

Vol. XV

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Vera Fanti, Università di Pescara; Christine Ferrari-Breeur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Marco Magri, Università di Ferrara; Andrea Maltoni, Università di Milano; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universitat Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Edoardo Caruso; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Alice De Nuccio; Viviana Di Capua; Biagio Gianluca Di Mauro; Andrea Gemmi; Cosimo Gravili; Aldo Iannotti Della Valle; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Marta Pecchioli; Nicoletta Pica; Antonio Saporito; Franco Sciarretta; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università di Roma "La Sapienza" (emerito); Fabio Giuseppe Angelini, Università Telematica Internazionale Uninettuno; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Antonella Brozzetti, Università di Siena; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio

Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre (emerito); Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University; Mariaconcetta D'Arienzo, Università di Napoli "Parthenope"; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Tamara Favaro, Università di Pisa; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Edoardo Giardino, Libera Univ. "Maria SS. Assunta" - LUMSA (Roma); Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Gruner, Univ. Telematica "Universitas MERCATORUM; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Salvatore La Porta, Università degli studi di Milano-Bicocca; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno; Aristide Police, Luiss Guido Carli; Pier Luigi Portaluri, Università del Salento; Michel Prieur, Université de Limoges; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Renato Rolli, Università della Calabria; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio di Benevento; Stefano Salvatore Scoca, Università di Teramo; Saverio Sticchi Damiani, Univ. Telematica PEGASO; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University Tokyo; Dirk Uwer, Freien Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Caterina Ventimiglia, Università di Palermo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Roma "Tor Vergata".

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D'Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press
Settore Biblioteche di Ateneo
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Rosa Calderazzi, Le ragioni di un'indagine sulla funzione di regolazione.....	1
Andrea Tucci, Regolazione del mercato e autonomia contrattuale.....	15
Michele Trimarchi, Note sull'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione.....	51
Laura Ammannati, La regolazione al tempo della sostenibilità e degli algoritmi.....	67
Massimiliano Bellavista, La Regolazione Giuridica oltre il modello delle Autorità Amministrative Indipendenti.....	89
Fabio G. Angelini, La regolazione degli attori digitali tra conformazione ai diritti fondamentali e preservazione della struttura concorrenziale dei mercati.....	113
Marco Macchia, La funzione europea di regolazione.....	173
Raffaella Dagostino, La funzione di regolazione in transizione per la governance di rischi sistemici immanenti.....	211
Marco Cappai, Bilanciare i principi di coerenza e certezza del diritto nella regolazione indipendente.....	245
Nicoletta Vettori, Regolazione dei mercati e concentrazione dei poteri delle Autorità indipendenti.....	277
Gianluca Romagnoli, La regolazione Consob cinquant'anni dopo.....	347
Giuseppe Drago, La regolazione del mercato bancario Europeo ad opera della Banca Centrale Europea.....	379
Rosa Calderazzi, La regolazione della Banca d'Italia.....	411
Pasquale Pantalone, Il materiale regolatorio dell'Anac tra attribuzioni espresse e manifestazioni implicite di indirizzo. Garanzie e limiti per la salvaguardia delle posizioni soggettive e della semplificazione del sistema.....	449
Luca R. Perfetti, The end of the beginning or the beginning of the end?.....	489

SEZIONE II

Andrea Carbone, A mo' di prime conclusioni. Sulla riflessione su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo.....	509
Carmine Maiorano, L'autodeterminazione quale coelemento che concorre alla genesi del regolamento degli interessi nei rapporti pubblici. Impatto applicativo dell'atto di autonomia negoziale in funzione sussidiaria o sostitutiva del provvedimento amministrativo.....	545
Barbara Mameli, La funzione dell'amministrazione nella società contemporanea e nel sistema economico. un ripensamento.....	575
Gianmarco Poli, Ruit hora: garanzia del tempo dell'individuo e rimedi processuali contro l'inerzia dell'Amministrazione.....	605
Iryna Ignatenko et al., Legal regulation of protection of land rights in Ukraine in the conditions of market transformations.....	647

