

RAFFAELLA DAGOSTINO
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Foggia
raffaella.dagostino@unifg.it

LA FUNZIONE DI REGOLAZIONE IN TRANSIZIONE PER LA GOVERNANCE DI RISCHI SISTEMICI IMMANENTI

THE ADMINISTRATIVE FUNCTION OF REGULATION IN TRANSITION FOR THE GOVERNANCE OF SYSTEMIC RISKS

SINTESI

Nell'attuale contesto storico, caratterizzato da rilevanti transizioni (economica, ambientale, sociale, digitale, amministrativa), sintomo evidente di una metamorfosi ordinamentale, si avverte con forza l'esigenza di trovare nuovi equilibri fra Stato, società e mercato. In questa prospettiva, si rivela fondamentale lo studio sulla funzione di regolazione.

Con il presente contributo, pertanto, s'intende analizzare la funzione di regolazione per evidenziarne i tratti caratterizzanti e per comprendere, se e in che modo, tale funzione possa ancor oggi dirsi espressione di un modello di Stato consolidato (c.d. Stato regolatore) o se, piuttosto, essa meriti un ripensamento legato all'incalzare delle trasformazioni che stanno attraversando la società, il mercato e la stessa realtà ordinamentale.

In particolare, si cercherà di dimostrare che oggi il modello di regolazione da prediligersi sia quello della c.d. regolazione giuridica del rischio, che presenta caratteristiche proprie che lo distinguono profondamente dal modello della regolazione neutrale finora considerato come modello di riferimento.

La *risk regulation*, infatti, sembra profilarsi come il modello regolatorio ideale per il prossimo futuro, perché capace di meglio governare le sfide che la società contemporanea pone.

ABSTRACT

In the current historical context, characterized by significant transitions (economic, environmental, social, digital, administrative), which clearly signal an institutional metamorphosis, there is a strong sense of the need to find new balances between the State, society, and the market. From this perspective, the

study of the regulatory function becomes essential.

With this contribution, the aim is to analyze the regulatory function to highlight its defining traits and to understand whether, and in what way, this function can still be considered an expression of a consolidated State model (the so-called regulatory State), or whether it deserves a reconsideration in light of the ongoing transformations that are affecting society, the market, and the very institutional reality.

In particular, the goal is to demonstrate that today, the preferred regulatory model should be that of the so-called legal regulation of risk, which has distinct characteristics that deeply set it apart from the neutral regulation model previously considered the reference model. Indeed, risk regulation seems to emerge as the ideal regulatory model for the near future because it is better equipped to govern the challenges posed by contemporary society.

PAROLE CHIAVE: transizioni amministrative, funzione di regolazione, regolazione giuridica del rischio, nuovi equilibri fra Stato-società-mercato

KEYWORDS: administrative transitions, regulatory function, legal risk regulation, new balances between the State, society, and the market

INDICE: 1. La regolazione giuridica del rischio nel multiforme panorama della funzione regolatoria: inquadramento sistematico e tratti caratterizzanti. – 2. La *vis expansiva* del rischio e l'impatto sulla funzione di regolazione. – 3. Le nuove frontiere della regolazione giuridica del rischio: tre settori emblematici. – 3.1. *Le prospettive evolutive della governance multilivello dei rischi sistemici.* – 3.2. *Le prospettive evolutive della governance orizzontale dei rischi sistemici.* – 4. La *risk regulation* come modello di *responsive governance* nella società globale del rischio.

1. La regolazione giuridica del rischio nel multiforme panorama della funzione regolatoria: inquadramento sistematico e tratti caratterizzanti

L'indagine che s'intende svolgere sulla funzione di regolazione, con particolare riferimento alla regolazione giuridica del rischio, impone una breve disamina delle teorie sulla funzione di regolazione al fine di delinearne i tratti distintivi per poi comprendere se e in che modo la funzione di regolazione possa ancor oggi dirsi espressione di un modello consolidato o se, piuttosto, essa meriti un ripensamento legato all'incalzare delle trasformazioni che stanno attraversando la società, il mercato e la stessa realtà ordinamentale.

Non a caso oggi si parla di transizioni (economica, ambientale, sociale, digitale, amministrativa), sintomo evidente di una metamorfosi ordinamentale, all'insegna di nuovi equilibri fra Stato, società e mercato.

Come noto, gli studi della dottrina sulla funzione di regolazione sono co-

piosi¹. Dagli stessi emerge lo sforzo di fornire una definizione quanto più puntuale del concetto in esame, che ha portato sostanzialmente a individuare due nozioni di regolazione, una in senso stretto e un'altra in senso lato².

La prima circoscrive la funzione di regolazione sugli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, espressione di poteri di regolazione neutrale del mercato, o meglio, dei diversi settori dell'economia. Questo modello di regolazione è chiaramente frutto della visione affermata sul finire degli anni '90 del secolo scorso del c.d. Stato regolatore, dello Stato che pone le regole del gioco, atteggiandosi da arbitro neutrale, non più come giocatore, nel mercato³.

Questa nozione di regolazione – che è quella sino ad oggi largamente condivisa perché, come detto, espressione di un modello di Stato non interventista, affermatosi a seguito dei processi di privatizzazione e liberalizzazione dei mercati, anche sulla spinta del diritto europeo – si caratterizza per la presenza di alcuni elementi essenziali, quali: indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice; affidamento ad essa di un unico compito (c.d. *single mission Authorities*); natura condizionale della disciplina (essendo la norma connotata da prescrizioni ipotetiche, sulla base del principio “se...allora”); relazione trilaterale intercorrente fra regolatore-impresa-utente; sottoposizione al principio del giusto pro-

1 Senza pretesa di esaustività: S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; V. ROPO, *Privatizzazioni e ruolo del “pubblico”: lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 627 ss.; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 10 e ss; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2001; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, 97 ss.; S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2005; N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), V, Milano, Giuffrè, 2006; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 805 ss.; G. MAJONE, *The transformation of the regulatory State*, in www.osservatorioair.it, 2010; M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 608; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, 337 ss.; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, 3, 697 -731; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2019; M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2022, 25 ss.; S. AMOROSINO, *Note sulle regolazioni delle transizioni “economiche”*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2022, 198 ss.

2 Per questa ricostruzione: A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit.

3 S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2, 2002, 265 ss.

cedimento; controllo giurisdizionale delle decisioni⁴.

Il fondamento della funzione di regolazione, secondo questa interpretazione, è individuato in relazione a situazioni di fallimento o di assenza del mercato; ragion per cui essa si caratterizza sostanzialmente come un meccanismo reattivo o correttivo che legittima l'esercizio di attività pubbliche volte a ovviare ai fallimenti, alle mancanze, alle imperfezioni del mercato⁵.

La seconda definizione, invece, guarda alla regolazione come complesso delle attività dei pubblici poteri in ambito economico⁶, ricomprendendo in tale funzione qualunque forma di ingerenza pubblica che contribuisca a conformare il mercato⁷.

Questa nozione, certamente più ampia, non si plasma rigorosamente sul modello dello Stato regolatore, meglio definito nella prima accezione, declinando una nozione ampia di regolazione che guarda piuttosto agli effetti conformativi del potere pubblico sul mercato che, come noto, potrebbero essere espressione di differenti modelli di Stato in relazione al grado di penetrazione dei poteri pubblici in economia. Non a caso, a seconda del diverso fondamento costituzionale legittimante l'esercizio di tali poteri (art. 41, comma 2 o 3 Cost.), la dottrina distingue le due forme di regolazione nei termini di regolazione economica in senso debole e regolazione economica in senso forte⁸.

Ad ogni modo, è possibile evidenziare un elemento comune alle due teorie, ossia che la funzione di regolazione venga ricollegata essenzialmente al mercato, ai fallimenti del mercato, e più in generale alle modalità d'intervento pubblico in economia.

La regolazione pubblica, dunque, interviene in molteplici ambiti economici a tutela di un interesse generale che altrimenti sarebbe sacrificato nel contesto di un mercato non regolamentato⁹.

⁴ Questa ricostruzione si rifà puntualmente a S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., *passim*.

⁵ S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit., *passim*; L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Cost.*, 3, 2023, 1453 ss., particolare 1467.

⁶ A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit., 806.

⁷ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit.

⁸ P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, op. cit., 364-365.

⁹ Così M. CLARICH, *La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2022, 215.

Tale funzione è volta a massimizzare l'efficienza economica del mercato, senza ricadere, pur nella pervasività degli affetti conformativi che a volte ad essa si accompagnano, in una attività di funzionalizzazione dell'impresa e della proprietà privata per il perseguimento di utilità pubbliche.

Orbene, come sempre accade in presenza di meccanismi classificatori, la rigidità delle categorie in cui s'intende racchiudere fenomeni complessi, descrivendoli nei tratti fondativi, porta evidentemente a una semplificazione giuridica che non permette una visione unitaria del fenomeno, piuttosto una descrizione puntuale delle forme di manifestazione dello stesso, né consente di cogliere appieno i profili evolutivi.

E infatti, accanto alla regolazione economica, su cui essenzialmente la teoria della funzione di regolazione è stata costruita, la dottrina ha poi distinto una funzione di regolazione sociale¹⁰, che si differenzia dalla prima perché indirizzata a promuovere scopi sociali come, per esempio, la tutela della salute o le provvidenze e le misure di inclusione sociale di lotta alla povertà (c.d. misure di welfare) e infine, una regolazione del terzo settore¹¹, che invece si pone al di fuori delle logiche di mercato.

Va dato atto, però, che esiste poi in dottrina una diversa declinazione di «Amministrazione di regolazione»¹², per vero *extra-vagante* rispetto alle prime, con cui ci si è riferiti genericamente e in maniera onnicomprensiva, alla complessità dei poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche, orientati a garantire che le libertà costituzionali e i diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento possano essere esercitati senza pericolo per la loro stessa esistenza, bensì anche senza compromettere le libertà e i diritti degli altri.

