di autoregolamentazione a cui i governi hanno delegato poteri normativi – con cui gli organi di governo impongono determinati requisiti alle imprese e ai cittadini⁸. Preso atto di ciò, si preferisce indicare sette caratteri comuni alla regolazione pubblica di marca europea.

Il primo aspetto da considerare è che la *regulation* dell'Unione, forte dell'approccio interdisciplinare, non distingue tra regole prodotte dalle istituzioni politiche e regole frutto degli apparati burocratici. La funzione regolatrice è intesa nella sua globalità a partire dal testo normativo, regolamento o direttiva, fino all'atto di indirizzo adottato dall'agenzia decentrata. Il primo pone i principi generali della disciplina e delega all'apparato amministrativo il compito di adottare le regole di dettaglio con linee guida, circolari, norme tecniche o atti di *soft law*. Non si fa differenza, insomma, tra leggi proprie dei parlamenti o del circuito politico rappresentativo e regole delle autorità per orientare e condizionare l'attività dei privati. La nozione di regolazione a livello europeo mette insieme ogni attività delle istituzioni pubbliche senza distinzioni, tanto a monte (Consiglio e Parlamento europeo), quanto a valle (autorità e forme diverse di agenzie). Ciò perché, come noto, nell'Unione è debole il principio di separazione dei poteri e di divisione dei compiti, a differenza di quanto accade negli Stati nazionali.

Un secondo profilo consiste nell'indipendenza della funzione regolatrice. Questo è uno dei dogmi della politica di regolazione, l'indipendenza dalle interferenze della politica in generale, e degli esecutivi statali in particolare. Con riguardo alla burocrazia sovranazionale, questi sono temi aperti e rispondono ai nomi dell'influenza dei governi nazionali, del peso delle *lobby* all'interno del procedimento regolatorio, dal momento che la complessità del processo decisionale sovranazionale consente ai gruppi d'interesse di partecipare (formalmente e informalmente) alla formazione delle politiche pubbliche⁹.

⁸ OCSE, *Rapporto OCSE sulla riforma della regolamentazione: Synthesis*, OCSE 1997, 6.

⁹ Come sottolineato in M. MACCHIA, *I rapporti tra burocrazia italiana e burocrazia europea*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 27 ss., «sul piano ultrastatale non sembra avere cittadinanza l'idea domestica che della burocrazia si possa fare a meno nel mito delle leggi auto-applicative, che consentono al Parlamento di amministrare legiferando. L'apparato sovranazionale è relativamente giovane, sono stati tendenzialmente sempre applicati criteri di reclutamento

Un terzo profilo da mettere in evidenza riguarda il fatto che la regolazione europea tende a perdere caratteri meramente economici per avvicinarsi in qualche modo all'emergere di nuove esigenze. Solitamente quando si affronta il tema della regolazione si è soliti porre mente immediatamente alla disciplina di mercato, come se la regolazione fosse un tema prettamente economico. Eppure la regolazione europea non è solo economica. Si tendono a confondere modelli di regolazione indirizzati a fini sociali con mezzi per correggere il mercato. Sono improntate a scopi sociali le misure per proteggere le micro, piccole e medie imprese, quelle che assumono donne o giovani *under* 35 anni, o i lavoratori con disabilità, ovvero gli interventi per salvaguardare il diritto di voto o le libertà fondamentali, la capacità di gestire le proprie elezioni e selezionare i leader senza la pressione di un'aggressiva manipolazione esterna.

Un quarto carattere riguarda il fatto che la regolazione europea è divenuta sia condizionale che finalistica. Anzi è iniziata come condizionale, per approdare successivamente ad un approccio finalistico¹⁰. È condizionale quando stabilisce le regole del gioco in modo neutrale per tutti gli operatori del settore, ma è allo stesso tempo finalistica quando l'intervento regolatorio è a supporto in chiave strategica delle sfide che l'Unione si trova a fronteggiare. Si pensi alle transizioni avviate dal *Green deal*, come quella ecologica, energetica, climatica ovvero alla transizione digitale: sono tutte fattispecie in cui si registrano condizionamenti per gli operatori privati, vincoli ritenuti strategici al raggiungimento degli obiettivi europei. Ne sono un esempio anche le modalità di finanziamento della ricerca che condizionano spesso contenuti e obiettivi dei progetti ammissibili, limitando in radice la libertà necessaria per l'avanzamento delle cono-

meritocratici, vi sono sistemi di incentivi interni a produrre, non vi è un alto grado di pervasività del corpo politico (che incide sulla selezione del personale, sull'attività e sulle necessità di compromesso, di filtro, di collettori di richieste)».

10 Come precisa S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 266 ss., «nella disciplina o ingerenza pubblica ricorrono, di regola, i seguenti elementi: il governo o altro organo politico ha un ruolo di iniziativa o di decisione; il processo di decisione è informale, e si svolge o in forme autoritative, o, più frequentemente, in forme negoziate; la disciplina prodotta è di tipo finalistico (perché tende a porre o a raggiungere obiettivi), non condizionale (e cioè non dispone «regole del gioco», che vanno, poi, osservate). Invece, la regolazione ricorre quando sono presenti almeno sei elementi: indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice; affidamento ad essa di un unico compito; natura condizionale; relazione trilaterale; sottoposizione al principio del giusto procedimento; controllo giurisdizionale delle decisioni. Dunque, la regolazione non è caratterizzata da un particolare contenuto, bensì da particolari modalità con le quali essa si esercita».

scenze.

Un quinto carattere riguarda la modalità congiunta della regolazione, basata sul duplice livello sovranazionale e nazionale, nel senso che la struttura composita (o multilivello) del sistema amministrativo si riflette nel ricorso a modi di coamministrazione, ossia di attuazione congiunta delle politiche europee¹¹. L'Unione europea non può fare a meno delle amministrazioni nazionali (per esigenze finanziarie e di decentramento sul territorio), per cui è obbligata a rafforzare il carattere composito, quell'intreccio tra amministrazioni nazionali e sovranazionali che ne rappresenta un tratto distintivo. È l'apparato nazionale con il suo corredo burocratico a mettersi a disposizione e a creare le condizioni per assicurare l'effettività del diritto euro unitario e il funzionamento delle organizzazioni comuni, stante la scelta europea originaria di non allestire un piano amministrativo capillare. Le autorità nazionali sono le principali responsabili dell'attuazione della legislazione e delle politiche dell'Unione, in un quadro di forti interconnessioni sul piano dei soggetti coinvolti, degli strumenti e delle attività. Le amministrazioni nazionali devono adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione del diritto sovranazionale¹².

Da qui la necessità di piani di azione per sostenere la modernizzazione e l'efficienza delle pubbliche amministrazioni nazionali, fortificare la cooperazione transnazionale, per affrontare sfide comuni, come *shock* esterni (pandemie, disastri naturali, guerre), difficoltà di reclutare e attrarre talenti, nonché di sviluppare competenze su temi complessi, come le transizioni verde e digitale¹³.

Un sesto carattere comune consiste nella commistione in simultanea di strumenti diversi, sia incentivanti per combattere le esternalità negative sia pro-

11 Ad esempio, l'antitrust riserva poteri alla Commissione per garantire un'uniforme applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE all'interno dell'Unione europea mediante una centralizzazione delle competenze nelle mani della Commissione europea, confinando le autorità nazionali della concorrenza a svolgere, nel sistema europeo, il ruolo di *longa manus* della Commissione.

12 Corte giust., 17 dicembre 1970, C-30/70, *Otto Scheer*. Il Trattato di Lisbona ha indicato il modello semplificato dell'amministrazione diretta (europea) come una modalità recessiva di azione rispetto a sistemi reticolari tesi a coinvolgere, a vario titolo, l'iniziativa delle amministrazioni statali. Ha disciplinato per la prima volta, come si vedrà, la "questione amministrativa", intesa come il modo di operare delle autorità nazionali, unitamente all'amministrazione europea, per garantire i diritti e l'attuazione delle regole sovranazionali.

13 Come dimostra la Comunicazione della Commissione, *Rafforzare lo spazio amministrativo europeo* 2023.

priamente regolativi. Non è più affidato alla regolazione un unico compito, giacché la regolazione si accoppia a misure di incentivo economico, di pianificazione, di programmazione, di controllo o di vigilanza. Si pensi al *Green Deal* che non è «un singolo pacchetto di misure, quanto piuttosto il complessivo progetto regolatorio avviato dalla Commissione europea con la sua Comunicazione del dicembre 2019. Si tratta di un processo che si snoda attraverso una notevole varietà di misure, che spaziano dalle proposte di legislazione europea (come quella che ha portato all'adozione di una «Normativa europea sul clima» e quelle relative a settori strategici quali l'energia e i combustibili, i trasporti, l'edilizia, l'uso del suolo e la silvicoltura presentate nella Comunicazione del luglio 2021 «Pronti per il 55%») a strategie europee settoriali (esemplificate dalla Nuova strategia industriale per l'Europa e dalla Strategia sulla biodiversità per il 2030, adottate, rispettivamente, nel marzo e nel maggio 2020), a vari tipi di documenti politici (come il Piano d'azione per l'economia circolare e il Piano di investimenti del Green Deal europeo)»¹⁴.

Un settimo carattere da evidenziare riguarda l'emergere di modalità di co-regolazione. Nella consapevolezza dell'inadeguatezza dell'auto-regolazione da parte degli operatori, in particolare delle grandi piattaforme digitali, il regolatore pubblico europeo è chiamato a definire le regole in dialogo con gli operatori economici al fine di raggiungere un duplice ordine di obiettivi, ossia «prevenire l'eccesso di regolazione ed evitare al tempo stesso un deficit di intervento regolatorio rispetto a pratiche che si possano manifestare a distanza o che evolvono nel tempo»¹⁵.

È possibile ad esempio rilevare come, nel contrasto alla disinformazione, il carattere dialogico della regolazione è evidente allorquando le piattaforme e i motori di ricerca di grandi dimensioni sono tenuti a stimare i possibili «rischi sistemici» connessi alla progettazione o al funzionamento del loro servizio e dei sistemi; dopodiché alla segnalazione del rischio segue l'adozione di misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adattate ai rischi sistemici

¹⁴ Così in E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 132.