SEZIONE III

Francesca Mite, L'incerto perimetro di operatività dell'ente locale nell'ambito della produzione e somministrazione di energia elettrica alternativa.....	669
--	-----

SEZIONE I

ROSA CALDERAZZI
Professoressa associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
rosa.calderazzi@uniba.it

LE RAGIONI DI UN'INDAGINE SULLA FUNZIONE DI REGOLAZIONE

(SAGGIO INTRODUTTIVO)

THE REASONS FOR AN INQUIRY INTO THE FUNCTION OF REGULATION

(INTRODUCTORY ESSAY)

SINTESI

Il saggio si propone di individuare i nuclei tematici di un'indagine più complessa sulla funzione della regolazione, evidenziando le ragioni dell'indagine e la finalità complessiva. L'approccio seguito assume come prospettiva il superamento della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, cercando di ricostruire una teoria generale della regolazione differente, con una prospettiva unitaria.

Tale passaggio pone al centro i diritti delle persone e vede, nella funzione della regolazione, lo strumento per consentire il godimento di quei diritti che, diversamente, non vedrebbero una loro realizzazione.

ABSTRACT

The essay aims to identify the key themes of a broader investigation into the function of regulation, highlighting the reasons for the inquiry and its overall purpose. The approach adopted seeks to overcome the dichotomy between public and private law, aiming to reconstruct a different general theory of regulation from a unified perspective.

This shift places individuals' rights at the center and views regulation as a tool to enable the enjoyment of those rights, which would otherwise remain unrealized.

PAROLE CHIAVE: regolazione – autorità – potere – protezione degli interessi

KEYWORDS: regulation – authorities – power – protection of interests

INDICE: 1. Le ragioni dell'indagine e il suo obiettivo. – 2. La precisazione terminologica del concetto di regolazione: le ragioni della complessità – 3. La legittimazione del potere nella funzione di regolazione. – 4. Il rapporto tra soggetto regolato e attività.

1. Le ragioni dell'indagine e il suo obiettivo

L'espansione che la regolazione ha avuto nell'economia, negli ultimi decenni, fa emergere il bisogno – urgente – nonostante la molteplicità degli studi già presenti sul tema¹, di una riflessione complessiva del concetto giuridico di regolazione, della sua funzione e degli effetti giuridici che ne discendono.

La progressiva pubblicizzazione della organizzazione economica privata rappresenta una costante dell'economia moderna, o perché soggetti privati che esercitano materialmente attività di pubblico interesse vengono ricondotti a regimi pubblicistici, o perché soggetti privati esercitano attività di pubblico interesse con la concessione, o perché alcuni soggetti vengono regolati per gli interessi di tipo pubblicistico che perseguono².

I numerosi interventi nel settore del diritto dell'economia³ hanno portato alla moltiplicazione dei centri di regolazione e all'incremento di atti di regolazione, anche attraverso forme di *soft law* e *soft regulation*, con conseguente altera-

1 La letteratura è numerosissima, *ex multis*, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in (a cura di) S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 217 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, Giuffrè 1997; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, Cacucci, 2005; R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, 447; R. LENER, *I mercati finanziari e il sistema di vigilanza*, in *Diritto del mercato finanziario*, Saggi, Torino, Giappichelli, 2011, 2 e 12; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. Ferro-Luzzi, C. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, Giuffrè, 1996, 775 ss.; S. AMOROSINO, *Mercati finanziari (vigilanza sui)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 3617; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994; più, di recente, G. NAPOLITANO, *Impresa (Regolazione amministrativa della)*, in *Enc. dir.*, Tematici, III – Funzioni amministrative, 2022, Milano, Giuffrè, 626; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir.*, I, Tematici, V – Potere e costituzione, 2023, Milano, Giuffrè, 1008.

2 Sulla moltiplicazione delle regolazioni dei mercati e neo interventismo pubblico, v. S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini, 2018, 34. Sui riferimenti alle ipotesi nelle quali è stato fatto rientrare il fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in questa *Rivista*, 2019, 160, nt. 5.