Questa definizione, meno tecnica e non strettamente aderente ai rapporti fra Stato-mercato, guarda alla amministrazione di regolazione da un'altra prospettiva, che si basa sull'interrelazione fra imperatività/autoritatività del potere pubblico – garanzie – consenso, pur nella difficoltà di connotazione di

10 P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, op. cit., 353.

11 M. CLARICH, *La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali*, op. cit., *passim*.

12 D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9^a ed., Bologna, Il Mulino, 2018. Per una disamina del pensiero dell'A. si veda G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 363.

quest'ultimo elemento nel diritto pubblico¹³.

Di questa teorica, ai fini dello studio sulla funzione di regolazione nella complessità ordinamentale odierna, appare utile considerare il fine così identificato, che può meglio specificarsi nell'esigenza di sicurezza umana¹⁴ che l'ordinamento è chiamato ad assicurare attraverso l'esercizio di una complessità di poteri amministrativi.

Questa visione, come si cercherà di spiegare, sembra porsi in linea di continuità con la prospettiva della regolazione giuridica del rischio che, in ossequio al principio di precauzione, mira a contemperare una pluralità di interessi, pubblici e privati, proprio nella prospettiva della sicurezza umana¹⁵.

La regolazione giuridica del rischio¹⁶, infatti, come ben evidenziato in dottrina, presenta caratteristiche proprie legate all'oggetto regolato, ossia la gestione di eventi rischiosi, nelle molteplici declinazioni (ambientali, energetici, finanziari, informatici, etc.), che la differenziano dalla generalità degli atti di regolazione, rendendola più eclettica, versatile, flessibile e adattiva, si direbbe oggi maggiormente resiliente.

È infatti impossibile ridurre la *risk regulation* in maniera esclusiva e assorbente alla legge o agli atti di regolazione¹⁷, risultato tale prospettiva asfittica e inadeguata.

La dottrina¹⁸, infatti, ha da tempo evidenziato che la regolazione giuridica del rischio si configuri come un autonomo sistema giuridico che presenta proprie esigenze organizzative, propri modelli procedimentali, propri meccani-

13 G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, cit., 366 ss.

14 G. DE VIRGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 67; A. BARONE, *Emergenza bellica, sicurezza energetica e tutela ambientale*, (manoscritto), di prossima pubblicazione in *Dir. amm.*, 2, 2025.

15 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *L'amministrazione del rischio*, in *Diritto pubblico per l'economia e gli studi sociali*, A. BARONE, C. COLAPIETRO, G. SERGES (a cura di), Giappichelli, Torino, 2024, 397 ss. e in particolare 406.

16 Sulla regolazione giuridica del rischio: A. BARONE, *Introduzione. La regolazione giuridica del rischio*, in AA.VV., *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, R. MARTINO, F. ALICINO, A. BARONE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, ES, Napoli, 2010; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Cedam, Trento, 2012; F. LAUS, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023.

17 A. BARONE, *L'amministrazione del rischio*, cit., 409.

18 A. BARONE, *Introduzione. La regolazione giuridica del rischio*, cit., 269 - 270.

smi di interazione fra pubblico e privato, peculiari logiche di produzione e valutazione normativa, oltre che peculiari forme di controllo giurisdizionale¹⁹.

La regolazione giuridica del rischio, infatti, si caratterizza innanzitutto per essere essenzialmente una regolazione per principi, essendo essa governata dal principio di precauzione, nel momento cognitivo e valutativo, nonché dai principi di proporzionalità²⁰ e ragionevolezza²¹ nel momento decisorio, di concreta gestione del rischio, espressione di una scelta ampiamente discrezionale, politica.

La certezza del diritto, nella regolazione giuridica del rischio, non dipende da una normazione puntuale, risultando il principio di legalità sostanziale dequotato rispetto a quello di legalità procedurale.

La *risk regulation* trova il suo epicentro nel momento amministrativo, procedimentale, ragion per cui la stessa è espressione di una complessità di poteri, sia di regolazione in senso stretto, sia di amministrazione attiva. In particolare, fondamentali per la *risk regulation* sono le funzioni di pianificazione, di vigilanza e monitoraggio²² del rischio per una continua rivedibilità della decisione amministrativa all'insegna della *flexsecurity*²³.

La *risk regulation*, dunque, a differenza della regolazione economica, non prevede misure reattive e/o correttive di fallimenti di mercato.

La regolazione giuridica del rischio, basandosi su un approccio precauzionale che ha, come detto, una chiara dimensione procedurale, è essenzialmente una regolazione preventiva, che interviene *ex ante* nel tentativo di scongiurare che quel rischio si inveri.

Potremmo dire che la *risk regulation* è essenzialmente una funzione di *tutorship*, o meglio, come si dimostrerà, di *co-tutorship*, implicando un processo di “apprendimento circolare”, cooperativo, nella corretta gestione dei rischi fra la

19 Sia consentito il rinvio a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Cacucci, Bari, 2020.

20 A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

21 M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, 1993.

22 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., *passim*.

23 R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, 651.

molteplicità di attori coinvolti, siano esse amministrazioni pubbliche appartenenti a ordinamenti giuridici differenti o a livelli di governo differenti dello stesso ordinamento, siano essi amministrazioni e cittadini²⁴.

Proprio la gestione dei rischi impone che la *risk regulation* si espliciti attraverso l'esercizio di poteri permanenti, perché essa si snoda in un *continuum* procedimentale che impone la rivedibilità della decisione amministrativa, il monitoraggio sull'adeguatezza, sull'idoneità delle misure previamente adottate, al fine di garantire standard di sicurezza adeguati alla tutela del bene giuridico oggetto di tutela, espressione di un interesse generale meritevole di essere perseguito.

Ciò comporta che le norme afferenti alla *risk regulation*, oltre a essere maggiormente indeterminate, a limitarsi a fissare soglie massime o standard di sicurezza da rispettare, o piuttosto, semplicemente, a individuare obiettivi da raggiungere, sono regole ad obsolescenza programmata, c.d. *sunset rules*, perché la loro imperatività, la loro vigenza dipende dall'evoluzione delle leggi di copertura, ossia delle conoscenze extragiuridiche che governano i fenomeni rischiosi che s'intende gestire.

Questa struttura della regolazione giuridica del rischio, per sua natura adattiva, come si dirà, meglio si presta a recepire le sfide della globalizzazione, della digitalizzazione divenendo essa stessa il modello regolatorio di riferimento in una società estremamente liquida²⁵.

2. La *vis expansiva* del rischio e l'impatto sulla funzione di regolazione

Le crisi sistemiche che hanno scosso il sistema finanziario pubblico e privato globale negli ultimi quindici anni (o poco più)²⁶, l'emergenza sanitaria le-

24 Sul punto, anche se con specifico riferimento alla funzione di vigilanza bancaria europea, sia consentito rinviare a R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, ESI, Napoli, 2023.

25 Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2011, ult. ristampa 2024.

26 Si allude alla crisi economico-finanziaria statunitense, scaturita nel 2008 dal fallimento delle Banche Lehman Brothers e JP Morgan, poi propagatasi in Europa nel 2011-2012. Sui temi.: R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 669 ss.; ID., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1043 ss.; G. NAPOLITANO, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato co-assicuratore*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2010, 1085 ss.; ID., *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance europea*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, G. NAPOLITANO (a cura di), Bologna, 2012; ID., *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1303; F. CAPRIGLIONE,

gata al Covid-19²⁷ e quella bellica dovuta all'inasprirsi del conflitto russo-ucraino²⁸ che ha avuto come effetto, connesso e consequenziale, quello di esacerbare le problematiche legate alle politiche ambientali europee, accendendo i fari sulle questioni afferenti alla crisi energetica e alle esigenze di sicurezza ad essa correlate²⁹, hanno portato a una tracimazione del rischio in settori molto diversi da quello in cui la *risk regulation* ha avuto origine³⁰.

Dalle esigenze di gestione di rischi da incertezza scientifica, c.d. rischi da ignoto tecnologico, anche inconsapevolmente prodotti con l'esercizio di attività lecite, impattanti sulla salute umana e sull'ambiente, rischi relativi all'applicazione delle scienze incerte nel settore industriale (si pensi alle questioni legate all'attivazione di impianti di rigassificazione, termovalorizzatori, impianti di radio trasmissione ad alta frequenza, etc.), la prospettiva precauzionale della *risk regulation* è stata poi adottata in ambiti assai differenti dai primi.

Basti pensare alla regolazione giuridica del rischio terrorismo³¹, alla gestione dei rischi finanziari³², globali e locali (basti pensare alle procedure di rie-

Regolazione europea post crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 537-564.

27 G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020., 142 ss.; E. CHITI, *L'Unione europea e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020., 436 ss.; R. PEREZ, *La crisi del 2020: le prime reazioni europee e nazionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2021, 429 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme d'intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo*, 1, 2022, consultabile al sito: <https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/1-2022-1.-Bilancia.pdf>.