¹⁵ F. DI PORTO, N. RANGONE, *Strategie regolatorie e qualità della regolazione*, in *Economia e diritto della regolazione*, a cura di C. Cambini, A. Manganelli, G. Napolitano, A. Nicita, Bologna, il Mulino, 2024, 95.

specifici individuati, prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali¹⁶.

«Per co-regolamentazione (o, anche qui, per co-regolazione), secondo il Parere del Comitato economico e sociale europeo, s'intende "una forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori". La *co-regulation* è altrimenti definibile come *audited self regulation* (autoregolazione monitorata), termine che mette maggiormente in evidenza la circostanza per cui se, da una parte, le regole di disciplina sono poste in essere da soggetti privati o da loro organismi associativi, dall'altra, esse sono assoggettate a un controllo indiretto da parte di un'autorità pubblica»¹⁷.

Anticipando aspetti su cui si avrà modo di ritornare e pur nella difficoltà di tracciare un profilo completo dello statuto europeo della regolazione, emerge chiaramente come l'intervento regolatorio sia omnicomprensivo riferito alle forme di ingerenza che iniziano con la norma di legge e terminano con i relativi atti applicativi, sia indipendente, accompagni la disciplina di mercato anche con modelli di regolazione sociale, sia condizionale e finalistico insieme, sia applicato secondo modalità di co-amministrazione, sia contemporaneamente pianificatorio programmatico incentivante e regolativo, e sia infine frutto del coinvolgimento delle parti interessate sotto il controllo dell'autorità pubblica.

16 In base all'art. 35 del *Digital Service Act*. L'attuazione del DSA è mista. In ciascun ordinamento nazionale deve essere istituito un coordinatore dei servizi digitali, ossia un'autorità interna dotata di un potere autonomo e tenuta ad assicurare l'esecuzione efficace e coerente della nuova disciplina. I coordinatori nazionali sono tenuti a cooperare tra di loro e nei confronti di due organismi sovranazionali, che sono il Comitato europeo per i servizi digitali che riunisce tutte le autorità deputate alla verifica dell'applicazione degli obblighi per i prestatori di servizi digitali, e la Commissione. Quest'ultima dispone di una competenza diretta per l'esercizio di poteri di vigilanza, indagine, esecuzione e monitoraggio solo su una ristretta cerchia di soggetti, ossia le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi. Unicamente in questa fattispecie la Commissione può esercitare tali poteri di propria iniziativa, svolgendo indagini, audizioni, ispezioni in loco, chiedendo informazioni, adottando misure provvisorie, accettando impegni vincolanti e irrogando sanzioni in caso di condotte non conformi agli obblighi regolamentari.

17 M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 55.

3. Le norme attributive dei poteri di regolazione

Se è vero che può essere utile distinguere tra disciplina e regolazione, ove la prima è ad iniziativa di un organo politico, mentre la seconda è rimessa all'indipendenza di un'autorità pubblica regolatrice, va altresì aggiunto che la disciplina legislativa può essere preparatoria, prodromica, funzionale alla politica di regolazione. La normativa è preparatoria e prodromica allorché delega la definizione di un assetto di regole specifiche all'intervento di autorità relative alle condizioni normative ed economiche di attività dei privati che impattano su libertà fondamentali.

Sono tali e tante le regole che sorreggono i mercati che siamo abituati a darle per scontate. Un mercato che apparentemente sembra libero in realtà avviene sempre in uno spazio estremamente regolamentato e istituzionalizzato¹⁸. Il fenomeno della regolazione vanta da sempre un rapporto ambiguo con la legge, quasi di sofferenza nei suoi riguardi: la regolazione si configura come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che procede più per assestamenti successivi, che non secondo un disegno compiutamente prestabilito. Si tratta di assestamenti che paiono giustificati dalla stessa generalità e indeterminatezza dell'obiettivo da perseguire.

Accanto alla procedimentalizzazione dell'attività degli operatori economici e alla previsione di nuovi diritti degli utenti, i regolamenti europei tendono ad istituire un autonomo complesso di poteri pubblici e nuove forme di coordinamento tra amministrazioni nazionali¹⁹. Le norme attributive dei poteri di re-

¹⁸ Si pensi al mercato del lavoro. Come nota G.L. MANNHEIMER, *I mercanti nel palazzo. Fare impresa è anche fare politica*, Bologna, il Mulino, 2025, 35, «chiunque può offrire il proprio lavoro e scambiarlo per un salario, giusto? Non proprio [...]. In un mercato veramente libero, non ci sarebbero leggi sull'immigrazione e chiunque, da qualsiasi parte del mondo, potrebbe venire a offrire il proprio lavoro; anche i bambini potrebbero lavorare; non servirebbero qualifiche professionali per fare il chirurgo o l'avvocato; non ci sarebbero limiti agli orari di lavoro né standard di sicurezza da rispettare». Per cui «il concetto di libertà, il modo in cui la società la definisce, è infatti il principale motore dell'oscillazione fra mercato ed extramercato, che a sua volta determina i limiti di cosa possa essere scambiato e a quali condizioni». Ma oggi la discussione sul mercato del lavoro è molto più avanzata: trasparenza sui salari, parità fra i sessi, diritto alla disconnessione.

¹⁹ Ciò è vero, ad esempio, per il *Digital Services Act*, Reg. UE n. 2022/2065, per il *Digital Markets Act*, Reg. UE n. 2022/1925, per l'*AI Act*, Reg. UE n. 2024/1689. Ad esempio, «l'art. 38 del Digital Services Act (Reg. UE 2022/2065) prevede che gli Stati membri individuino al loro interno una o più autorità amministrative con il ruolo di coordinatore dei servizi digitali, e che risultino pertanto responsabili dell'attuazione delle norme del regolamento. I coordinatori nazionali dovranno agire in piena indipendenza, con risorse tecniche, finanziarie e umane adeguate allo svolgimento dei loro compiti (art. 39), disponendo degli appropriati poteri di indagine e di tipo sanzionatorio (art. 41). È probabile, pertanto, che gli Stati membri si

golazione sono costruite come precetti di delega, generalmente formulati per clausole generali²⁰, diretti all'esercizio da parte di amministrazioni pubbliche di poteri orientati a far sì che le libertà costituzionali o comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento possa essere esercitati senza pericolo per la loro stessa esistenza o comunque per l'esercizio delle libertà e dei diritti degli altri. Sotto questo punto di vista, dunque, il sistema delle fonti dell'Unione europea costituisce una delle prime e più evidenti "spie" dell'apertura a fenomeni regolatori. L'approccio europeo sembra allargare il perimetro della regolazione con nuove norme sempre più ad ampio raggio e di notevole portata sistemica, come dimostra il caso della disinformazione sulle piattaforme digitali²¹.

Se l'Unione si qualifica come apparato produttore di regole giuridiche, più di recente si assiste ad una crescente attenzione sovranazionale all'elemento dell'implementazione, dell'attuazione delle politiche proprio per porre rimedio alla carenza di omogeneità applicativa. È una costante il *focus* sul miglioramento delle fasi di attuazione nella costante ricerca di una maggiore effettività ed uniformità applicativa. In sostanza, l'"europeizzazione" non riguarda solo le regole, ma anche l'*enforcement* di quelle regole, sulla scorta della considerazione che l'esercizio "centralizzato" delle funzioni è decisivo per la risoluzione dei proble-

orientino al loro interno verso l'attribuzione ad un'autorità amministrativa indipendente con una consolidata esperienza nei settori vigilati, dando luogo così ad una possibile 'competizione' tra enti pubblici per il riconoscimento del ruolo di coordinatore (in Italia, già l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali si sono proposte in tal senso). È prevista inoltre l'introduzione di un comitato europeo dei coordinatori nazionali, con compiti di consulenza e assistenza delle autorità nazionali (art. 47), sulla falsa riga del modello già sperimentato in ambito europeo con l'*European Data Protection Board*. Si riconferma in questo senso, da un lato, la scelta di radicare la competenza dell'autorità nazionale sulla base del criterio territoriale della sede legale della piattaforma (salve le prerogative della Commissione europea in relazione alle c.d. *very large platforms*), dall'altro, la strategia di perseguire un coordinamento in ambito europeo attraverso una struttura amministrativa agile con funzioni di sostegno alle singole iniziative nazionali, oltre ai compiti di collegamento tra le singole autorità e l'attività della Commissione», così in G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 120.

20 M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 230 ss.

21 G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella-O. Pollicino-S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea, 2017, 61. La libertà di parola significa anche il diritto di ricevere informazioni, e al momento le aziende dei social media operano dietro una cortina. Non sappiamo se promuovono o reprimono determinati punti di vista, se frenano o incoraggiano campagne politiche orchestrate, se scoraggiano o provocano rivolte violente. Soprattutto, non sappiamo chi paga per diffondere la disinformazione online.

mi di effettività del diritto sovranazionale²².

Paradossalmente sembra emergere uno iato: un movimento verso un sistema amministrativo più integrato si contrappone a tendenze disgregatrici di tenore politico che aspirano ad un ritorno del ruolo dominante degli Stati. È inevitabilmente un'osservazione di carattere generale che sconta un certo livello di approssimazione, ma se si mette a confronto il dibattito pubblico sulla Brexit, sulla crisi economica e finanziaria, sull'immigrazione si nota una contraddizione rispetto ad alcune rilevanti spinte aggregatrici che provengono proprio dal sistema amministrativo.

Il secondo elemento caratteristico, ancillare al primo, è che la relazione burocratica impone il coordinamento: la sfida di fondo che ha mosso la struttura sovranazionale è stata quella di governare la complessità, far funzionare tanti apparati amministrativi diversi insieme in vista del raggiungimento di obiettivi comuni²³. Soprattutto perché prevalgono negli ultimi anni i modi di esercizio congiunto delle funzioni amministrative, dotati di una potenzialità espansiva di grande rilievo, che si collocano nel mezzo rispetto alle tradizionali categorie dell'amministrazione diretta e indiretta.