3 Per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2015, 13 ss. Di recente cfr. F. CAPRIGLIONE, *Regolazione UE e stato di diritto di fronte ai cambiamenti geopolitici*, in *Federalismi.it*, 9 aprile 2025, 74.

zione del rapporto con lo Stato di diritto⁴.

La globalizzazione finanziaria ha spinto verso regole comuni e armonizzate, con conseguente ampliamento dei soggetti che intervengono nell'elaborazione di quelle regole⁵.

Lo spostamento dei poteri decisori al di fuori dello Stato pone un problema di permanenza della sovranità e di autonomia decisionale, delegittimando il ruolo dello Stato e della sua autorità. Si pone il tema di capire quanto il cosiddetto *multilevel government*, ossia quel sistema di relazioni che tende a spostare i momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato⁶, sia compatibile con il permanere della sovranità degli Stati, con l'autonomia decisionale riconosciuta all'interno di ciascuno Stato, con la legittimità delle fonti.

Da questo punto di vista la regolazione pone un tema di crisi dell'autorità dello Stato in quanto si sostituisce alla programmazione, "l'atto governativo viene soppiantato da quello di autorità indipendenti"⁷, scardinando il ruolo dello Stato e della sua autorità.

4 L.R. PERFETTI, *Il Governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubettino, 2021, 12, nonché i saggi contenuti nel volume numero VII (2020) di questa *Rivista*.

5 G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in questa *Rivista*, 2020, 132, afferma che l'evoluzione scoordinata, in tempi diversi, della disciplina dei vari comparti del mercato finanziario (assicurativo, bancario e mobiliare) e la spinta all'adeguamento alle indicazioni dell'Unione europea, «hanno favorito una moltiplicazione dei centri di regolazione e poi reso evidente la necessità di prevedere forme di loro integrazione e coordinamento al fine di massimizzare il risultato della loro opera e nel contempo ridurre l'impatto negativo sui soggetti vigilati ... i processi di coordinamento si sono sviluppati in una duplice direzione: lungo una linea interna alla materia, tramite interventi normativi "strutturali", che hanno interessato i soggetti che hanno la competenza alla tutela di un medesimo interesse anche a diverso livello; lungo una linea esterna alla materia od all'interesse "pubblico specifico", precipuamente tramite la previsione della stipulazione di accordi tra titolari di poteri quando le vigilanze – per scelta normativa – si pongono tra loro in un rapporto di complementarietà o di concorrenza». Sulla moltiplicazione delle regolazioni dei mercati e neo interventismo pubblico, v. S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini, 2018, 34.

6 Sul tema, cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari, 2006; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, 168; ID., *Banca Centrale Europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi.it*, 2014, p. 1 e ss.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, 38; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*; G. ROSSI, *Il mercato dell'azzardo*, Adelphi, Milano, 2008; ID., *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, 929, ammonisce sui pericoli delle democrazie eterodirette.

7 L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, Cacucci, 2016, 778.

In realtà, seppure vi sia una articolazione del momento decisorio verso dimensioni sovranazionali e un passaggio dalla programmazione economica alla regolazione, non c'è la rinuncia ad una visione che affermi la protezione dei diritti⁸.

L'indagine in oggetto si soffermerà sulla proliferazione delle autorità indipendenti e, in particolare, sulla funzione di regolazione che le stesse esercitano.

La difficoltà di identificare elementi certi e univoci che possano identificare la funzione di regolazione rende complesso il suo inquadramento, da un punto di vista dogmatico, complicato dalla circostanza che il termine viene spesso associato al concetto di mercato, anch'esso dai confini incerti.⁹

Si presenta, dunque, non priva di ostacoli la riflessione sul rapporto tra l'intervento della regolazione e le attività che si svolgono nel mercato.

La letteratura sul ruolo delle autorità indipendenti è vastissima e i risultati interpretativi interessanti, talvolta anche con conclusioni condivisibili, ma l'approccio – seguito nella maggior parte dei casi – è stato dicotomico.