28 E. CHITI, *Guerra e diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, 293-297.

29 A. BARONE, *Emergenza bellica, sicurezza energetica e tutela ambientale*, cit.

30 Sul tema già A. BARONE, *Introduzione. La regolazione giuridica del rischio*, cit.

31 M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, cit.

32 M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, cit. Ma si veda anche tutta la bibliografia in materia di vigilanza bancaria europea, fra cui in particolare si richiamano: L. TORCHIA, *L'unione bancaria europea: un approccio continentale?*, consultabile al sito www.irpa.eu; AA.VV., *L'Unione europea e le crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 617-790; AA.VV., *L'Unione bancaria europea*, M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), Pisa, 2016; AA.VV., *Scritti sull'Unione Bancaria*, in *Quaderni di Ricerca giuridica*, R. D'AMBROSIO (a cura di), Banca d'Italia, n. 81/2016; MACCHIA M., *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Università degli Studi di Trento, 2020; M.P. CHITI, *L'Unione Bancaria Europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, in *Dir. Amm.*, 3/2021, p. 506 ss.; A. BARONE - G. DRAGO, *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Luiss University press, 2022; AA.VV., *Il Meccanismo Unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, A. MAGLIARI (a cura di), ES, Napoli, 2024 e infine, se si vuole, R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.

quilibrio finanziario cui sono sottoposti dal 2012 gli enti locali per evitare il rischio di dissesto), micro e macro economici, alla gestione del rischio corruzione e oggi, alla gestione di rischi informatici e all'uso dell'intelligenza artificiale³³.

Le ragioni della traccimazione del rischio negli ambiti più disparati dell'ordinamento sono correlate alla trasversalità e alla sistematicità dei fattori di rischio da gestire.

La necessità di gestire rischi sistemici ha, negli ultimi anni, profondamente messo in discussione il modello di regolazione consolidatosi a partire dagli anni '90 del secolo scorso, essendosi rivelato insufficiente e inefficace il c.d. modello di Stato regolatore.

Infatti, diretta conseguenza della *vis expansiva* del rischio è stata la forte anticipazione dell'intervento pubblico nell'economia e, più in generale, nel tessuto sociale collegato all'economia (pensiamo alla gestione del rischio corruzione, del rischio riciclaggio³⁴), nonché la maggiore ingerenza della funzione di regolazione sulle attività regolate.

A partire dal 2011, infatti, si è assistito a un rifiorire d'interventi pubblici in economia, più o meno invasivi, che hanno portato a parlare di Stato salvatore³⁵, con particolare riferimento alla temporanea revisione della disciplina in materia di aiuti di Stato, e poi, più di recente, di Stato promotore³⁶.

33 Sulla digitalizzazione e sulla gestione dei rischi che potrebbero derivare dall'uso dell'intelligenza artificiale: A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008; Id., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, 2020; ID., *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1376; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf. inf.*, 2015, 256; A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli, 2017, 111; G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale amministrativa tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023. Per un quadro d'insieme si veda altresì: L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

34 C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023.

35 Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, 2020/C 91 I/01, Guue, 20.3.2020, 1 - 9. Più in generale, sui temi: C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo (e provvisorio) bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 766 ss.; per una ricostruzione delle misure pubbliche adottate a sostegno delle imprese, cfr.: AA.VV., *Il sostegno pubblico alle imprese, oggi*, G. MOCAVINI, V. TURCHINI (a cura di), con il coordinamento scientifico di F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, consultabile al sito https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2021/01/Mocavini_Turchini_Sostegno-alle-imprese-def-4-21.pdf.

36 AA.VV., *Lo stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2021; C. FRANCHINI, *L'intervento*

Si ricorda che tali interventi regolatori sono stati giustificati al fine di attenuare l'impatto economico e sociale della pandemia³⁷. Infatti, nell'immediatezza dell'emergenza pandemica, si è proceduto alla sospensione del Patto di stabilità e crescita, è stata concessa agli Stati la possibilità di accedere a nuove linee di credito del Meccanismo europeo di stabilità (MES)³⁸ per il finanziamento delle spese sanitarie correlate all'emergenza³⁹, si sono sospese le restrizioni agli aiuti di Stato⁴⁰.

Successivamente, gestita la fase emergenziale, l'Unione europea ha predisposto un piano straordinario per la ripresa socio-economica europea, denominato *Next Generation Eu*⁴¹, con cui è stato istituito un fondo temporaneo – il c.d. *Recovery Fund* – per sostenere e rilanciare le economie degli Stati membri dell'Unione duramente colpite dall'emergenza pandemica, attraverso l'attuazione d'investimenti e di riforme amministrative strutturali, bensì anche incentivando gli investimenti privati⁴². Ciò ha portato i singoli Stati ad elaborare dei Piani nazionali di ripresa e resilienza⁴³ in cui dare atto degli investimenti e delle

pubblico di contrasto alla povertà, ES, Napoli, 2021

37 S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2021.

38 M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2017, 623 ss.; ID., *Politiche di bilancio e vincoli europei*, in *Il dir. dell'economia*, 3, 2023, 51 ss.; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 461; A. CASSATELLA, *Meccanismo europeo di stabilità e Recovery and Resilience Facility quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo*, in *Il dir. dell'economia*, 3, 2023, 11 ss.

39 Si consulti il sito: <https://www.europarl.europa.eu/italy/it/succede-al-pe/il-mes-manuale-per-l-uso>.

40 Si v. bibliografia alla nota 33.

41 F. FABBRINI, *Next Generation Eu. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Il Mulino, Bologna, 2022; si veda altresì l'ampio dibattito avviato in merito al *Next Generation Eu* sul forum AIPDA – Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, consultabile al sito <https://www.aipda.it/forum/>; G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, cit., p. 147 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2022, 5 ss. che i ricorda i due grandi miracoli economici italiani del novecento, uno il decollo industriale dell'età giolittiana, l'altro, nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, come esempi positivi del contributo che l'intervento pubblico statale può dare all'economia.

42 Cfr. il sito della Commissione Europea: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_it.

43 Il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) italiano è stato valutato positivamente dalla Commissione Europea nel giugno 2021 e, dunque, definitivamente approvato con decisione di esecuzione del Consiglio UE nel luglio 2021. Per consultare tali atti si veda il sito: <https://www.italiadomani.gov.it/it/home.html>. Sul PNRR: L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Rassegna*, 2020, p. 1 ss.; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo d'inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, p. 1 ss.; ID., *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Luiss Law rev.*, 2021, p. 92 ss.; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2021, p. 689 ss.; A.

riforme strutturali da attuare grazie all'utilizzo dei fondi europei, predefinendo obiettivi e traguardi da raggiungere.

Il ricorso alle sovvenzioni europee e agli strumenti di pianificazione per la realizzazione di un'economia più dinamica, competitiva, innovativa ma anche più inclusiva e sostenibile, ha rilanciato il modello di uno Stato che non scompare, ma si pone a diretto servizio dell'economia di mercato⁴⁴.

La necessità di un intervento pubblico nell'economia più diretto e pervasivo, fortemente avvertita in questi anni di grave crisi sanitaria, economico-finanziaria e, poi, bellica ma anche energetica, ha fatto emergere nuove esigenze: indirizzare l'azione pubblica verso obiettivi di sostegno di interesse generale, ma anche, orientare le risorse finanziarie, divenute ormai scarse, in maniera veloce ed efficiente verso misure atte a favorire la crescita economica⁴⁵.

Si è radicata una nuova consapevolezza sull'importanza dell'intervento pubblico per il rilancio economico del Paese⁴⁶, sul presupposto che sia illusorio pensare che il mercato sia in grado di trovare da solo soluzioni adeguate⁴⁷.

Tuttavia, il riconoscimento di questo rinnovato protagonismo dello Stato nel mercato⁴⁸, necessario per il rilancio economico del Paese, è stato accompagnato dal bisogno stringente di fugare rischi di degenerazioni politiche, di devianze ed eccessi d'intrusione dei poteri pubblici nell'economia che, di fatto, avrebbero potuto compromettere quel sano dinamismo concorrenziale e scoraggiare gli investimenti e le innovazioni del settore privato⁴⁹.

I recenti interventi regolatori sono espressione del bisogno di ricercare un nuovo equilibrio fra potere pubblico e mercato, nel tentativo di comprendere

AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, p. 298 ss.

44 G. TROPEA, *PNRR e governabilità neoliberale: una linea di continuità?*, in *Forum Next Generation EU*, AIPDA, 29 ottobre 2021, in particolare pp. 5 e 6; A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020.

45 A. TONOLETTI, *Lo Stato Promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, p. 573 ss.

46 Per una visione d'insieme sul ruolo dello Stato in economia, di recente, si veda: C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale, diritto europeo e diritto globale*, ES, Napoli, 2020.

47 G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, Il Mulino, 2022.

48 A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, p. 581 ss.

49 A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, cit., p. 582; G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit.; G. TROPEA, *PNRR e governabilità neoliberale: una linea di continuità?*, in *Munera*, 1, 2022 19 ss.

come essi possano proficuamente interagire a garanzia di un effettivo rilancio economico e sociale.

A differenza del passato, lo Stato è stato chiamato a farsi promotore⁵⁰ della crescita economica, a potenziare la libera iniziativa economica privata, senza fagocitarla né sacrificarla.

Si è rafforzata l'idea di una presenza pubblica forte nell'economia, capace di offrire un contributo effettivo alla ripresa economica e alla prosperità sociale⁵¹.

Gli anni della crisi finanziaria, dell'emergenza pandemica, dell'emergenza bellica e conseguente crisi energetica, dunque, ci hanno insegnato due cose rilevanti.

La prima, che non ci si può trincerare dietro un solo modello di Stato che valga sempre e in ogni contesto come modello di regolazione efficiente, perché la dinamicità e l'instabilità del mercato, in uno con la crescente interoperabilità e fluidità ordinamentale per via prima della globalizzazione e oggi, a maggior ragione – come meglio si dirà – della digitalizzazione, richiedono un sistema regolatorio flessibile, capace di adattarsi alle esigenze di contesto e di recepire le transizioni in atto in ambito economico e sociale al fine di assicurare una tendenziale stabilità sistemica, ordinamentale.

La seconda, che nella società contemporanea i rischi non solo si presentano sistemici, perché capaci di generare esternalità negative nel sistema giuridico, perché spesso correlati fra loro in una logica circolare o trasversale, capaci di colpire differenti settori della società, del mercato, dell'ordinamento, bensì che tali rischi sono immanenti e totalizzanti⁵².