Se le norme attributive dei poteri di regolazione li conformano e li disegnano secondo un quadro prestabilito lasciando un compito essenziale al legislatore, non può negarsi nemmeno che, nella costruzione di questo potere, giochi pur sempre un ruolo importante la giurisprudenza. Il giudice dell'Unione interviene con frequenza a tracciare le forme dello statuto dei poteri regolatori. Ad esso si deve la «sistematica (per quanto empirica) di tali poteri: la loro classificazione, la precisazione del loro ambito, dei loro limiti e il loro inserimento nel contesto giuridico ed economico della liberalizzazione»²⁴.

4. La classificazione dei poteri regolatori

I poteri regolatori sono suscettibili di essere inquadrati in modalità diverse di classificazione, che possono essere a seconda della materia, dell'oggetto, dello scopo, dei poteri ovvero ancora dei destinatari se sono operatori economi-

22 L. TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa tra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 619

23 B. MARCHETTI, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'unione europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 509

24 M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 82 ss.

ci europei o extraeuropei i quali si adeguano alle regole unionali in quanto intendono operare nel mercato dell'Unione. Classificazioni di questo tipo, però, non sono particolarmente utili per l'indagine in oggetto perché ha finalità essenzialmente descrittive.

Merita invece un approfondimento la distinzione tra funzioni regolatori e funzioni di tutela della concorrenza. La Commissaria europea per la concorrenza della Commissione Von der Leyen 2019-2024, Margrethe Vestager, si è pronunciata sul tema, affermando, nel 2022: “*the whole ‘regulation versus enforcement’ debate is a false dichotomy. Because we need both*”, e precisando, nel 2023: “*What is important is that enforcers have the entire toolbox available to intervene. This can be interim measures, commitments [...], infringement decisions with fines or ex-ante regulation*”.

Non è chiaro, dunque, se la politica regolatoria differisca ancora oggi dalla funzione di concorrenza oppure, al contrario, se si registri una tendenza a scolorire la netta dicotomia tra regolazione e antitrust. È certamente vero che le regole poste agli operatori di mercato si pongono in contrasto con le regole del diritto della concorrenza anch'esse rivolte sempre a disciplinare fenomeni economici, ma non mancano le differenze. Anche perché, come noto, regolazione e *antitrust* continuano ad essere espressione di approcci differenti. In questo ordine di idee, la regolazione appare caratterizzata da un intervento di tipo *ex ante*, derivante dall'esercizio di un potere discrezionale pubblico, con il quale vengono imposti alcuni comportamenti e obblighi agli attori del mercato, fondamentalmente al fine di prevenire *market failures*. Mentre la funzione della concorrenza opera *ex post*, essendo rappresentata come complesso di principi e norme aventi una funzione essenzialmente repressiva, deterrente e, quindi, come sistema ispirato ad un approccio di tipo successivo che mira a ristabilire il corretto funzionamento del mercato dopo che è stato riscontrato un comportamento anticoncorrenziale. Sotto questo profilo, le norme *antitrust* costituiscono clausole generali che vengono applicate su base *case by case* e consistono essenzialmente in divieti che si applicano a tutti i mercati.

Nonostante ciò, sul piano concreto sono complessi i rapporti tra regolazione e *antitrust*, giacché risulta difficile riscontrare un equilibrio tra queste due

diverse forme che l'intervento pubblico può assumere in relazione ai mercati, nel senso che le politiche regolatorie *ex ante* tendono ad essere complementari a quelle concorrenziali e, più che differenziarsi, puntano ad integrare e colmare i vuoti della politica di concorrenza.

Ciò dipende dal fatto che le norme *antitrust* europee e nazionali, derivate da quelle nord-americane di fine Ottocento, non sembrano più sufficienti a tutelare in modo efficace la concorrenza nel mercato, perché concepite in un'epoca in cui il contesto era completamente diverso da quello attuale, dal punto di vista economico, geopolitico, tecnologico, delle infrastrutture, delle comunicazioni. Soprattutto in quei settori in cui l'Unione europea dispone di competenze, la Commissione – in qualità di *enforcer* del diritto *antitrust* al livello europeo – riconosce apertamente la necessità di impiegare misure di tipo regolatorio *ex ante* per aspirare a colmare le lacune emergenti nell'applicazione del diritto della concorrenza secondo il classico approccio *ex post*, come dimostra il caso *Google Android*²⁵.

Esempi di questo tenore mostrano come sia dubbio il permanere di una netta dicotomia tra regolazione e *antitrust*, che sembra lasciare il posto ad una politica di regolazione complementare a quella *antitrust*, registrandosi una sovrapposizione tendenziale tra i due approcci e, quindi, tra le funzioni e i poteri assegnati alle autorità di regolazione e alle autorità di concorrenza. Il frequente

25 Un esempio paradigmatico dei limiti in questione è fornito dal noto caso *Google Android*, che trae origine dall'avvio di un procedimento nei confronti di società del gruppo Google, nel 2015, da parte della Commissione europea. All'esito di tale procedimento, la Commissione è giunta alla conclusione che Google avesse abusato della posizione dominante dalla stessa detenuta in tre differenti mercati (mercato di servizi di ricerca generica su Internet, dei sistemi operativi mobili intelligenti che possono essere concessi in licenza e dei portali di vendita di applicazioni per il sistema operativo Android), ponendo in essere, in particolare, tre diverse condotte contrarie all'art. 102 TFUE. Come si legge dalla decisione della Commissione, infatti, Google, in primo luogo, ha subordinato la concessione di significativi incentivi finanziari ai grandi produttori di dispositivi e operatori di rete mobili che avessero pre-installato in esclusiva l'applicazione di ricerca (*Google Search*) sull'intera gamma dei loro dispositivi Android. In secondo luogo, Google ha anche "legato" in modo illegittimo le applicazioni di ricerca (*Google Search*) e di navigazione (*Google Chrome*). Tale condotta ha comportato la preferenza di quest'ultima applicazione per gli utenti i quali, trovandola già installata nel proprio dispositivo, tendevano a mantenerla, senza sostituirla con altre applicazioni con la stessa funzione. In terzo luogo, Google ha ostacolato in modo illegittimo lo sviluppo e la distribuzione di sistemi operativi Android concorrenti, imponendo ai produttori di smartphone e compagnie telefoniche di rinunciare a installare sui dispositivi app generiche concorrenti. La Commissione, pertanto, ha condannato Google al pagamento di un'ingente ammenda, pari a 4,3 miliardi di euro, a seguito della quale Google e la sua società madre, Alphabet, hanno presentato ricorso per annullamento davanti al Tribunale dell'UE.

ricorso alle decisioni con impegni, che consentono alle autorità *antitrust* di affrontare questioni concorrenziali secondo una prospettiva di tipo *ex ante*, in modo analogo a quanto avviene nel contesto del controllo delle concentrazioni tra imprese, rappresenta una evidenza empirica della tendenza delle autorità di concorrenza a perseguire obiettivi di carattere *de facto* regolatorio, individuando al contempo le *market failures* e imponendo rimedi adeguati agli operatori del mercato.

Se, pertanto, *competition enforcement and sector regulations are complementary instruments*, la concorrenza viene posta come fine dei poteri in cui si sostanzia la regolazione. E, contestualmente, il ruolo della regolazione viene ad ampliarsi ad una dimensione collettiva, rappresentando la sintesi degli interessi di tutti i singoli operatori del settore, essendo volto al contemperamento delle posizioni soggettive sociali ed individuali, su un piano di tendenziale parità, per cui il sacrificio eventualmente imposto al soggetto trova, di norma, ragione nella tutela degli interessi, di pari contenuto e natura, di altri soggetti.

5. Gli strumenti dell'intervento regolatorio

Una caratteristica della regolazione è quella di assumere forme molto differenziate tra loro, ricorrendo a tutti gli strumenti dell'armamentario giuridico e ad un ampio repertorio. L'Unione europea lo conferma, ma non c'è nulla di inedito in tutto ciò. Anche in Italia si è sperimentata una regolazione fondata su norme, sostituita poi da una regolazione basata sui procedimenti, e poi ancora da una regolazione che tende a privilegiare forme di finanziamento. Un esempio della prima è stata la riforma agraria, con cui furono definitivamente spazzati via gli ultimi residui di feudalesimo. Da questa si è passati poi al piano casa, con cui fu assicurato un alloggio dignitoso ai meno abbienti. Il passaggio successivo è rappresentato dalla Cassa del Mezzogiorno, con cui furono aperte le porte della modernità alle popolazioni meridionali specialmente rurali.

Tradizionalmente la regolazione pubblica ha carattere obbligatorio e sfrutta l'ampia schiera di misure rispondenti alle tecniche di "*command and control*", ossia regole rigide, sanzioni, misure tariffarie, obblighi, autorizzazioni preventive, obblighi di separazione contabile o amministrativa, imposizione di de-

terminate condizioni contrattuali, integrazione del contenuto obbligatorio dei contratti di utenza, per fare alcuni esempi. Il modello regolatorio risponde quindi al criterio *uno, nessuno e centomila*, in cui come in una *matrioska* all'interno di un involucro esterno si raccolgono poteri differenti, accompagnati da ampia discrezionalità, che possono essere spesi, a seconda delle circostanze e delle esigenze, con modulazione ed intensità differenti nel corso del tempo. Ciò dimostra anche come la regolazione non sia più caratterizzata da un particolare contenuto, quanto piuttosto dalle particolari modalità con le quali essa si esercita.

Si pensi al *Digital Services Act* che può essere utilizzato per regolamentare, multare e, in circostanze estreme, bandire le società tecnologiche le cui pratiche contrastino con le leggi dell'Unione, con un intento non punitivo, quanto piuttosto di apertura delle piattaforme. Mediante esso è possibile richiedere una maggiore trasparenza nell'uso degli algoritmi, sia sui social media che, più in generale, nel mercato pubblicitario online, consentendo l'accesso ai dati delle piattaforme. Mediante esso si possono offrire ai consumatori maggiori controlli su ciò che vedono e maggiori informazioni su ciò che non vedono.