Dai pubblicisti esaminato dalla prospettiva del diritto pubblico, avendo riguardo al profilo della legittimazione del potere e del ruolo dello Stato nell'economia, in definitiva del rapporto tra autorità e libertà. Anche quando si supera la contrapposizione tra pubblico e privato, ragionando in termini di “una nuova forma di dialogo cooperativo tra potere pubblico e mercato creditizio”¹⁰, si attribuisce al regolatore lo strumento di coordinamento tra amministrazioni e soggetti privati, nel perseguimento di una stabilità sistemica.

Dalla prospettiva privatistica la regolazione è stata perimetrata nell'ambito della libertà di iniziativa economica, con un'analisi delle limitazioni degli spazi di autonomia privata e delle opzioni organizzative e del rapporto dialettico tra autonomia privata e intervento pubblicistico, dove si ritiene che la prima

8 Sul punto v. L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153; nonché sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2020, 129 ss.

9 A. ZITO, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 806.

10 R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria e stabilità finanziaria*, in A. Magliari (a cura di), *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi 10 anni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, 24 afferma che la vigilanza bancaria si innesta “in un processo di mutuo riconoscimento della interdipendenza degli interessi in gioco, pubblici e privati, ciascuno giuridicamente meritevole di tutela” e che la funzione della vigilanza bancaria è quella di creare un raccordo tra sistema pubblico e mercato del credito al fine di attuare un coordinamento amministrativo fondato su “una logica sinergica basata sul sincretismo degli interessi, pubblici e privati”.

sia regolata e limitata da regole amministrative¹¹.

Non v'è dubbio che la questione riguardi il rapporto tra pubblico e privato e “la zona di confine”¹² tra i due ambiti; tuttavia, la riflessione che si vuole qui condurre – sulla funzione di regolazione – si prefigge l'obiettivo di superare la dicotomia pubblico / privato.

L'impostazione che vede una contrapposizione, infatti, ha finora portato ad un condizionamento dell'indagine che ha, per lo più, cercato di esplorare quanta parte del diritto pubblico e quanta del diritto privato confluiscono nella regolazione, innescando, a tratti, forme di competizione tra la supremazia di un segmento sull'altro, in altri casi, portando ad una conciliazione, a volte non sempre facilmente giustificabile.

Al contrario, con queste riflessioni, si vuole cercare di ricostruire una teoria generale della regolazione differente, che non punti ad una composizione tra il diritto pubblico e il diritto privato¹³, nemmeno ad un loro bilanciamento, in quanto, dal punto di vista degli interessi, la regolazione persegue un interesse comune che trova la sua composizione nella prospettiva dei diritti delle persone.

Il passaggio da un approccio dicotomico ad una prospettiva unitaria consente di superare la difficoltà della ricerca di un punto di equilibrio o – se si preferisce – di un bilanciamento tra interessi, e di giungere ad una diversa consapevolezza che pone al centro i diritti delle persone e vede, nella funzione della regolazione, lo strumento per consentire il godimento di quei diritti che – diversamente – non vedrebbero una loro realizzazione¹⁴.

11 Cfr. per tutti, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2012; C. BRESCA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2025.

12 Così, S. PUGLIATTI, (voce) *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 696 ss., ID, *Istituti del diritto civile, Prefazione*, Milano, Giuffrè, 1943, secondo il quale ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tanto più la crisi è acuta, tanto più si è inclini a negare la distinzione, senza considerare che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è proprio nella dinamica dei due termini.

13 Nella stessa direzione, seppure con riferimento al rapporto tra Stato e mercato, v. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, 2011, rileva che “nella dinamica della regolazione del mercato sia la libertà privata, sia il potere pubblico perdono, infatti, quelle fattezze un po' rigide e iconiche cristallizzate dall'ideologia e si atteggiano, invece, come elementi prismatici, ricchi di sfaccettature e di capacità evolutiva”.