Ciò si spiega in ragione del fatto che essi sono consustanziali alla società contemporanea, sono espressione degli strumenti, dei mezzi, delle attività ordinariamente messi in campo dalla società, ma anche frutto – spesso – di scelte politiche inadeguate⁵³.

Semplificando, tali rischi sono manifestazione diretta della società con-

50 F. BASSANINI, G. NAPOLITANO e L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2021.

51 M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, cit., p. 8.

52 U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Mondadori, 2023.

53 E. FREDIANI, *Attività amministrativa e capri espiatori. Scenari*, Mucchi editore, Milano, 2024.

temporanea⁵⁴.

Pertanto, per quanto i rischi sistemici possano anche essere correlati a una situazione emergenziale, la gestione dei medesimi non si esaurisce e non coincide con la gestione dell'emergenza se non nell'immediatezza, nell'urgenza di porvi rimedio nella fase acuta della crisi, della destabilizzazione sistemica provocata dal loro verificarsi *ex abrupto*. Spesso la situazione emergenziale, che sottopone a prove di stress la stabilità ordinamentale, deriva dall'acuirsi di una crisi sistemica che è esito di rischi mal gestiti o non gestiti, o perché sottovalutati (si pensi alla crisi finanziaria globale derivata nel 2009 dal fallimento della banca *Lehman Brothers*) o perché ignorati (si pensi alla pandemia).

La regolazione precauzionale del rischio, pertanto, non può essere intesa come espressione di quel fenomeno patologico noto in dottrina come normalizzazione dell'emergenza⁵⁵, ma la stessa deve essere valorizzata per quel che è: una forma di regolazione efficiente, o meglio, una forma di amministrazione permanente, rivedibile e modulabile, capace di cogliere, recepire e gestire in maniera adeguata, dunque in maniera versatile e multiforme, i complessi rapporti intercorrenti fra Stato-società-mercato; una forma di regolazione resiliente, profondamente diversa rispetto a quella dello Stato regolatore sino ad oggi considerato come idealtipo della funzione regolatoria.

Tuttavia, affinché la regolazione giuridica del rischio non si trasformi, patologicamente e strumentalmente, in un meccanismo di giustificazione del

54 U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, 2000; Id., *La società globale del rischio*, Asterios, 2018 in cui l'A. partendo dal presupposto che la diversità, l'individualismo e lo scetticismo sono caratteristiche proprie della nostra cultura, ritiene necessario porre le basi di una nuova coesione sociale, di un nuovo cosmopolitismo. Egli, pertanto, incoraggia una sperimentazione politica tesa a creare una moralità globale di condivisione del rischio, nel tentativo di incentivare cambiamenti epocali per il benessere generale.

55 A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio sul potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011. Sul diritto amministrativo dell'emergenza, più in generale, senza pretesa di esaustività: Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, Giuffrè, 2006; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2005, 777; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, 44 ss.; A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 423 ss.; G. MARCHETTI, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *www.federalismi.it*, 8, 2022, 39 ss.; M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "Emergenza e Governo-Pubblica Amministrazione"*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 433 ss.; P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'Ircocervo*, 2021, 1, 109 ss.

diritto della paura⁵⁶, capace di comprimere diritti e libertà fondamentali dei cittadini in nome della sicurezza pubblica e/o a vantaggio dei poteri forti, specie privati, è necessario che la stessa sia espressione di una visione politica globale illuminata, in cui lo Stato, o più in generale, le istituzioni pubbliche – vivendo in una società digitale globalizzata che porta a un sistema delle fonti multilivello e alla costruzione di ordinamenti giuridici sempre più integrati fra loro – si facciano garanti dei valori della libertà e dell'uguaglianza nella prospettiva non già della sicurezza pubblica, bensì della sicurezza umana⁵⁷.

Le sfide della società contemporanea ci impongono di riflettere su un nuovo modello di Stato, necessario a governare la complessità: lo Stato garante dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini.

Questo modello di Stato non soppianta gli altri, ossia quelli dello Stato regolatore, dello Stato promotore, semplicemente ad essi si affianca, completandoli.

3. Le nuove frontiere della regolazione giuridica del rischio: tre settori emblematici

Le vicende degli ultimi anni ci hanno dimostrato che non si può più ritenere che nella gestione dei rapporti fra Stato, società e mercato l'unico modello di regolazione possibile sia quello dello Stato regolatore⁵⁸.

La natura diaframmatica della regolazione giuridica del rischio, improntata alla *flexsecurity*, è quella che consente un migliore recepimento delle sfide della società contemporanea.

Le caratteristiche che la connotano le consentono di adattarsi al contesto di riferimento, di evolversi e modularsi proporzionalmente alle esigenze concrete, senza snaturarsi, senza perdere i suoi tratti fondativi.

L'adattabilità, la flessibilità, la versatilità di questa funzione di regolazione le consentono di rappresentare non uno, ma diversi modelli di Stato (sia lo Sta-

⁵⁶ CASS R. SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

⁵⁷ In questa prospettiva: G. DE VIRGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, cit.; A. BARONE, *Emergenza bellica, sicurezza energetica e tutela ambientale*, cit.

⁵⁸ M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2018, 2-15.

to interventore, sia lo Stato promotore, finanche lo Stato conformatore⁵⁹, lo Stato garante dei diritti fondamentali) a seconda di quella che è la forma di intervento pubblico in economia reputata più efficiente, adeguata, proporzionata, in base al contesto di riferimento.

Per questo, la regolazione giuridica dei rischi sistemici richiede un approccio giuridico complesso, multilivello, plurale, sia sul piano verticale, per la pluralità delle amministrazioni coinvolte a livello sovra nazionale e nazionale, sia sul piano orizzontale, ossia per ciò attiene ai rapporti intercorrenti fra pubblico e privato nella co-gestione e oggi, nella co-regolazione, dei suddetti rischi.

Se questo è il sistema delle coordinate su cui poggia la regolazione giuridica del rischio, la forma della funzione varia in relazione a quelli che sono i fattori di contesto (interessi da perseguire, beni giuridici da tutelare).

È sufficiente prender d'esempio tre contesti emblematici, espressione della società contemporanea, governati (*recte*: disciplinati) attraverso la funzione di regolazione giuridica del rischio per comprendere come la stessa si manifesti in forme differenti a seconda del bene giuridico tutelato e dell'interesse primario individuato, generalmente un interesse pubblico prevalente che però viene elevato a interesse generale perché sintesi efficiente di interessi pubblici e privati convergenti, sincretici⁶⁰.

3.1. Le prospettive evolutive della governance multilivello dei rischi sistemici

Con riferimento al primo aspetto, quello della logica multilivello dell'amministrazione del rischio, un ambito in cui la *risk regulation* ha dato prova di metamorfosi, andando ben oltre la logica cooperativa della c.d. amministrazione a rete, tipica della gestione precauzionale dei rischi, è quello della vigilanza bancaria europea.

Nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria europea⁶¹, come noto,

59 Di Stato conformatore oggi si parla esplicitamente proprio in relazione alle politiche europee di transizione verde, ossia in relazione al Green new deal. Sul punto: D. BEVILACQUA, *Il Green new deal*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024; ID., *La normativa europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2022, 297 ss.

60 Un chiaro esempio si ha in uno dei tre ambiti che si esamineranno, la vigilanza bancaria europea. Per la bibliografia essenziale si rinvia alla nota n. 30).

61 AA.VV., *L'Unione bancaria europea*, M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), cit.; AA.VV., *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit.; MACCHIA M., *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, cit.; A.

innanzitutto si è assistito a una scissione fra funzione di regolazione in senso stretto, attribuita all'ABE – secondo quello che abbiamo individuato come l'idealtipo del modello di regolazione, lo Stato regolatore – e l'esercizio della funzione di vigilanza bancaria, di competenza della BCE, quale funzione di amministrazione attiva, funzione unitaria ma complessa, basata sulla logica della precauzione finanziaria, come tale espressione diretta della *risk regulation*.

Ciò è di per sé importante perché dimostra come la *risk regulation* sia qualcosa di profondamente differente dal modello di Stato regolatore, tanto da potersi eventualmente anche sganciare da esso, pur restando i due profili, ovviamente, strettamente coordinati fra loro.

E infatti, accanto alla funzione di regolazione generale, di competenza dell'ABE, alla BCE sono stati attribuiti penetranti poteri di conformazione dell'esercizio della funzione di vigilanza condotta dalle Autorità nazionali (NCAs). Si tratta di atti di *soft law* (come istruzioni, linee guida, gli indirizzi di policy, pareri, imposizione di standard di vigilanza reputati adeguati, etc. ...) capaci di sostanzarsi in una *crypto hard regulation*⁶².

Inoltre, per le materie di competenza esclusiva della BCE, il pesante accentramento della funzione di vigilanza bancaria in capo alla stessa ha portato a inediti meccanismi di integrazione amministrativa⁶³, così avanzati, da aver dato vita a un vero e proprio procedimento amministrativo europeo di vigilanza, una sorta di entità unitaria in cui l'attività delle autorità nazionali risulta interamente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse generale alla stabilità finanziaria europea⁶⁴.

MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit.; M.P. CHITI, *L'Unione Bancaria Europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, cit.; A. BARONE - G. DRAGO, *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, cit.; AA.VV., *Il Meccanismo Unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, cit. e infine, se si vuole, R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.

62 M. RAMAJOLI, *Self-regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2, 2016, 53 ss. Con specifico riferimento del fenomeno alla vigilanza bancaria europea: F. CIMBALI, R. DAGOSTINO, *L'ordinamento amministrativo nel pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2, 2024, 439 ss.

63 Non ci si può soffermare sulla complessità dei meccanismi di integrazione amministrativa messi in campo con la funzione di vigilanza bancaria europea, pertanto si rinvia alla bibliografia di riferimento sul punto, indicata nelle note che precedono.