Nondimeno, dal punto di vista europeo, ciò che più colpisce e a cui più si è fatto ricorso negli ultimi anni è il potere pianificatorio. Piani di carattere generale, aventi un impatto diverso, in cui si predilige un approccio di tipo settoriale, che indicano obiettivi più o meno vincolanti, e che non si limitano ad orientare e indirizzare l'attività economica privata, giacché si rivolgono anche alle pubbliche amministrazioni.

È facile citare, al riguardo, il Piano nazionale di ripresa e resilienza PNRR (nonché il Piano nazionale per gli investimenti complementari²⁶, e il Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030²⁷) che rappresenta uno stimolante banco di prova, dal momento che – seppur all'interno dell'ambito di azione consistente negli interventi finanziati con fondi europei – viene articolato dall'ordinamento un innovativo apparato organizzativo il cui fuoco sta nell'inedita tensione verso una modalità di governo allestita per adottare, attuare e veri-

²⁶ La sua funzione è integrare con risorse nazionali gli interventi del PNRR. La dotazione finanziaria corrisponde a 30,6 miliardi di euro per gli anni dal 2021 al 2026.

²⁷ Si tratta di un Piano concordato con la Commissione in attuazione del Regolamento n. 1999/2018 contenente gli obiettivi nazionali al 2030 sull'efficienza energetica, sulle fonti rinnovabili, sulla sicurezza energetica e sulla riduzione delle emissioni, delineando le linee di intervento da attuare per raggiungere tali obiettivi.

ficare gli obiettivi negoziati con l'Europa secondo le regole di condizionalità del PNRR. Il programma è quello di efficace attuazione del PNRR e il conseguimento dei traguardi e degli obiettivi concordati con l'Unione europea²⁸.

Elemento trainante è l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei piani, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e di ambiente. Al fine di assicurare allora l'ottenimento concreto dei 191,5 miliardi di euro programmati con l'Europa, è indispensabile che la circolazione delle informazioni con gli organismi sovranazionali coinvolga tutte le fasi di attuazione, controllo e rendicontazione²⁹.

Le ragioni del ricorso alla pianificazione possono essere agevolmente coniugate con la rappresentazione, svolta nel secondo paragrafo, dello statuto dei poteri regolatori. Il piano si spinge a promuovere, incentivare, indirizzare e conformare l'attività economica verso obiettivi predefiniti dalle istituzioni pubbliche, dimostrando come la regolazione europea sia divenuta finalistica³⁰. Lo strumento pianificatorio è particolarmente adatto a indirizzare, limitare o conformare l'azione privata a fini sociali e/o ambientali. Inoltre, si avvalora anche l'idea che alla regolazione non è più affidato un unico compito, bensì essa si accompagna a misure di incentivo economico, di programmazione, di controllo o di vigilanza.

28 Come sottolinea L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in www.irpa.eu, 17 marzo 2021, vi è la consapevolezza che «non si debba o possa procedere per grandi e generali riforme amministrative, sia perché i cicli di riforma succedutisi dagli anni Novanta ad oggi hanno almeno in parte tradito le aspettative, sia perché il tempo non lo consente: il lasso temporale entro il quale va definito e reso operativo l'assetto di governo e l'insieme di strumenti necessari per realizzare il PRRN è breve e richiede misure di immediata o perlomeno rapida efficacia».

29 I fondi europei sono erogati in rate semestrali (dal secondo semestre del 2021 al secondo del 2026). Ogni semestre è caratterizzato da un numero di obiettivi e traguardi da raggiungere, propedeutici all'ottenimento dei fondi della rata successiva, secondo le regole di condizionalità del PNRR. In caso di non soddisfacimento da parte dell'Italia di un numero consistente di condizionalità previste per un qualunque semestre, il pagamento della rata prevista per finanziare gli interventi del semestre successivo viene sospeso, per riprendere solo dopo che l'Italia avrà adottato le misure necessarie per garantire un conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi. In caso di inerzia, dopo 18 mesi è prevista la possibilità di risolvere il "contratto" e disimpegnare l'importo del contributo finanziario, oltre alle restituzioni dei fondi ottenuti per quel semestre (per esempio, se l'Italia non soddisfacesse un numero consistente delle 51 condizionalità previste per il 2021, dovrebbe restituire i 25 miliardi ottenuti a luglio).

30 Gli obiettivi climatici, ad esempio, sono soprattutto obiettivi economici: diventare autosufficienti in termini di energia vuol dire risparmiare risorse in gas, petrolio e altre fonti fossili (denaro che può essere speso utilmente in altri settori, come nella sanità, nell'istruzione e nelle politiche di competitività). Lo stesso accade con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, con i requisiti verdi, con la tutela dello stato di diritto e con i meccanismi di condizionalità.

Sempre sulla falsariga di un modello di regolazione diretta finalistica e che non si limita a vietare, controllare e punire, negli ultimi anni – complice la pandemia – ha assunto un ruolo centrale nelle politiche regolatorie il finanziamento pubblico. La crisi pandemica ha, del resto, messo in discussione l'assetto della regolazione così come si è venuto articolando nel tempo, rafforzando la sfiducia nei meccanismi di mercato. Già la crisi dei debiti sovrani aveva posto le basi per un rinnovato interventismo pubblico in economia, che ha preso forma attraverso imponenti misure e politiche adottate direttamente dai governi per garantire il salvataggio dei settori bancario, finanziario e assicurativo, schivando il collasso dei sistemi economico-produttivi attraverso interventi diretti sull'economia reale. Ciò aveva indebolito la fiducia nella concorrenza quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività e dell'occupazione. L'emergenza sanitaria si è posta in continuità rispetto a questo accentuato statalismo. Da qui l'aumento pressante della richiesta di interventi pubblici diretti per sostenere le imprese in difficoltà³¹.

In questo senso, l'attuale dottrina economica dell'Unione europea mira a riconquistare competitività con nuovi finanziamenti, grazie anche a un rilancio del capitale di rischio e a un maggiore coordinamento tra gli Stati membri. Nel gennaio 2025 la Commissione ha presentato la *Bussola per la competitività*, una sorta di roadmap dei prossimi cinque anni che riprende alcune misure indicate da Mario Draghi nel suo rapporto. Con una differenza significativa ossia che l'ex presidente della Bce spiegava che sarebbero serviti almeno 800 miliardi di euro l'anno per vincere la sfida, di cui almeno la metà di fondi pubblici anche attraverso il ricorso al debito comune come il *Next Generation EU*. La attuale *Bussola* invece non contiene alcun riferimento a queste soluzioni e rinvia al prossimo bilancio europeo in via di definizione con la previsione di un fondo *ad hoc* per la competitività.

Nel prossimo quadro finanziario pluriennale, «un fondo per la competitività sostituirà i molteplici strumenti finanziari europei esistenti con obiettivi simili (come *InvestEU*), fornendo supporto finanziario all'attuazione di azioni

31 In argomento, L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, 11 ss.

nell'ambito dello strumento di coordinamento della competitività»³², mediante garanzie europee e collaborazioni pubblico-private.

Non solo. La regolazione economica si prepara per nuovi investimenti strategici. L'idea è concentrare su strategie condivise il denaro del bilancio europeo, delle banche di sviluppo nazionali, dei bilanci nazionali, di *InvestEU* e della banca europea degli investimenti, creando una leva economicamente significativa. In questo modo si può offrire sicuramente una impronta più federale alla politica economica europea. Questo strumento potrebbe essere usato anche per investimenti diretti in alcune imprese e per sostenere la domanda in campo industriale³³.

L'elemento interessante è che questo modello di regolazione ha carattere finalistico puntando su tre pilastri: innovazione, decarbonizzazione e sicurezza, restando gli obiettivi del *Green deal* la rotta principale. La semplificazione burocratica è un passaggio necessario per assicurare l'innovazione, appesantita da un groviglio di procedure che rende le aziende meno concorrenziali e impedisce la nascita di startup. Con un risparmio di oltre trentasette miliardi l'anno si tenta di introdurre un quadro normativo unico e semplice, che si aggiunge agli altri ventisette nazionali, a cui le società potranno rivolgersi. Anche il *Clean Industrial Deal* sarà oggetto di revisione puntando a fornire maggiore flessibilità in questo campo mediante un dialogo strategico con le aziende senza eccessive penalizzazioni. La *road map* contiene in aggiunta anche una serie di misure che vanno dalla rete ferroviaria all'agricoltura, dalla distribuzione dei medicinali all'energia fino alla difesa.

Infine, come accennato nel secondo paragrafo, la regolazione risponde principalmente agli strumenti di coercizione, è estrinsecazione di autoritatività, e sembra estranea alla logica dell'accordo e alla nozione di "consenso", essendo concepiti i poteri regolatori nell'ambito della tradizionale contrapposizione fra potestà e soggezione. Eppure la nuova dimensione regolatoria sembra mostrare una realtà di accordi, ricostruiti all'insegna del canone della "proporzionalità" come alternativa all'uso di poteri autoritativi, sulla base di una più radicale eli-

³² *Bussola per la competitività*, 2025.

³³ Sono preannunciate altresì soluzioni per i privati quali il social leasing in collaborazione con i governi.

minazione del potere precettivo dell'amministrazione derivante dalle liberalizzazioni. Ne è un esempio la co-regolazione, il modello regolatorio consistente nella definizione delle regole da parte del regolatore pubblico in dialogo con gli operatori economici, nel rispetto di un approccio basato sul rischio, che lascia al libero apprezzamento del soggetto regolato, la costruzione e l'attuazione specifica della policy, della misura di dettaglio da adottare, la scelta su come mettere a terra concretamente le modifiche delle proprie regole auto-normate, senza che i poteri di ingerenza dell'organo pubblico europeo possano spingersi fino a obbligare gli attori privati ad adottare misure predeterminate, escludendo qualsiasi margine di scelta su come implementare e integrare il tipo di provvedimenti richiesti all'interno del proprio contesto operativo interno.