14 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in questa *Rivista* 2023, 88, evidenzia come l'attivazione della riserva di attività, di cui all'art. 41, 3° comma Cost., sia determinata dalla esigenza di soddisfare pretese attinenti diritti

Il perseguimento di tale obiettivo finale richiede l'individuazione di molteplici nuclei tematici, in parte oggetto di approfondimento negli scritti ospitati nella sezione monografica del fascicolo della *Rivista*, che daranno l'avvio a ulteriori future riflessioni.

2. La precisazione terminologica del concetto di regolazione: le ragioni della complessità

L'esigenza di un chiarimento di natura terminologico del concetto di regolazione è stata spesso trascurata, talvolta oggetto di fraintendimento, anche in ragione della complessità del fenomeno.

Diventa preliminare delimitare il termine regolazione che non verrà utilizzato in una accezione ampia, per indicare qualsiasi ingerenza di un pubblico potere nell'attività economica perché, in tal caso, finirebbe per coinvolgere tutto il diritto pubblico dell'economia¹⁵.

L'uso che se ne farà è limitato all'esercizio della funzione da parte delle autorità indipendenti che intervengono nell'esercizio dell'attività economica per il raggiungimento di obiettivi e per la tutela di interessi che, in assenza di quell'intervento, non sarebbero garantiti.

Le definizioni di regolazione, rinvenibili in letteratura e nella giurisprudenza, sono molteplici, spesso non concordanti¹⁶.

Nonostante la molteplicità di soggetti che vengono assoggettati a regolazione, in considerazione degli interessi di tipo pubblicistico, non vi è accordo sulla portata del concetto di regolazione, sovente ricondotta ad un paradigma storico delle attività caratterizzate dall'intervento pubblicistico, in alcuni casi condizionata dalla interpretazione del ruolo dell'attività regolata (con conseguente distinzione tra regolazione in senso debole e regolazione in senso forte), in altri casi ancora utilizzata per attività che non hanno le caratteristiche di quelle regolate. Il concetto di regolazione è stato, altresì, spesso utilizzato alter-

fondamentali che, altrimenti, non troverebbero immediata soddisfazione, nel senso che solo l'intervento di regolazione di quella attività economica privata fornirà i mezzi necessari al godimento di quelle pretese.

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

16 Sul punto cfr. V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 115, mette in evidenza come i tentativi dei giuristi e degli economisti, di definire il fenomeno *regulation* si scontrino con la circostanza che tale attività "si manifesta in svariati campi e con svariate modalità, tanto da poter essere definita come un fenomeno "multiforme".

nativamente al concetto di regolamentazione, anche per l'ambiguità del termine anglofono “*regulation*”¹⁷, con conseguenti problemi di adattamento nel nostro ordinamento.

Le definizioni proposte colgono solo alcuni degli aspetti di un fenomeno che si presenta molto più articolato: assumendo un punto di vista limitato, ci si sofferma solo sull'aspetto soggettivo di colui che svolge la funzione di regolazione (l'indipendenza, il carattere pubblico, le competenze specifiche).

La precisazione terminologica è, in alcuni casi, resa più difficile dalla circostanza che alcune autorità di regolazione vengono qualificate con l'uso di termini che, in realtà, definiscono soltanto una parte della più ampia funzione di regolazione. È quanto accade, ad esempio, con la Banca d'Italia, qualificata come autorità di vigilanza: si finisce, in tal modo, per sovrapporre la funzione di vigilanza con quella di regolazione, contribuendo a complicare la definizione del perimetro d'azione dell'autorità.

In altri casi ci si sofferma solo sul profilo oggettivo che guarda all'ambito di azione (tipo di attività, interessi che si vogliono tutelare), o alle modalità attraverso cui si compie la regolazione.

Tali approcci, presi singolarmente, rischiano di fornire una costruzione teorica della regolazione non soddisfacente, in quanto non sgombrano il campo da quelle possibili letture equivocate che qualificano come attività di regolazione attività che non lo sono¹⁸.