64 R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2, 2024, 323 ss.

Sempre in riferimento alla governance multilivello dei rischi, un altro settore che può essere preso ad esempio è quello del governo delle transizioni ambientali.

Come noto, la gestione dei rischi ambientali, climatici, energetici, da sempre, è l'emblema della *risk regulation* e della *governance* multilivello.

Tuttavia, anche in questo ambito si assiste ad una evoluzione, una nuova dimensione della manifestazione della funzione di regolazione⁶⁵.

Si allude, in particolare, alla normativa europea sul clima, ossia al complessivo progetto regolatorio avviato dalla Commissione europea con la sua Comunicazione del dicembre 2019⁶⁶, con cui l'Unione Europea ha inteso porre le basi per una innovativa strategia d'indirizzo, finalizzata a implementare il tradizionale modello di sviluppo economico sostenibile secondo una prospettiva d'avanguardia, progressista, della neutralità climatica: il Green New Deal⁶⁷.

Come per la vigilanza bancaria europea, anch'esso s'innesta sulla scia del modello dello Stato promotore⁶⁸, spingendosi anche oltre, addirittura verso un modello di Stato conformatore.

Tuttavia, si atteggia in maniera diametralmente opposta rispetto alla prima, segno evidente della modulabilità della medesima funzione, quella della regolazione giuridica del rischio, a seconda dell'obiettivo politico perseguito.

65 E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quadrimestrale dell'ambiente*, 3, 2021, 130 ss.; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, cit.

66 Commissione Europea, Comunicazione 2019/C 209/01, Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima, del 20 giugno 2019. Per la ricostruzione della *roadmap* delle politiche europee sul clima, a partire dal 2019, si veda il sito: <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/climate-change/eu-climate-action/>.

67 E. CHITI, D. BEVILACQUA, *Green deal. Come costruire una nuova Europa*, Il Mulino, Bologna, 2024; D. BEVILACQUA, *Il Green new deal*, cit.; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, 4 ss., E. CHITI, Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, 9 ss. Si vedano anche P. CUCUMILE, *Il «Green Deal» europeo*, in www.ambientediritto.it, 2021, 391 ss.; S. CAVALIERE, *Il progetto «Green New Deal» e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Dir. pubbl. eu*, Rassegna online, 2020, 10 ss. Per un esame delle implicazioni rispetto al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, 198 ss.

68 F. BASSANINI, G. NAPOLITANO e L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, cit.; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, cit.

E infatti, se con la funzione di vigilanza bancaria europea si è puntato sull'accentramento a livello europeo della funzione di governance dei rischi finanziari, con il Green New Deal il legislatore europeo si è limitato a una funzione regolatoria d'indirizzo, lasciando ai singoli Stati, ma soprattutto alle articolazioni territoriali interne a essi, ampia discrezionalità nell'individuazione delle specifiche misure da attuare.

Sebbene, a prima vista, l'approccio parrebbe essere quello più tradizionale del diritto amministrativo europeo, della *multilevel governance*, in cui spetta ai singoli Stati membri dare esecuzione alla normativa europea, limitandosi questa a porre una cornice regolatoria di principio, questo pacchetto regolatorio esaspera la logica multilivello nella prospettiva globale.

E invero, in riferimento a questo specifico profilo della *governance* multilivello, il tratto caratterizzante la normativa europea sul clima e il Green New Deal è stato individuato nel ruolo di mediatore, fra politiche globali e locali, che l'Unione europea si è attribuita, per favorire il processo di *global governance* nel settore in parola⁶⁹.

Per farsi garante dell'effettività di questa strategia, l'Unione europea non si è limitata a svolgere un ruolo d'indirizzo strategico attraverso gli atti di regolazione, competendo ad essa la funzione di monitoraggio e controllo sull'operato dei singoli Stati, dalla regolazione di dettaglio alle singole misure da questi adottate.

Questa fase – come noto – è centrale nella regolazione giuridica del rischio, anche in funzione della rivedibilità delle misure, che, pertanto, nel caso di specie, potrebbero essere etero-imposte con possibile compressione della discrezionalità amministrativa delle autorità nazionali in fase di riesame delle stesse.

A tal proposito, bisogna però specificare che l'Unione europea non è titolare di misure sanzionatorie o di strumenti di conformazione diretta del potere statale, intervenendo piuttosto con *soft power*, con misure espressione della *nudge regulation*⁷⁰, capaci di stimolare momenti di dialogo con le amministrazioni na-

69 E. CHITI, D. BEVILACQUA, Green deal, cit.; D. BEVILACQUA, *Il Green new deal*, cit.;

70 A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, ES, Napoli, 2021.

zionali e locali in funzione della rivedibilità dell'adeguatezza e idoneità della misura prescelta.

E in questo, emerge un profilo comune alla vigilanza bancaria europea, che è quello di una *soft regulation* capace di trasformarsi in una *crypto hard regulation* per il perseguimento di interessi generali sovranazionali o piuttosto, globali.

Ultimo ambito oggetto di analisi, è quello relativo alla gestione dei rischi informatici, alla gestione dei rischi che derivano dalla digitalizzazione, dall'uso dell'intelligenza artificiale.

Anche in questo ambito, trattandosi di sfide globali che la moderna società del rischio oggi pone innanzitutto ai singoli Stati, al modello di sovranità⁷¹ in auge, si è assistito a una implementazione della funzione di regolazione del rischio.

Innanzitutto vi è stata una vera e propria corsa alla regolamentazione da parte del legislatore europeo nel tentativo di imbrigliare i c.d. poteri forti, quelli delle piattaforme informatiche (c.d. big five)⁷².

D'altro canto, la prospettiva che sembra emergere nitidamente è quella del rafforzamento della normativa europea, della incisività della stessa su quella nazionale, della predilezione dei regolamenti rispetto alle direttive (basti pensare al GDPR che ha sostituito la precedente direttiva UE del 1995), nel tentativo di dar vita a un sistema giuridico europeo il più uniforme possibile.

Basti ricordare: il Regolamento UE 2022/1925 sui mercati digitali (c.d.

71 L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit.; ID., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Riv. trim. di cultura e politica*, 2024, 1, 14-33; ID., *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2024, 729 ss.; nonché B. MARCHETTI, *L'amministrazione digitale*, in *Funzioni amministrative*, B.G. MATTARELLA - M. RAMAJOLI (a cura di), *Enc. Dir., I tematici*, vol. III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 75-109; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2022, 809 ss. Altresi: Osservatorio sullo Stato Digitale, www.irpa.eu.

72 G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, 1085 ss.; L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Cost.*, 3, 2023, 1453 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, 739 ss.; F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2, 2021, 238 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2023, 287 ss.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. Dir., I tematici*, V, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 1008 ss.; S. DEL GATTO, *La governance delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di self regulation. Il caso del riconoscimento facciale*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1, 2023, 37 ss.; M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2024, 857 ss.; B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione Europea e il ruolo della Commissione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2024, 1097 ss.

D.M.A.), volto a regolamentare i rapporti fra imprese che forniscono servizi di piattaforma e imprese che erogano servizi digitali; il Regolamento UE 2022/2065 in materia di mercato unico dei servizi digitali (c.d. D.S.A.), proteso a garantire la creazione di un ambiente on line sicuro, per la protezione dei dati personali in correlazione alle dinamiche concorrenziali; il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (Regolamento UE 2024/1689, c.d. IA Act); il Regolamento UE 2022/868 sulla Governance europea dei dati; il GDPR (Regolamento 2016/679); nonché la normativa in materia di cyber sicurezza (il Regolamento UE n. 2019/881 (c.d. *Cybersecurity act*), nonché il *Cyber Resilience Act*, (Regolamento Europeo n. 2024/2847 c.d. CRA), o si pensi ancora al DO-RA (*Digital Operational Resilience Act*, ossia il Regolamento 2022/2554/UE per la resilienza operativa digitale per il settore finanziario).

3.2. *Le prospettive evolutive della governance orizzontale dei rischi sistemici*

Con riferimento invece alla governance orizzontale del rischio, ossia al rapporto pubblico-privato nella gestione dei rischi, ciascuno dei tre settori esaminati presenta delle peculiarità sebbene quello che ha profili di maggiore interesse è il terzo, quello relativo alla gestione dei rischi informatici e digitali, per la logica cooperativa che il sistema regolatorio sta cercando di avviare con i privati, stimolando processi virtuosi di *responsive regulation*.

Certamente è possibile intravedere un *file rouge*, una linea comune a tutti gli ambiti, sebbene vi siano poi variazioni nei profili di manifestazione della co-gestione dei rischi.

Ciò che caratterizza la *risk regulation* nei rapporti orizzontali è l'imposizione di una serie di obblighi di comportamento a carico delle imprese, degli operatori economici privati, che incidono profondamente sulla stessa libertà d'impresa⁷³.

È vero *in primis* per la vigilanza bancaria europea, in cui si assiste a una evidente compressione della discrezionalità organizzativa e gestionale dei singoli enti creditizi, in nome del perseguimento del superiore interesse della stabilità

⁷³ A. BARONE, *L'amministrazione del rischio*, in *Diritto pubblico per l'economia e gli studi sociali*, cit., 404; ID., *Sicurezza energetica*, cit.

finanziaria.

La trascinazione di regole pubblicistiche nell'ordinamento creditizio – primo fra tutti il principio della precauzione finanziaria che dovrebbe guidare le scelte organizzative e gestionali degli enti creditizi – in uno con i penetranti poteri autoritativi spettanti alla BCE non puntano, però, come accaduto in passato, alla diretta funzionalizzazione dell'attività d'impresa bancaria, piuttosto vorrebbero stimolare processi organizzativi e gestionali virtuosi che gli enti creditizi sono chiamati ad attuare e su cui le BCE è tenuta a vigilare.