Si pensi altresì al Codice di condotta europeo contro la disinformazione del giugno 2022, mirante ad innalzare il livello di sicurezza delle piattaforme e rafforzare la posizione degli utenti, che rappresenta una diversa modalità di *self-regulation*. Differente perché rispondente ad una filosofia di co-regolamentazione pubblico-privato del fenomeno della disinformazione *on line* che prende le mosse dalla sottoscrizione di un codice diretto ad impegnare le principali parti in causa. In questa prospettiva, non sono le *big tech* ad auto-vincolarsi all'applicazione di norme rilevanti, bensì sono le istituzioni pubbliche europee a concordare con i privati una regolamentazione che, in caso di inadempimento, porta all'applicazione di sanzioni amministrative, migliorando così il livello di sicurezza contro tecniche, procedure e strategie di diffusione di informazioni false o di inquinamento del dibattito politico. Sembra indubbio che una tale soluzione vanti il pregio di superare la netta contrapposizione tra regolazione privatistica e regolazione pubblicistica, proponendo una strada di mediazione e nuova esplorazione del confine tra pubblico e privato.

6. La dinamica procedimentale della regolazione

La dinamica procedimentale è quella che meglio di altre mette in luce come la regolazione abbia uno svolgimento composito, coinvolgendo poteri sovranazionali, nazionali e subnazionali³⁴. In questo quadro, per giunta, gli stru-

³⁴ L'*acquis* amministrativo europeo ha sviluppato enormemente la cooperazione amministrativa, a partire dalla fine degli anni Ottanta. Ma soprattutto le radici del richiamo alla cooperazione stanno nel principio di leale collaborazione, oggi sviluppato nell'art. 4 TUE,

menti di pianificazione prendono forma, oltre che in un'accentuazione degli strumenti di intervento e condizionamento pubblico dell'economia, anche in mezzi di coordinamento tra poteri pubblici dell'Unione europea e nazionali.

Le disposizioni di riferimento sono gli artt. 197 e 298 TFUE, ancorché con essi non si tratteggi un disegno completo ed esauriente del modello di amministrazione, quanto piuttosto sono individuati, con espressioni generali, alcuni principi base di organizzazione, i quali a loro volta possono aprire la strada ad interventi progressivi che troveranno in questi ultimi la relativa base giuridica. La scelta di ricorrere a principi base – senza scomodare previsioni puntuali – risponde ad una precisa esigenza legata proprio al pluralismo amministrativo.

In base all'art. 298 TFUE, l'amministrazione europea deve essere “aperta, efficace e indipendente”. Pur qualora si riconosca all'aggettivo “indipendente” un significato solo programmatico, esso fa intendere con chiarezza il modello di amministrazione ipotizzato dal legislatore costituente, nel quale il pubblico potere è preferibilmente neutro, tecnico e poco discrezionale.

Eppure il principio trainante si ricava dall'espressione “aperta” ed è la cooperazione tra le strutture pubbliche, quale via maestra per l'attuazione amministrativa delle regole europee, che deve essere intesa sia in senso verticale, come cooperazione tra livello sovranazionale e livello statale, sia in senso orizzontale, ossia tra amministrazioni nazionali. Il principio cooperativo è notevolmente radicato in tutta l'attività amministrativa a rilevanza sovranazionale, basti pensare solo a tutti i casi in cui le autorità nazionali esercitano operazioni materiali di mero ausilio, informative, strumentali o preparatorie, rispetto alle funzioni svolte in via diretta dalle istituzioni europee.

Con il richiamo contenuto all'art. 197 TFUE si certifica la scelta compiuta dal legislatore costituente di prediligere la cooperazione come modalità attuativa a tutela degli interessi europei. Sul punto meritano evidenza due aspetti. Per un verso, alla cooperazione amministrativa, sia verticale sia orizzon-

il quale non a caso, a differenza della precedente formulazione che menzionava solo i raccordi in senso orizzontale, contempla obblighi di assistenza tra Stati nazionali e con l'Unione nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Che possono consistere in obblighi di fare, ossia di adottare ogni misura generale o particolare necessaria per raggiungere gli obiettivi dell'Unione, ovvero obblighi di non fare, ossia di astenersi da quanto possa mettere in pericolo i medesimi obiettivi. In questo senso, la leale cooperazione opera come un generatore di obblighi in capo alle autorità nazionali, funzionali ad assicurare l'efficacia dei diritti individuali, con conseguenze che conducono ad una maggiore integrazione tra sistemi giuridici.

tale, è dedicato un titolo della terza parte del trattato sul funzionamento relativo alle politiche dell'Unione e alle azioni interne, segno della primazia che a questo strumento è assegnata rispetto a mezzi alternativi come l'armonizzazione. Per l'altro, si stabilisce un forte nesso tra le pratiche di scambio di informazioni e di risorse e la relativa capacità amministrativa di mettere in pratica le finalità eurounionarie, in coerenza con i documenti di lavoro da cui è scaturita la disposizione³⁵.

Non può essere, dunque, omesso l'esame di come le amministrazioni degli Stati membri, sottoposte al principio del giusto procedimento, collaborino con gli organismi europei in procedimenti con un grado di complessità sempre maggiore ed a quali influssi sono esse soggette, giacché come è stato notato «emerge, nel complesso, l'immagine di un sistema a rete, nel quale si integrano fra loro gli organi dell'Unione e gli organi degli Stati membri»³⁶.

Il modello organizzativo della regolazione che emerge può sintetizzato in questo modo: è speciale, verticistico, popolato da molteplici referenti, reticolare, con una disciplina intensa e una moltiplicazione dei meccanismi di indirizzo e controllo. I rapporti possono essere di cooperazione e di competizione³⁷. Quelli di maggiore interesse per questa analisi sono i primi, che trovano fondamento nel principio di leale collaborazione e sono declinabili a loro volta in almeno due diversi modi. Un primo rispondente al modello dei *network* a cui partecipano agenzie o autorità nazionali. Un secondo di tipo emergente che connota i sistemi amministrativi federali in cui l'integrazione è più stretta.

La competizione può essere osservata, invece, nei rapporti di controllo, nei quali le istituzioni a presidio degli interessi europei verificano le compatibilità sovranazionali di attività statali. Esempi sono i controlli sul divieto di aiuti di stato, nelle procedure di infrazione, nelle misure di coordinamento delle po-

³⁵ Funzionale al raccordo tra autorità nazionali e amministrazione europea, la cooperazione amministrativa si presenta come uno strumento che permette di contemperare, allo stesso tempo, il decentramento delle competenze a livello nazionale con l'esigenza di unitarietà della regolazione europea. Unitarietà che, a sua volta, è associata all'eguaglianza e al divieto di disparità di trattamento. Per questo motivo, l'art. 197 TFUE abilita in veste costituzionale l'Unione ad esercitare una competenza normativa volta a migliorare e favorire le pratiche di collaborazione, che si presta altresì ad essere impiegata dagli organi giurisdizionali europei come uno strumento teso a risolvere eventuali conflitti di interessi.

³⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. amm.*, 2003, 474 ss.

³⁷ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la co-amministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1992, 19.

litiche economiche, come i piani nazionali delle riforme.

Se il diritto è «il linguaggio della burocrazia»³⁸, tali rapporti sono qualificati – pur riconoscendo al tempo stesso la diversità delle regole – dai criteri di organizzazione del corpo amministrativo e di funzionamento degli apparati, come le modalità di partecipazione all'organo europeo, il personale, il legame con la politica, la capacità di svolgere i molteplici compiti assegnati.

6.1. Il modello delle *network agencies*

Il processo di integrazione amministrativa degli ultimi anni mostra la genesi di nuove *network agencies* a livello sovranazionale con compiti di regolazione e di vigilanza in settori di mercato ritenuti strategici, a dimostrazione del passaggio da una regolazione solo normativa ad una munita di strutture proprie e autonome. Ciò rende attuale una nuova distribuzione delle competenze, che vede originali ripartizioni tra organismi europei e regolatori nazionali coinvolti tramite i rappresentanti delle autorità indipendenti dei singoli Paesi. Le *network agencies* sono un'evoluzione rispetto al modello tradizionale di agenzia decentrata, ossia organismi di carattere tecnico muniti di poteri limitati – ma dotati di «genuine final decision-making powers»³⁹ – in cui la relazione con le amministrazioni nazionali è significativamente irrobustita. Esse a ben vedere rappresentano più una evoluzione del modello classico di agenzia europea, che una vera e propria autorità indipendente⁴⁰.

Esse prendono il posto dei precedenti concerti regolamentari tra le *authorities* nazionali di regolazione – di tipo formale o informale – miranti a promuovere la produzione e l'acquisizione di informazioni in ambiti specializzati, nonché la cooperazione orizzontale nel perseguimento di obiettivi condivisi a livello europeo, nei settori delle telecomunicazioni, dell'energia, e dei servizi finanziari⁴¹.

38 S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 5 ss.

39 E. CHITI, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 19(1), 2013, 65 ss.

40 E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Rin. trim. dir. pubbl.*, 2010, 71.

41 S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami, S. Cassese, Milano, 2004, p. 33, ove si precisa che «i sistemi comuni debbono servire la duplice funzione dell'Unione. Essa è, per un verso, il braccio degli esecutivi nazionali, che vi fanno sentire la propria voce principalmente attraverso il Consiglio e il Consiglio europeo; per altro verso, è lo strumento per tenere gli esecutivi nazionali sotto

In queste strutture, i rapporti tra le burocrazie sono autonomi e slegati dalla politica. Tali nuove agenzie europee, infatti, sono indipendenti tanto dalle istituzioni dell'Unione, quanto dai governi degli Stati membri. Anzi, trattandosi di un sistema amministrativo composito, l'indipendenza è la risultante della «combinazione della indipendenza di istituzioni europee e della indipendenza di istituzioni nazionali imposta dalla Costituzione europea», in quanto «diretta sia verso i governi degli Stati membri, sia verso altre istituzioni europee, a partire dalla Commissione»⁴².

Il coinvolgimento delle autorità nazionali e l'indipendenza sono caratteristiche che rendono le *network agencies* un inedito nel panorama europeo, funzionale a creare nessi giunzionali tra la legislazione dell'Unione e l'esecuzione nazionale e a promuovere un diverso modello di cooperazione tra il livello europeo e quello nazionale. Si dà vita così ad una regolazione indipendente europea, affidata a organismi tecnici ultrastatali e statali (in via decentrata), nell'obiettivo di superare la precedente frammentazione dei sistemi nazionali di regolazione causa della carenza di risposte comuni e uniformi. Per cui presupposto di base di tali costruzioni sembra essere la sfiducia nei confronti degli Stati nell'idea che la regolazione dovrebbe essere meno condizionata dagli ordinamenti nazionali.

Rientrano in questo modello, innanzitutto, l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) ovvero l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Queste piattaforme stabili di collaborazione salvaguardano il dialogo con i pubblici poteri nazionali per dare vita e applicare in modo uniforme *standard* regolatori e *best practices* condivise. Ivi trovano voce i regolatori nazionali, riuniti in un apposito "comitato", a cui siedono i rappresentanti delle autorità indipendenti nazionali, valicando il tradizionale metodo intergovernativo. Essi sono portatori «della proiezione locale dell'interesse comunitario alla creazione di un mercato interno»⁴³. «The

controllo (e di questo si preoccupano principalmente la Commissione e i giudici comunitari). Senza sistemi comuni, questa duplice funzione dell'Unione sarebbe impossibile o difficilissima». Nonché, M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1579 ss.

⁴² S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 947 ss.

⁴³ G. NAPOLITANO, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, Giuffrè, 2012, 153 ss.

BEREC “two-tier” governance system involves a mixed composition with Office personnel employed in the management, and NRAs officers responsible for implementing the tasks assigned to a number of Thematic Expert Working Groups (EWGs) supervised by senior representatives of all the NRAs that compose the Contact Network (CN), an informal group that coordinates mixed (transnational-national) administration and the BEREC plenary agenda»⁴⁴.

Un significativo esempio è il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF): una rete dedicata ad assicurare una vigilanza finanziaria “coerente” e “adequata” in tutta l’Unione. La vigilanza macroprudenziale, che mira a prevenire o attenuare i rischi per il sistema finanziario nel suo complesso, è assegnata al Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS). Ad esso spetta raccogliere e analizzare le informazioni rilevanti per individuare rischi sistemici, emettere segnalazioni qualora tali rischi siano considerati significativi, adottare raccomandazioni per l’adozione di misure in risposta ai rischi individuati, tenere sotto osservazione gli esiti a seguito delle segnalazioni e raccomandazioni, cooperare e coordinare la propria attività con le altre autorità. Il CERS è autonomo rispetto alla BCE, anche se è collocato logisticamente presso gli uffici della Banca e se il Presidente della BCE presiede anche il CERS stesso.

A dimostrazione di come sia importante il coordinamento sull’azione delle autorità nazionali, in quanto terminali esecutivi del diritto europeo, basti osservare che il CERS riunisce i rappresentanti delle banche centrali nazionali degli Stati membri dell’Unione e i presidenti delle tre autorità europee di vigilanza.

La vigilanza microprudenziale, invece, è esercitata sui singoli istituti, quali banche, compagnie di assicurazione o fondi pensione dalle tre autorità europee di vigilanza, che sono l’Autorità bancaria europea (ABE), l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA), l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*European Securities and Markets Authority*, ESMA). Il

⁴⁴ M.L. MARINIELLO, *The Evolution of the BEREC Governance: Cooperation Forum or Agency-Like Body?*, in *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, a cura di M. Conticelli, M. De Bellis, G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2019, 32.

compito di esse è armonizzare la vigilanza finanziaria mediante lo sviluppo di un *corpus* unico di norme, ossia di un insieme di standard prudenziali per le singole istituzioni finanziarie, e contribuire all'applicazione coerente di tale *corpus* affinché si creino condizioni di parità concorrenziale. Hanno, altresì, l'incarico di valutare rischi e vulnerabilità nel settore finanziario.

Tali autorità europee conservano alcuni caratteri degli originari gruppi o *forum* di regolatori europei tra cui le regole di composizione. Per questa ragione, a capo di ciascuna autorità di vigilanza siede un presidente che rappresenta l'organizzazione. Ciò nonostante, le decisioni operative sono assunte dal rispettivo consiglio delle autorità di vigilanza, composto da i rappresentanti delle autorità nazionali di vigilanza di ciascun Paese secondo un modello di partecipazione funzionale all'operatività del *network*.

Costituisce un meccanismo che è stato limpido sin dall'inizio. È il rapporto del "gruppo Larosière" (*The High-Level Group on financial supervision in the EU*, 2009), infatti, sulla scorta del quale tali *network agencies* sono state istituite, ad avanzare l'idea che fosse necessario rafforzare il coordinamento tra autorità di vigilanza al fine di garantire l'integrità dei mercati e prevenire arbitraggi regolamentari per assicurare pari condizioni concorrenziali e una migliore protezione dei consumatori. La tesi di fondo è nota come "trilemma finanziario", secondo il quale l'integrazione dei mercati, la stabilità finanziaria, e le politiche economiche nazionali sono obiettivi che contemporaneamente possono essere conseguiti solo in parte. Da qui il suggerimento di una soluzione organizzativa di ispirazione federale, in cui l'accentramento dei compiti di vigilanza finanziaria e l'armonizzazione regolamentare permettano di ridurre gli spazi di autonomia delle autorità domestiche, affinché i rischi (e in particolare il rischio di credito) siano adeguatamente vigilati e regolati.

6.2. La relazione emergente: il sistema di vigilanza unico

L'unione bancaria rappresenta un elemento centrale nella costruzione dell'edificio europeo, che tenta di offrire risposta alla frammentazione (o balcanizzazione) dei mercati finanziari, dichiarando chiusa l'esperienza unicamente nazionale del sistema di controllo degli istituti bancari, dell'armonizzazione minima, e del principio di mutuo riconoscimento dell'*home country control*.

Nel meccanismo di vigilanza unico (MVU) – il primo pilastro dell'unione bancaria che trasferisce alla BCE la funzione di vigilanza bancaria prima di competenza delle banche centrali nazionali – la partecipazione dei rappresentanti delle autorità domestiche, sotto forma di cooperazione, all'organismo europeo compie un ulteriore passo avanti, ponendo le basi per la creazione di una cultura amministrativa e professionale comune. Qui le autorità europea e nazionali sono congiunte in vero modello federale accentrato, in cui sono impiegate le tecniche dell'unificazione: la gerarchia, le procedure comuni, i manuali unici, gli ordini, le istruzioni, le avocazioni, le sostituzioni. «Non bisogna enfatizzare troppo, naturalmente, questo aspetto, perché le autorità nazionali continuano a giocare un ruolo rilevante come membri delle autorità europee, ma queste ultime dispongono sicuramente in misura molto più ampia rispetto al passato del potere di orientare, indirizzare e governare il sistema nel suo complesso, appunto più come un sistema unitario che non come un sistema composito»⁴⁵.

La rappresentazione organizzativa di ciò è data dai *joint supervisory teams*, alimentati da dipendenti delle banche centrali nazionali e funzionali all'esercizio congiunto dei poteri con la BCE. I gruppi di vigilanza congiunti, costituiti in base all'art. 3 del Regolamento quadro MVU n. 468/2014 della BCE rappresentano la principale struttura operativa per la conduzione della supervisione unica diretta della BCE, nonché un essenziale veicolo di cooperazione. Ogni gruppo comprende esperti della BCE e, in numero maggiore, delle diverse autorità nazionali partecipanti al MVU. Vanta un coordinatore della BCE e un sub-coordinatore nazionale, che devono dialogare efficacemente e interagire con i gruppi ispettivi. Tale gruppo effettua il processo di revisione e valutazione prudenziale, e concorre alla definizione del programma di revisione prudenziale. Oltre a ciò, le autorità domestiche sono tenute a cooperare in buona fede con la BCE e devono raccogliere e scambiare “in modo tempestivo e accurato” le informazioni.

La partecipazione delle autorità nazionali ai gruppi congiunti di vigilanza

⁴⁵ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su “Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore”, Venezia, 13-14 novembre 2015, in www.irpa.eu.

operativi in altri Stati dimostra un andamento “a fisarmonica”. Ciò conferma come «la “shared sovereignty” pone limiti all’esercizio della sovranità, ma ne allarga anche il campo di azione, prima limitato al territorio sul quale la sovranità si estendeva»: difatti, «le autorità nazionali di vigilanza sono, quali parti del meccanismo europeo, private di alcune funzioni, limitate in altre; ma possono far sentire la propria voce, come parti del sistema, anche in zone, territori, aree nelle quali non potevano prima intervenire»⁴⁶.

Mediante i *joint supervisory team*, che mettono insieme culture diverse, si viene a realizzare un importante effetto di circolazione delle conoscenze e degli strumenti giuridici sotto la guida europea, che funge da “pilota” rispetto alle tendenze alla omogeneizzazione delle pratiche amministrative tra gli enti decentrati, permettendo scambi effettivi tra amministrazioni. Il sistema accentrato supera per tale via le ambiguità delle reti amministrative e costituisce un mezzo di *communicatio* nella definizione di una cultura giuridica comune, come un “luogo” fisico di condivisione delle esperienze amministrative.

L’indipendenza dal potere politico è una condizione per la complessiva funzionalità, efficienza ed imparzialità dell’operare di tale istituzioni. Gli obiettivi di stabilità monetaria e finanziaria richiedono per il loro efficiente esercizio di essere sottratti all’indirizzo politico contingente onde evitare sollecitazioni esterne incompatibili con tali politiche e funzioni. Per contro, è necessario che la condizione di indipendenza non si risolva in un’autoreferenzialità delle istituzioni, ma sia assicurato un rapporto armonico con il sistema politico-amministrativo. Emerge insomma un’esigenza di sindacabilità – che potrebbe essere declinata anche in termini di trasparenza – dell’operato delle istituzioni bancarie centrali. Il sindacato giurisdizionale è, nel caso di specie, il principale strumento che assicura ai componenti degli organi centrali le condizioni di indipendenza funzionale, quella libertà da pressioni politiche necessaria per il migliore esercizio dei poteri attribuiti, nonché per l’assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti.