In questo senso possiamo sostenere che la vigilanza bancaria si presenta come una funzione di *co-tutorship*⁷⁴.

La funzione di vigilanza bancaria europea è infatti caratterizzata da notevole flessibilità, in quanto, è strutturata in relazione alle specifiche condizioni dell'ente (si pensi al rilievo che assume l'assetto organizzativo dell'ente, il sistema di *governance* interno, il programma delle attività, da valutarsi in termini di adeguatezza sia tecnica sia patrimoniale, il capitale versato, la forma societaria, elementi atti a valutarne la stabilità economico-finanziaria).

La pervasività degli effetti dell'esercizio di tale funzione è inversamente proporzionale all'adeguatezza, all'idoneità, o alla congruenza delle scelte operate dall'ente creditizio in funzione del perseguimento della stabilità finanziaria.

La funzione di vigilanza bancaria, infatti, pone in un rapporto inversamente proporzionale l'esercizio del potere pubblico rispetto al sistema economico, decrescendo l'incidenza dei poteri pubblici sull'attività creditizia in ragione del grado di conformità e coerenza operativa dell'ente non solo rispetto ai parametri normativi posti dalla regolazione bancaria, bensì anche rispetto agli standard di vigilanza prefissati dalla BCE⁷⁵.

Con la funzione di vigilanza bancaria si crea, dunque, un rapporto giuridico amministrativo complesso e dinamico⁷⁶ fra Autorità pubblica, titolare del potere di vigilanza, ed ente creditizio, investendo essa ogni aspetto della vita,

⁷⁴ R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.

⁷⁵ M.P. CHITI - M. MACCHIA - A. MAGLIARI, *The Principle of Proportionality and the European Central Bank*, in *European Public Law*, 26, 2020, n. 3 (Part. I) e n. 4 (Part. II), rispettivamente 643 ss. e 843 ss.

⁷⁶ Sul rapporto giuridico amministrativo, in generale: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022; E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in www.giustamm.it, 30 dicembre 2017.

dall'organizzazione all'attività, fino al momento della crisi, dell'ente creditizio (si pensi alle misure c.d. di *early intervention*).

Per questo la funzione di vigilanza si presenta come una funzione continuativa, c.d. *ongoing*, di carattere globale.

Il che è giustificato dalla forte interdipendenza esistente fra interessi pubblici e privati⁷⁷, che sono stati chiamati a sublimarsi nell'interesse pubblico comunitario preminente, eletto a interesse generale, ossia quello della stabilità finanziaria europea.

Infatti, il perseguimento dell'interesse alla solidità finanziaria dell'ente creditizio, quale interesse privato, è stato elevato a interesse pubblico perché il perseguimento dello stesso è strumentale al perseguimento di un ulteriore interesse pubblico primario: la stabilità finanziaria europea.

Proprio il rapporto di presupposizione che intercorre fra esercizio virtuoso dell'attività creditizia e stabilità finanziaria europea ha giustificato un più marcato interventismo pubblico nel settore del credito, essendosi rivelata insufficiente l'attività di regolazione in senso stretto (o tradizionale, se si preferisce) per governare rischi finanziari sistemici.

Anche in riferimento alla gestione dei rischi da ignoto tecnologico⁷⁸ a tutela dell'ambiente, della sicurezza energetica, della sicurezza alimentare, a maggior ragione oggi nella visione avanguardista del Green New Deal, si assiste a un'importante compressione (*recte*: conformazione) dell'esercizio dell'attività d'impresa per il perseguimento di interessi generali.

In questo particolare ambito, le imprese sono chiamate a partecipare attivamente al processo di transizione ecologica come protagoniste del cambiamento, sia adeguando i propri comportamenti agli obiettivi della neutralità climatica, della tutela dell'ecosistema, dell'ambiente, della salute umana, sia partecipando al momento regolatorio non più come semplici destinatari delle politiche pubbliche, ma quali co-regolatori.

⁷⁷ Come dimostrato dalla forte interdipendenza esistente fra finanza pubblica e finanza privata, che ha giustificato, in un momento di crisi, una forte ri-espansione del potere pubblico nel mercato del credito, destinata evidentemente a permanere nel tempo, sul presupposto dell'ineludibile rilevanza giuridica pubblica dell'attività creditizia e nella prospettiva di assicurare stabilità sistemica.

⁷⁸ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.

Non a caso la dottrina parla oggi di amministrazione circolare⁷⁹, proprio per valorizzare l'importanza del dialogo che pubblico e privato devono tessere nella scelta delle migliori azioni da intraprendere per il perseguimento degli obiettivi posti dalla transizione ecologica.

Pertanto, in riferimento alle imprese, la logica cooperativa per la gestione dei rischi non si manifesta nel segno della volontarietà, della spontaneità dell'approccio partecipativo, come invece generalmente avviene per i privati cittadini (pensiamo al *débat public*⁸⁰), piuttosto sotto la logica stringente della doverosità.

Infatti, è stato giustamente evidenziato in dottrina⁸¹, che la logica del profitto, da sola, non può più bastare a contraddistinguere l'attività d'impresa.

Sempre più spesso si chiede agli operatori economici, alle imprese, ai c.d. poteri privati, un approccio doverosamente cooperativo all'insegna del perseguimento di finalità d'interesse generale, che trascendono la logica puramente egoistica, individualistica, lucrativa dell'attività d'impresa.

In determinati settori, infatti, la cointeressenza, il sincretismo fra interessi pubblici e privati, come accade per l'ordinamento del credito, o piuttosto la presenza di interessi primari come la tutela dell'ambiente, della salute, dei diritti fondamentali, non consentono più allo stato semplicemente di "stare a guardare" il libero gioco del mercato, intervenendo solo *ex post* con ammonizioni (*recte*: sanzioni) in caso di comportamenti scorretti.

Il sincretismo amministrativo e il rapporto di presupposizione che lega a doppio filo interessi pubblici e privati in determinati settori dell'ordinamento giuridico, o il bisogno di garantire il perseguimento d'interessi generali espressione di valori primari, impongono una logica cooperativa fra i diversi attori, con conseguente espansione delle funzioni di amministrazione attiva – da un lato – e imposizione di una serie di obblighi, positivi o negativi, a carico degli operatori economici.

79 D. BEVILACQUA, *Il Green new deal*, cit.

80 A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2018, 1; M. TIMO, *Il dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture fra codice italiano dei contratti e code de l'environnement francese*, in *DPCE online*, 2, 2019; B. MARSILI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti tra democrazia partecipativa tempo e risultati*, in *CERIPAD*, 3, 2024.

81 A. BARONE, *L'amministrazione del rischio*, in *Diritto pubblico per l'economia e gli studi sociali*, cit., 405.

Questo non significa voler tornare al passato, al riconoscimento della natura pubblica dell'impresa o a una sua funzionalizzazione, piuttosto volgere lo sguardo verso il futuro, valorizzando il contesto storico e socio-economico in cui le imprese operano.

Tuttavia, per meglio chiarire quanto si sta sostenendo, è bene fare delle precisazioni.

Mentre nel campo puramente economico, come quello della finanza o della vigilanza bancaria, la logica sincretica si inverte nell'imposizione di obblighi di fare o non fare a carico delle imprese che inevitabilmente circoscrivono e limitano i margini di libertà dell'esercizio dell'attività d'impresa nella prospettiva del raggiungimento dell'ottimo paretiano fra interessi economici pubblici e privati fra loro interconnessi – il che chiaramente non coincide con la massimizzazione dell'interesse privato, cosa garantita dalla logica lucrativa pura e dal libero mercato – diversamente, quando sono in gioco valori e interessi di rango primario, come la tutela dei diritti umani, della salute, dell'ambiente, degli interessi intergenerazionali⁸², agli operatori economici si chiede molto di più.

Non si tratta semplicemente di rispettare una serie più o meno incisiva di obblighi di conformazione (ma non di funzionalizzazione! – è questa la differenza rispetto al passato perché il fine non è il perseguimento di un interesse pubblico primario bensì di un interesse generale comune a entrambi, soggetti pubblici e privati) bensì di assumere un ruolo pro-attivo nella promozione, nel perseguimento di tali valori, affiancando le istituzioni pubbliche in questo compito.

Ciò sul presupposto per cui non sia più possibile demandare alle sole istituzioni il ruolo di garanti dei diritti e delle libertà fondamentali.

Tale considerazione deriva dalla semplice constatazione per cui sono chiamati a rivestire una posizione di garanzia tutti coloro che si trovano nella titolarità di un potere (dal datore di lavoro – pensiamo al rispetto della normativa in materia di sicurezza, all'impresa che opera nel settore ambientale, nel settore energetico, alle piattaforme digitali che maneggiano dati sensibili, ai forn-

82 F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Il dir. dell'economia*, 2021, 55-69, ma si veda più in generale anche: AA.VV., *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, P. PANTALONE (a cura di), in *Il dir. dell'economia*, 2021, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021.

tori, ai *deployers* che operano attraverso strumenti di intelligenza artificiale).

È la presa di coscienza della impellente necessità di valorizzazione della logica antropocentrica, che inizia a permeare di sé le maglie dell'ordinamento giuridico, prima fra tutte la funzione di regolazione.

Ne è esempio emblematico il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale che vuole essere – probabilmente – un primo esperimento, un tentativo avanzato di co-regolazione giuridica del rischio, di una regolazione giuridica integrata, cooperativa, protesa a realizzare un sistema di gestione dei rischi costituito da un processo iterativo, continuo, pianificato, periodicamente rivedibile, esito di un lavoro di “*brainstorming*” fra operatori pubblici, privati ed esperti.

Il tutto, lo si ribadisce, nella prospettiva della sicurezza umana, della valorizzazione della logica antropocentrica.