Tali strutture federali sono la base comune per dare vita ad un effettivo decentramento, fondato sul principio di sussidiarietà, che faciliti il dialogo, contenga i costi del sistema, agevoli lo scambio di informazioni, consenta con-

46 S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79 ss.

trolli *in loco* con personale nazionale. Superando le forme di cooperazione finora sperimentate, il sistema unico di vigilanza mira a garantire una uniforme applicazione delle regole prudenziali, nonché un omogeneo controllo dei rischi e di prevenzione delle crisi bancarie, traducendosi in un'azione di vigilanza più efficace e più imparziale, poiché in grado di ridurre la propensione degli Stati a proteggere i sistemi bancari nazionali, i fenomeni di *supervisory forbearance*, nonché di migliorare la solidità del sistema finanziario.

In questo quadro, le autorità domestiche non partecipano ad una struttura organizzativa finalizzata alla realizzazione di interessi europei, bensì prendono parte ad un sistema comune che viene a sostituire integralmente l'apparato nazionale. Si realizza una attribuzione dei poteri ad un organo sovranazionale che prende il posto di quello nazionale e dà esecuzione ad un sistema pienamente integrato, dedicato ad applicare norme dell'Unione e norme nazionali. Se si guarda all'unione bancaria, dunque, «non sembra più corretto affermare che vi sia una netta distinzione tra amministrazione europea e amministrazione domestica, dal momento che le stesse si vengono a fondere insieme, formando un unico apparato, in cui vige viceversa l'opposto principio della indistinzione»⁴⁷.

6.3. La cooperazione come strumento di attuazione delle politiche europee

La cooperazione tra amministrazioni nazionali e con il livello europeo può altresì combinarsi con l'obiettivo di assicurare una attuazione effettiva delle politiche europee. Muovendo dalle esperienze concrete che si riscontrano nel diritto derivato, ove i settori di interesse europeo impongono un esercizio coordinato del potere amministrativo, un esempio interessante è il sistema IMI (*Internal Market Information*). Per garantire i controlli nella prestazione di servizi nel mercato interno, la direttiva servizi (2006/123/CE) obbliga gli Stati membri ad assistersi reciprocamente e ad instaurare forme di cooperazione amministrativa. L'IMI è stato realizzato per facilitare tale cooperazione e garantire il controllo dei prestatori e dei loro servizi, siano essi stabiliti in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, o occasionalmente prestatori di un servizio in uno

⁴⁷ M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 14.

Stato transfrontaliero.

In cosa consiste? È sostanzialmente una banca dati elettronica multilingue, a cui aderiscono le amministrazioni nazionali, nella quale affluiscono le informazioni che gli enti pubblici condividono e mettono in rete, al fine di migliorare lo scambio di informazioni, ampliare le notizie a disposizione e supportare, in questa maniera, gli sviluppi del mercato interno, soprattutto relativamente al settore dei servizi. L'autorità che fornisce per via elettronica le informazioni viene anche automaticamente accreditata e individuata come interlocutore per gli enti competenti degli altri Stati membri.

Altri esempi di cooperazione si registrano nel settore fiscale, nell'ambito delle misure di armonizzazione per completare il mercato interno. In questa sede, per facilitare i contatti tra le amministrazioni fiscali locali e nazionali, al fine di potenziare la lotta antifrode, l'Unione europea ha istituito un sistema comune di cooperazione amministrativa e di scambio di notizie, che si fonda su richieste di informazioni e su indagini amministrative, al fine di assicurare, in particolare, la corretta applicazione dell'imposta sul valore aggiunto.

Negli esempi, a cui si è velocemente accennato, tre elementi relativi all'articolazione del sistema sono comuni agli schemi di cooperazione. Primo, vi è sempre un unico punto di contatto a livello nazionale, ossia un ufficio che svolge i compiti del referente anche per le amministrazioni degli altri paesi. Secondo, la Commissione europea – magari assistita da un comitato permanente per la cooperazione amministrativa – riveste frequentemente il ruolo di regista, determinando le categorie esatte di informazioni oggetto di scambio, la periodicità e le modalità pratiche dello scambio. Terzo, vi sono regole generali, all'interno delle quali si riscontra un regime di eccezioni: ad esempio, la richiesta di assistenza può essere rifiutata, con adeguata motivazione, quando la trasmissione di informazioni impone un onere amministrativo eccessivo, ovvero quando è contraria alle leggi o alle pratiche amministrative dello Stato interpellato, ovvero quando comporta la divulgazione di segreti commerciali, industriali o professionali, ovvero infine quando è contraria all'ordine pubblico.

Eppure non bisogna tenere conto solo degli esempi che offre il diritto derivato, poiché un ruolo importante ha la cooperazione informale che si svolge a livello europeo. Nella forma generica del *soft law*, le amministrazioni degli Stati

membri tendono a comunicarsi conoscenze ed esperienze in un interscambio reciproco tra ordinamenti statali. In questo ambito, l'*European Public Administration Network* (EPAN) ha promosso azioni positive e programmi volti ad una sempre maggiore omogeneizzazione delle capacità amministrative nazionali, proprio al fine di evitare asimmetrie tra realtà statali, senza perdere di vista le specificità amministrative dei singoli Paesi.

Un esempio rilevante in questo senso è la standardizzazione delle procedure per la gestione dei fondi strutturali europei: in questo ambito già oggi si misurano e si valutano le capacità di impiego dei fondi europei e i meccanismi di incentivazione delle gestioni più efficienti o di penalizzazione di quelle meno efficienti, sulla base di sistemi di informazione statistica.

Tali processi di miglioramento della capacità amministrativa si fondano sul metodo aperto di coordinamento, che è lo strumento indicato dal Consiglio europeo di Lisbona nel 2000, e consistono principalmente nell'attivazione di programmi per valutare i progressi delle *performance* delle amministrazioni, di confronti sulla formazione dei dipendenti pubblici, sull'*e-government*, sulla *better regulation*. Le azioni positive che ne derivano costituiscono degli importanti strumenti trasversali di integrazione.

L'esperienza concreta dei sistemi di cooperazione amministrativa sembra dimostrare che si migliora l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione, quando i fenomeni di raccordo tra le autorità nazionali e l'amministrazione europea consentono un dialogo tra enti pubblici fondato su tre presupposti. In primo luogo, serve uno sviluppo di pratiche e culture amministrative comuni, che si realizza con i programmi europei di scambi del personale. In secondo luogo, vi deve essere un riconoscimento reciproco delle attività delle strutture pubbliche, il quale è funzionale alla regola dell'equivalenza tra l'operato della Commissione e l'operato degli Stati, senza che vi siano concreti momenti di sostituzione di un organo all'altro. Ciò è dovuto anche al fatto che vi sono delle funzioni che necessitano di un esercizio congiunto, rette dal diritto dell'Unione europea, nelle quali il procedimento amministrativo agevola e completa l'assetto degli interessi – come nei procedimenti composti ci sono interessi di privati e interessi di Stati – oppure è funzionale ad una migliore definizione dell'assetto orga-

nizzativo, poiché utilizza gli apparati statali come uffici periferici che operano in funzione degli interessi dell'Unione europea. In questi ambiti, le amministrazioni che cooperano devono agire secondo regole giuridiche il più possibile unitarie. In terzo luogo, servono accordi di coordinamento, ossia convenzioni mediante le quali si consente che il potere sia esercitato da diverse amministrazioni mediante forme di cooperazione. L'accordo tra amministrazioni è il miglior strumento per una forma di coordinamento che sia idonea al soddisfacimento del pubblico interesse. Esso permette di evitare le frizioni e la frammentazione delle decisioni, valorizzando l'unitarietà dell'ordinamento.

Se questi sembrano essere i presupposti, affinché la cooperazione amministrativa sia impiegata come mezzo efficace per l'attuazione effettiva del diritto europeo, detti presupposti sono allo stesso tempo anche gli ambiti materiali sui quali il legislatore europeo può esercitare i suoi poteri in virtù della nuova competenza normativa di sostegno.

6.4. I rapporti di controllo

Non mancano, infine, relazioni burocratiche basate sull'esigenza di controllo, ove i funzionari nazionali non sono un elemento dell'ingranaggio, ma apparati a cui è rimesso un compito che merita di essere verificato. La funzione di controllo è un "contro-potere" e risponde al primario interesse pubblico europeo. Le burocrazie europee, in particolare la Commissione, sono le guardiane dei Trattati per cui ad esse spetta verificare la corretta esecuzione indiretta delle politiche sovranazionali in ambito domestico.

Il controllo, spesso, è la conseguenza dell'armonizzazione d'una serie di istituti giuridici strumentale al buon funzionamento del mercato unico e delle politiche comuni. Essa si realizza in più modi: tramite l'emanazione di specifiche disposizioni da parte delle istituzioni politiche dell'Unione, la formulazione di criteri e linee guida da parte della Commissione, l'enunciazione di principi da parte della giurisprudenza sovranazionale.

Si riscontrano plurime occasioni in cui i funzionari europei vagliano quello che fa la burocrazia nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione europea. Accade nella procedura di infrazione, nel controllo sul rispetto del divieto di aiuti di Stato, nel coordinamento delle politiche economiche nazionali in funzione del rispetto dei vincoli europei alle politiche di bilancio. Gli occhi del-

le istituzioni europee sono costantemente puntati a vigilare sugli interventi nazionali, sulle motivazioni e sugli effetti di eventuali regimi di favore, per far sì che non si creino disparità tra operatori economici e non si falsi la concorrenza, valori assoluti dell'Unione.

Esse non rappresentano interferenze delle burocrazie europee su autonome scelte della politica nazionale. Anzi esse sono pienamente compatibili con la sovranità degli Stati, dal momento che con l'integrazione quote di sovranità sono state progressivamente trasferite o comunque messe in comune dagli Stati stessi. Inoltre, sembra doveroso riconoscere all'Unione il coraggio di aver compiuto scelte che la politica nazionale non avrebbe mai intrapreso. Basti pensare, tra i molti esempi che si potrebbero fare, alle procedure di infrazione aperte dalla Commissione per contrastare la pratica delle discariche abusive presenti sul territorio nazionale perseguendo un'azione di sicurezza ambientale, territoriale e di salubrità per le collettività interessate. Per cui, i rapporti burocratici di controllo sono anche un modo per costringere le istituzioni politiche nazionali a fare quello che con le proprie forze non riescono a fare.