E invero, partendo dal presupposto della trasversalità dell'uso degli strumenti di IA nei più disparati settori dell'ordinamento giuridico, economico, sociale e, dunque, della vita di ciascuno di noi, questo regolamento tenta di coniugare innovazione e progresso, da un lato, tutela della sicurezza umana dall'altro (si leggano i primi considerando in particolare da 1 a 8).

Attraverso un approccio regolatorio flessibile, chiaramente improntato alla gestione dei rischi, declinati secondo una scala di valore crescente⁸³, il regolamento pone divieti, obblighi, regole di classificazione delle attività, specifiche misure organizzative e gestionali appropriate al grado di rischio opportunamente individuato, che gli operatori saranno chiamati a rispettare, nel tentativo di sostenere soluzioni regolatorie innovative e consentire la creazione di un ecosistema europeo di attori pubblici e privati capaci di creare sistemi di IA in linea con i valori dell'Unione, coniugando tutela dei diritti fondamentali con il potenziale di crescita derivante dalla trasformazione digitale in tutte le regioni dell'Unione europea (cons. 65 IA Act).

Tale impostazione, che vuole incentivare un ruolo pro-attivo negli operatori economici nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali e degli interessi primari, non è il frutto di una visione troppo rosea di un'idealista, ma al contrario, la presa di coscienza della necessità di dare concretizzazione a un pre-

⁸³ Sono previsti infatti, quattro livelli di rischio (inaccettabili, elevati, limitati, minimi) in base all'impatto negativo che essi sono in grado di produrre per la sicurezza umana.

retto costituzionale che nell'attribuire la sovranità al popolo richiede, inevitabilmente, una responsabilizzazione dello stesso e l'imposizione di doveri di garanzia per la sicurezza umana «quale evoluzione del concetto di pubblica sicurezza ... connotata da un significato promozionale che investe direttamente l'uomo e le sue libertà»⁸⁴.

E questa prospettiva è tanto più vera oggi in cui i valori primari della sicurezza umana iniziano a permeare di sé, in maniera sempre più pervasiva, settori sino a ieri lontani da queste tematiche, come ad esempio sta accadendo anche per il settore bancario e finanziario.

Basti pensare alla recente inclusione del rischio climatico e ambientale quale specifica declinazione dei tradizionali rischi prudenziali, oggetto della politica di vigilanza della BCE⁸⁵.

Pertanto, nel caso in cui sono in gioco valori e interessi di rango primario, è sempre più avvertita oggi l'esigenza di una impresa che sia socialmente responsabile, che si sforzi porre al centro delle proprie azioni anche esigenze collegate allo sviluppo sociale, alla tutela dei beni e dei valori primari (come ambiente, energia)⁸⁶ oltre che al rispetto dei diritti fondamentali degli individui (come accade nel campo della digitalizzazione, sia esempio dirimente il recente regolamento sull'intelligenza artificiale).

Questa prospettiva apre a una nuova declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. perché tale principio, oggi, non è più confinato al privato sociale, al terzo settore, ma si rivolge sempre più spesso anche alle imprese⁸⁷.

La profonda socialità che connota la persona umana e la sua capacità di

⁸⁴ Così specificatamente: A. BARONE, *Emergenza bellica, sicurezza energetica e tutela ambientale*, manoscritto di prossima pubblicazione su *Dir. amm.*, 2, 2025.

⁸⁵ Sui temi: C. NICOLOSI, *L'inverdimento della vigilanza della BCE*, (manoscritto) di prossima pubblicazione in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2025.

⁸⁶ A. BARONE, op. ult. cit.

⁸⁷ Sia sufficiente pensare ai *compliance programs* previsti dal d.lgs. n. 231/2001 che le imprese sono chiamate, volontariamente, ad adottare. Sui temi A. BARONE, op. ult. cit., 406 ma sia consentito anche rinviare a R. DAGOSTINO, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella p.a.*, in *Dir. e soc.*, 1, 2022, 113 ss. In questa prospettiva, tesa a valorizzare il principio di sussidiarietà orizzontale, in riferimento proprio al Green new deal, cfr.: D. BEVILACQUA, *Il Green new deal*, cit., *passim*.

creare opportunità di crescita, di sviluppo sociale, spinge a valorizzare la dimensione propositiva, pro-attiva e inclusiva della sussidiarietà orizzontale, stimolando non solo la compartecipazione del privato sociale, della società civile all'azione amministrativa, nel perseguimento e nella realizzazione di un interesse generale, ordinamentale, bensì anche la responsabilità sociale dell'impresa.

I doveri di solidarietà fondanti il nostro ordinamento giuridico impongono una vera e propria chiamata in corresponsabilità del privato nel perseguimento di una finalità d'interesse generale, quando il fine ultimo perseguito è quello del benessere generale, della sicurezza umana.

È vero che ci si muove sul filo del rasoio, dato che il rischio di sconfinamento, di tracimazione delle regole pubblicistiche nel settore privatistico e di ibridazione fra pubblico e privato è elevato, potendo di fatto sfociare in una fatale compressione della libertà dell'iniziativa economica e dell'attività d'impresa.

Tuttavia, ciò non può scoraggiare, non potendosi rinunciare aprioristicamente alla ricerca di nuovi equilibri fra pubblico e privato specie quando, come nei casi in esame, il privato con cui l'amministrazione è chiamata a dialogare non è il c.d. soggetto debole e sprovveduto, bensì è esso stesso espressione di un (contro)potere forte, dinanzi al quale sono i poteri pubblici a scolorire.

Non a caso, proprio con riferimento al settore digitale e alle piattaforme inizia a profilarsi l'idea di un neo-mutualismo digitale come modello per lo sviluppo di una economia sociale e solidale a partire dal momento della condivisione e della interoperabilità dei dati⁸⁸.

La prospettiva verso cui la regolazione giuridica dei rischi digitali si sta muovendo è quella di cercare forme nuove di cooperazione fra pubblico e privato che siano di impatto sociale e di comunità.

L'obiettivo è quello di imbrigliare nel tessuto regolatorio pubblico l'attività dei grandi intermediari digitali, delle piattaforme, le quali hanno sinora operato in un contesto di de-regolazione digitale, avulso da qualsiasi forma di supervisione esterna, nella prospettiva antropocentrica della tutela della sicurezza umana.

88 A. BALDAZZINI, *Neo mutualismo e piattaforme digitali. Intervista a Paolo Venturi*, su *Pandora Rivista*, gennaio 2021.

Infatti, è stato sottolineato⁸⁹ che le piattaforme hanno un ruolo determinante nell'arena regolatoria, in quanto le stesse, attraverso la tecnologia influenzano i comportamenti degli utenti, atteggiandosi come regolatori privati. Le piattaforme hanno messo in campo forme di *self-regulation* o di *meta-regulation*, misure di autoregolazione basate su un sistema di fiducia reputazionale che, di fatto, creano un ordinamento giuridico sezionale, un sotto-ordinamento scevro però da controlli esterni sulla qualità dei prodotti, sui servizi offerti.

Tuttavia, il timore che le maglie della regolazione potessero intrappolare e soffocare l'innovazione, ha portato a preferire, in principio, l'approccio della *moral suasion*, imponendo l'adozione di codici di condotta, obblighi di *disclosure*.

Con l'adozione del Regolamento UE 2022/2065 (c.d. D.S.A.) e del Regolamento UE 2022/1925 (c.d. D.M.A.), invece, il legislatore europeo ha posto i primi tasselli per una co-regolazione responsabile, delineando una strategia di cooperazione fra soggetti pubblici, intermediari e *stakeholders* nella definizione di codici di condotta per motori di ricerca e piattaforme, proprio per la migliore gestione di rischi sistemici.

Si è tentato di avviare un vero e proprio dialogo regolatorio⁹⁰ in funzione di una *responsive regulation* così segnando un passaggio epocale che va dalla cattura del regolatore, alla *deregulation*, fino alla cattura del consenso dei soggetti regolati.

La dinamicità, la volatilità del mercato digitale richiede una regolazione giuridica molto flessibile e soprattutto preventiva che sia capace di incentivare strategie di *compliance*, stimolando meccanismi partecipativi fra soggetti pubblici e operatori privati, perché in questo ambito è ancor più evidente che si sia dinanzi a nome ad obsolescenza programmata.

Questa consapevolezza ha portato a spingere ancora più in avanti le frontiere della regolazione nell'ambito della digitalizzazione, tanto da intravedere forme di regolazione sperimentale che si basano sull'ausilio della tecnologia, dell'intelligenza artificiale, come i *sandbox* regolatori, gli *innovation hubs*.

Questi strumenti dovrebbero supportare il regolatore pubblico nell'indi-

89 L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisor nell'era digitale: ripensare la regolazione*, cit.

90 L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisor nell'era digitale: ripensare la regolazione*, cit., 1463.

viduazione di tempestive strategie di gestione dei rischi nel mercato digitale, attraverso forme progredite di monitoraggio che sfruttano l'intelligenza artificiale⁹¹, aprendo a una nuova dimensione della regolazione che opportunamente è stata definita regolazione algoritmica⁹².

4. La *risk regulation* come modello di *responsive governance* nella società globale del rischio

Le sfide che l'ordinamento giuridico è stato chiamato a raccogliere per la ripresa e la resilienza, per l'ammodernamento, per il rilancio della competitività e della produttività del sistema Paese, per affrontare la transizione amministrativa digitale, in funzione della ricerca di nuovi equilibri, di una nuova stabilità sistemica, ossia fra ordinamenti giuridici diversi, allargano gli orizzonti della riflessione sulle fondamenta stesse dell'ordinamento giuridico, sul concetto di sovranità, di cui la funzione di regolazione è diretta espressione.

L'avvertita esigenza di un ripensamento della funzione di regolazione, in chiave maggiormente efficientistica, ha portato a riflettere sui modelli di Stato correlati agli strumenti di regolazione, sino a far comprendere che il modello dello Stato regolatore non più essere oggi il solo modello di riferimento.