7. Conclusioni: la funzione europea di regolazione

Ludwig von Mises contrappone la società basata sulla proprietà privata e sul mercato a quella che invece tali istituzioni sopprime o tiene solo nominalmente in vita⁴⁸. Il primo modello di società assicura l'autonomia individuale e controlla l'efficienza delle sue transazioni tramite il sistema dei prezzi. Il secondo modello fa a meno della libertà individuale, dipende dagli organi politici e dall'attivazione di immani e inefficienti apparati amministrativi, quello che prende il nome di fenomeno burocratico. Lo ha scritto nel 1944, durante una devastante fase della storia, la cui tragicità lo aveva spinto a rifugiarsi come esule politico negli Stati Uniti. Con la conoscenza dell'uomo che aveva direttamente assistito ai grandi rivolgimenti europei del Novecento e con la maturità dello studioso sempre impegnato a investigare sulle ragioni della libertà, Mises getta luce sul fenomeno burocratico.

È evidente come tale contrapposizione oggi non sia più particolarmente attuale, ma è interessante mettere in evidenza come, a differenza dell'idea di

⁴⁸ *Burocrazia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, 9.

Mises, è proprio il modello di società che vuole valorizzare le libertà individuali ad assoggettarsi a pesanti apparati burocratici. Non è vero che dove c'è il mercato non c'è burocrazia, al contrario per far funzionare il mercato – secondo quanto è stato esaminato finora – è necessario l'amministrazione, e proprio la burocrazia gioca un ruolo essenziale nelle interazioni tra la protezione della libertà individuale in tutti i settori e il rispetto delle regole che quest'ultima richiede.

Perciò il fenomeno burocratico colpisce “soprattutto” le società libere, in cui poteri pubblici e burocrazia vanno di pari passo. I suoi servizi sono resi monopolisticamente e imposti ai cittadini. Pure in una società libera, essi sono resi fuori dal sistema di mercato. E poco vale pensare di sostituire i funzionari di carriera con imprenditori che abbiano dato prova delle loro capacità. L'ingresso nell'amministrazione pubblica priva costoro delle condizioni gestionali in cui si sono affermati e rende impossibile lo svolgimento del loro originario ruolo.

Certo il richiamo anti-burocratico è forte, nell'idea errata che limitare l'intervento della mano pubblica significhi porre nel contempo una frontiera all'espansionismo burocratico, e che non ci sia nulla che possa eliminare l'inefficienza della gestione burocratica. Come fosse una via maestra per difendere la società dalla burocratizzazione sociale e dal restringimento dello spazio dell'autonomia individuale e della creatività. Da qui l'appello (frequente) alla necessità di sburocratizzare, di ridurre il peso della burocrazia, che non è una novità, anzi si tratta indubbiamente di un tema ricorrente nel dibattito pubblico.

Nondimeno è molto meno un inedito a livello dell'Unione europea, in cui la polemica anti-regolatoria e dedicata ai guasti della burocrazia è certamente molto più una novità. Nelle ultime dichiarazioni della Commissione fa capolino per la prima volta il termine “semplificazione delle regole”. Ossia la necessità di alleggerire radicalmente gli oneri burocratici e amministrativi del mondo imprenditoriale con il compito di facilitare il raggiungimento degli obiettivi unionali, come quelli ambientali ad esempio. Rivedere gli obblighi di rendicontazione, riducendone il numero, e facilitare l'ottenimento di autorizzazioni aiutando le imprese. L'idea insomma è che la semplificazione sia vista come uno dei pilastri del piano di rilancio della competitività europea.

Che poi è coerente con la lettura che le altre potenze mondiali hanno del sistema dell'Unione⁴⁹. Un punto di vista secondo il quale l'Europa incarna un vecchio mondo: troppo formalista, troppo burocratico, e soprattutto troppo regolamentato per le nuove aziende tecnologiche. In questa chiave, l'integrazione europea sembra aver smesso di essere un efficace laboratorio originale e sembra arenarsi alle logiche opache e contraddittorie rispetto alle premesse di un'Europa sempre più unita.

Oltre a ciò, secondo alcuni la regolamentazione europea è anche fonte di disordine, poiché in essa «si legifera, si amministra e si giudica secondo criteri che non sono più quelli dell'ordine razionale, ma quelli della contingenza, del mutevole equilibrio di rapporti tra poteri economici, politici e sociali, dell'emersione di istanze e della sopravvenienza di istanze contrarie». Basti «considerare la legislazione eurounitaria (che ormai è gran parte della congerie di leggi vigenti), ispirata a finalità contingenti piuttosto che a categorie concettuali, tradotta in un'azione amministrativa e regolatoria mobile ed oscillante, e con esse la giurisprudenza delle Corti europee, sempre alla ricerca di bilanciamenti, per capire che una razionalità del tipo di quella del sistema legale tradizionale – quella dei codici, per intenderci – è un passato che non torna»⁵⁰.

Forse la semplificazione, quale invito a migliorare la regolazione europea, potrà essere una parziale risposta. Però, in questa nuova stagione geo-politica, di fronte a chi intende minare le istituzioni europee, l'Unione appare chiamata a difendere la propria sovranità, e l'approccio regolatorio che ne rappresenta parte importante. Perché ciò significa difendere in altri termini l'Unione europea stessa. Nell'assetto attuale, chi vuole un'Europa debole sono coloro i quali ritengono la regolamentazione unionale una limitazione inappropriata del loro potere e per contrastarli occorre all'opposto rafforzare e consolidare il ruolo delle autorità pubbliche regolatrice.

Confermando come la macchina burocratica sia uno strumento indispensabile quale «apparato amministrativo tipico per l'esercizio del potere legale», si

⁴⁹ Il sovranismo, quale intento di riattribuire agli Stati poteri che si ritiene siano stati indebitamente delegati, mira a gettare discredito sulle istituzioni europee, accusate di centralismo, lontananza e burocrazia, rendendo più difficile avanzare verso un'Unione capace di aumentare le responsabilità comuni e di rendere l'Europa una comunità vittima di un federalismo incompiuto.

⁵⁰ A. GENTILI, *Recensione a Massimo Luciani "Ogni cosa al suo posto"*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 689.

avvalora la profezia di Max Weber a parere del quale «la democrazia moderna [...] dove vi è una grande democrazia statale, si trasformerà in una democrazia burocratizzata». Si tratta di un percorso inevitabile: «questa realtà è la prima cosa con cui dovrà fare i conti anche il socialismo: la necessità di una lunga preparazione professionale, di una specializzazione sempre più perfezionata e di una direzione a opera di una burocrazia professionale formata con tali criteri. L'economia moderna non può esser diretta diversamente»⁵¹.

Sono le burocrazie – preparate, efficienti e specializzate – a fare da cinghia di trasmissione nel sistema multilivello, operando come pubblici poteri slegati (almeno in apparenza) dalla politica, di tipo tecnico e preferibilmente neutri, ancora una volta seguendo l'insegnamento di Max Weber. L'immagine delle relazioni multilivello sembra esaltare la de-politicizzazione, in linea con l'ansia di imparzialità che caratterizzava la burocrazia *weberiana* classica. «Il vero funzionario per l'essenza stessa della sua specifica professione non deve far politica bensì “amministrare”, tenendosi soprattutto al di sopra delle parti; ciò vale anche per i cosiddetti funzionari “politici” dell'amministrazione, quanto meno ufficialmente, fino a che non è in gioco la “ragion di Stato”, vale a dire gli interessi vitali dell'ordine dominante». «Egli deve svolgere le proprie funzioni *sine ira et studio*, “senza ira né pregiudizi”. Deve dunque evitare di fare ciò che il politico, il capo come il suo seguito, si trova sempre e necessariamente a dover fare: lottare. E infatti lo spirito di parte, la lotta, la passione – *ira et studium* – sono l'elemento dell'uomo politico. Soprattutto del capo politico. Il suo agire è governato da un principio di responsabilità del tutto diverso, e persino opposto, rispetto a quello del funzionario»⁵².

I rapporti burocratici così conformati si ripercuotono indirettamente sui meccanismi nazionali. Essi sono al centro dei processi decisionali a “più voci” propri del modello sovranazionale. Se ogni burocrazia rispetta “le regole del gioco”, il vantaggio è di tutti i partecipanti, giacché non è così falsata la compe-

51 M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968, 134. Se la burocrazia resta l'unica forma di gestione possibile di una «entità che reclama il monopolio sull'uso legittimo della forza fisica» (dopo il superamento degli incarichi distribuiti a capriccio, “a titolo onorifico”, da chi prima deteneva un potere pressoché assoluto ormai passato), nello spazio europeo è proprio il concreto operare di questo corpo professionale a consentire l'operare dei meccanismi di collegamento tra l'Unione e gli Stati membri. A guardare bene, gli intrecci e le relazioni tra questi ordinamenti giuridici passano prevalentemente proprio dai rapporti tra le burocrazie.

52 M. WEBER, *La politica come professione* (1919), Torino, Einaudi, 2004, 178.

tizione tra Stati. I raccordi tra Stati impongono obblighi di dialogo e di concertazione delle decisioni, rispetto alle quali rappresenta un elemento di semplificazione il fatto che le amministrazioni nazionali, che sono parte del mercato unico, circoscrivano la loro azione al perimetro di rispetto delle regole dell'Unione.

Infine, l'Unione europea è ben consapevole che il suo successo è strettamente connesso al dato della *compliance* alle disposizioni sovranazionali da parte delle forze nazionali. Più questo dato è alto e più è possibile certificare la forza di cui le istituzioni europee dispongono. Ma l'effettività nella capacità amministrativa di perseguire gli obiettivi europei non può trasformarsi da principio a degenerazione. Come ammonito da Weber, «questa passione per la burocratizzazione è più che sufficiente per far disperare chiunque [...]. La questione centrale non è come portare avanti o accelerare questa macchina, ma cosa “opportuno” al fine di conservare un residuo di umanità in questo dominio esclusivo degli ideali di vita burocratica»⁵³.

53 M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968, 140.