Sembra volgere al tramonto l'idea di un modello di regolazione economica limitato ai tradizionali compiti di promozione della concorrenza attraverso l'azione di una *single mission Authority*⁹³.

L'indagine condotta ci ha permesso di dimostrare che nella società contemporanea, esposta a rischi sistemici e permanenti, la *risk regulation* diviene l'idealtipo del modello regolatorio perché capace di mediare fra contrapposte esigenze: dinamismo regolatorio, *flexsecurity*, pluralità d'interessi in gioco e certezza del diritto nella prospettiva non solo della sicurezza pubblica, bensì della sicurezza umana.

La dinamicità, la versatilità, la riflessività della regolazione giuridica del rischio risponde alle moderne esigenze di uno Stato in transizione, di un ordi-

⁹¹In generale, sull'importanza dell'uso dell'intelligenza artificiale nella *risk regulation*, specie con riferimento alla fase del monitoraggio: A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *Erdal*, 1, 2020, consultabile on line al sito: www.erdalreview.eu.

⁹²L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, cit., 1471.

⁹³E. CHITI, D. BEVILACQUA, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, op.cit., 112.

namento che sappia adattarsi rapidamente al fluire degli eventi, prevedendoli, prevenendo e gestendo i cambiamenti alla luce delle migliori conoscenze disponibili, senza subirli passivamente.

La *risk regulation* come funzione adattiva e recettiva, capace di corrispondere a modelli differenti di Stato: lo Stato promotore, lo Stato tutore, lo Stato conformatore, lo Stato garante dei diritti e delle libertà fondamentali, avendo però sempre di mira, come fine ultimo, quello del benessere (dell'interesse) generale.

Questa esigenza è fortemente avvertita dallo stesso legislatore europeo (pensiamo all'accordo interistituzionale stipulato dalla Commissione Europea, dal Consiglio e dal Parlamento europeo «Legiferare meglio» del 13 aprile 2016) e italiano che, proprio in riferimento alla adozione di nuovi atti di regolazione per favorire la transizione ambientale, con il d.m. dell'8 luglio 2022 a cura del Ministro per le politiche giovanili, ha introdotto le linee guida per la valutazione dell'impatto generazionale delle politiche pubbliche, affiancando all'AIR (all'analisi d'impatto della regolazione)⁹⁴ la VIG, la valutazione di impatto della normazione sulle generazioni future.

L'obiettivo è quello del miglioramento della qualità della normazione attraverso un'analisi prospettica e preventiva dei possibili effetti ambientali, sociali e anche economici, derivanti dagli atti di regolazione di nuova emanazione, sulle generazioni future.

Pertanto, si tratterebbe di valutare l'impatto delle politiche, delle strategie, dei programmi, delle misure e degli investimenti pubblici degli Stati sui

⁹⁴ In generale, sull'istituto: AA. VV., *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, C.M. RADAELLI (a cura di), Rubettino Editore, 2001; S. CAVATORTO, A. LA SPINA, *L'analisi di impatto della regolazione nella recente esperienza italiana*, in *Riv. It. di Politiche Pubbliche*, 2002, 43 ss.; F. DE FRANCESCO, *L'Air nel processo di riforma della regolazione*, in *Riv. trim. di scienza dell'amm.*, 2000, 19 ss.; D. IELO, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2005, 289 ss.; A. LA SPINA, *L'analisi di impatto della regolazione: i caratteri distintivi, le tecniche, la ricezione in Italia*, in *Riv. Trim. scienze dell'amm.*, 2004, 11 ss.; L. CARBONE, *Analisi di impatto della regolazione*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), Il Sole 24 Ore, Milano, 2007; AA.VV. *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, A. NATALINI, F. SARPI, G. VESPERINI (a cura di), Roma, 2014 consultabile al sito www.eticapa.it; AA.VV., *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2017-2018, G. MAZZANTINI, N. RANGONE (a cura di), al sito www.astrid-online.it; M.B. ARMIENTO, *Regolazione soft dei mercati e qualità delle regole*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2022, 595. Si possono consultare altresì tutti gli annuali dell'Osservatorio AIR al sito <https://www.osservatorioair.it/it/annuario-dellosservatorio-air>.

giovani, sulle generazioni future, attraverso un'analisi a lungo termine degli interessi in gioco.

La *risk regulation* come procedimento di sintesi della complessità degli interessi in gioco, certamente non attraverso semplificazioni amministrative, piuttosto – sebbene possa sembrare un paradosso – mediante una implementazione del modello procedimentale partecipativo, dalla fase regolatoria in senso stretto, a quella amministrativa ed esecutiva, sembra essere indicata per assolvere questo compito.

La *risk regulation* sembra profilarsi come modello regolatorio ideale per il prossimo futuro, perché capace di manifestarsi con differenti gradi di intensità e pervasività nel tessuto economico e sociale a seconda delle esigenze perseguite. E ciò senza una rigidità permanente.

Il modello della *risk regulation* è un modello che certamente implementa, rafforza, espande le funzioni di amministrazione attiva, a fronte di una regolazione per principi, minimale.

A differenza del passato però, questo modello di regolazione non è unidirezionale e ottriato, bensì circolare, dinamico, cooperativo.

E infatti, sebbene sia innegabile che essa inveri nuove forme di interventismo pubblico nell'economia, essa è espressione di un rafforzamento dell'intervento pubblico non per il pubblico, come accadeva in passato – cioè per il perseguimento di un interesse pubblico primario, in virtù del quale si giustificava la funzionalizzazione dell'attività d'impresa – bensì per il perseguimento di finalità d'interesse generale.

Più in particolare, l'indagine svolta ci ha permesso di comprendere che si possono individuare almeno due macro aree in cui la *risk regulation* opera in tal senso, sebbene con modalità differenti d'incidenza sull'esercizio dell'attività d'impresa:

- la prima, è quella in cui sussiste una cointeressenza, una presupposizione, un sincretismo fra interessi economico-finanziari, pubblici e privati (come accade nel settore del credito);

- la seconda, è quella in cui l'attività economica privata ha riverberi (potrebbe cioè produrre esternalità negative) su diritti fondamentali o interessi primari.

Nel primo caso, la scelta regolatoria è frutto di una strategia cooperativa tendenzialmente protesa al perseguimento dell'ottimo paretiano fra interessi economico-finanziari pubblici e privati, una strategia sostanzialmente a somma zero in cui l'obiettivo è quello di garantire un tendenziale equilibrio fra finanza pubblica e privata.

In tal caso, la *risk regulation* si inverte in un rapporto giuridico amministrativo complesso fra poteri pubblici e imprese creditizie, in ragione del quale l'incidenza dei poteri pubblici sull'attività creditizia è inversamente proporzionale al grado di conformità e coerenza operativa dell'ente privato rispetto alle regole stabilite.

Come detto, però, i pur penetranti poteri autoritativi spettanti alle istituzioni pubbliche e, in particolare alla BCE non puntano, come accaduto in passato, alla diretta funzionalizzazione dell'attività d'impresa bancaria, piuttosto a stimolare processi organizzativi e gestionali virtuosi che gli enti creditizi sono chiamati ad attuare e su cui la BCE e le altre NCAs sono chiamate a vigilare.

Nel secondo caso, invece, la logica è ben più nobile, pregevole: coinvolgere, attraverso un vero e proprio processo di amministrazione circolare, gli operatori economici privati nel perseguimento di finalità d'interesse generale, a beneficio della sicurezza umana, anche intergenerazionale.

Pertanto, non si tratta più semplicemente di imporre obblighi o doveri di comportamento a carico degli operatori economici quali destinatari delle norme, bensì di responsabilizzare tali soggetti, attribuendogli un ruolo pro-attivo nella promozione, nel perseguimento di tali valori, affiancando le istituzioni pubbliche in questo compito.

È vero anche che questa finalità, in alcuni casi, passa attraverso il più mediocre (e sicuramente immediato) obiettivo di contenimento dei poteri privati forti.

Il che non deve scoraggiare.

Se quello della sicurezza umana, del rafforzamento della visione antropocentrica dell'ordinamento giuridico e dei suoi poteri sia un obiettivo utopistico solo il tempo potrà dimostrarlo. Ciò che è certo è che è un rischio necessario, che deve essere corso.

Concludendo, possiamo ritenere che la *risk regulation* si presenti come un

modello regolatorio versatile, adatto a fronteggiare rischi sistemici immanenti, espressione della società contemporanea.

Un sistema regolatorio che ha l'ambizione di essere integrato, inclusivo, capace di trasformare i destinatari delle regole negli attori protagonisti del cambiamento, responsabilizzandoli, tessendo un sistema dinamico, circolare, dialogico fra pubblico e privato, all'insegna della *responsive governance* e in alcuni casi – quelli in cui c'è in gioco la sicurezza umana – finanche spingendosi sino alla valorizzazione del principio del dovere d'intervento dei privati in sussidiarietà orizzontale solidale, secondo l'interpretazione evolutiva degli artt. 118, comma 4 e 2 della Cost.

Un modello regolatorio che sebbene inauguri nuove forme d'interventismo pubblico nel mercato e più in generale nei settori del tessuto sociale collegati al mercato, risponde alla necessità di governare una transizione che non è solo amministrativa o ordinamentale, bensì culturale e che richiede, pertanto, uno sforzo comune e coordinato fra poteri pubblici e privati.

Allo stato dell'arte, dunque, la *risk regulation*, probabilmente, sembra erigersi a modello regolatorio di riferimento per traghettare la società contemporanea verso nuovi orizzonti, alla ricerca di nuovi equilibri per una società più equa e prospera, che ponga l'uomo al centro dei diversi e interconnessi ecosistemi siano ambientali, digitali o economici.