È quanto mai opportuno considerare, sin d'ora, che gli interventi di rego-

17 S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016, 72, ricorda che nella *Law and Economics* la locuzione *regulation* comprende sia la regolamentazione sia l'attività di controllo continuativo ed intervento autoritativo svolto dalle autorità regolatorie nei confronti di alcuni operatori del mercato, per assicurare concorrenzialità ed efficienza del mercato. Sulla trasposizione del termine nel nostro ordinamento v. C. IANNELLO, *L'ambigua trasposizione della nozione di regolazione dall'ordinamento statunitense a quello italiano*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2006, 83.

18 È quanto accade, per fare degli esempi, con le tipiche attività di “*command-and-control*”, utilizzate per proteggere interessi pubblici rilevanti (in materia ambientale, sicurezza, concorrenza) che rappresentano misure di intervento legislative nel settore pubblico dell'economia, o per quegli strumenti utilizzati per indirizzare il comportamento di imprese e mercato, come l'esercizio del *golden power*, erroneamente catalogati tra gli atti di regolazione. Per un approfondimento sull'inquadramento giuridico della *golden power*, v. A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in questa *Rivista*, 389, il quale evidenzia che la *ratio* della normativa sia quella di assicurare che lo Stato abbia adeguati strumenti di tutela da esercitare quando il mercato e la sua regolazione non riescono ad impedire che determinati meccanismi economici del regime imprenditoriale, pubblico o privato, minaccino gli interessi strategici.

lazione perseguono l'obiettivo di proteggere quegli interessi la cui tutela non è possibile realizzare spontaneamente, nel senso che l'esercizio della regolazione mira, non ad una supremazia di un interesse sull'altro, ma alla previsione di un'attività volta a consentire la realizzazione di interessi e diritti che, autonomamente, non potrebbero essere soddisfatti.

Una volta individuato il perimetro terminologico del concetto di regolazione si impone all'interprete un approfondimento sui rilievi teorici che la regolazione pone, nell'ambito dei poteri, dei soggetti, delle tutele, per una costruzione sistematica della sua funzione che, seppure necessiti dell'analisi dei regimi speciali dei singoli regolatori, presenta un nucleo di problemi comuni che coinvolgono – sempre – l'interesse pubblico e i diritti della persona.

3. La legittimazione del potere nella funzione di regolazione

La legittimazione del potere contiene tre nuclei tematici che meritano di essere approfonditi nello studio sulla funzione di regolazione: 1) la ricostruzione del sistema delle fonti, 2) la legittimazione delle decisioni, 3) la loro accettabilità da parte dei destinatari.

Gli studiosi¹⁹ si sono già lungamente occupati di questi aspetti, pur tuttavia diventa rilevante proseguire la riflessione, non solo per la pressione normativa delle autorità di regolazione e la varietà degli strumenti utilizzati che inducono a nuove riflessioni, ma anche perché la prospettiva di superamento della dicotomia pubblico/privato che si intende assumere può aprire spazi a visioni differenti.

Alcuni dei saggi ospitati nella presente sezione monografica si occuperanno del complesso inquadramento degli strumenti di regolazione nel sistema delle fonti, in questa sede si intende indicare i nodi problematici.

1) Nell'analisi del rapporto tra legittimazione del potere e sistema delle fonti diventa utile individuare: *i)* la funzione e la natura delle autorità indipendenti e come si possa costruire una teoria degli atti di regolazione con adeguata considerazione dei profili di *soft and hard law*, *ii)* il rapporto tra atti di regolazione e gerarchia delle fonti; *iii)* l'inquadramento tipologico dei variegati strumenti

19 Uno fra tutti, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit., 2006.

utilizzati dalle autorità indipendenti nell'esercizio della funzione di regolazione, anche attraverso procedimenti di regolazione multilivello, dell'Unione e nazionali; *iv*) il tema più ampio della alterazione dello Stato di diritto che vede delegittimato il suo ruolo per gli spostamenti decisionali al di fuori dello stesso.

L'intero sistema regolatorio costituisce una occasione impegnativa di ricostruzione del sistema delle fonti del diritto: accanto agli atti di regolazione che trovano la loro legittimazione nella normativa secondaria, sono sempre più diffusi, anche in conseguenza della progressiva espansione dell'attività normativa delle autorità regolatorie, ulteriori tecniche che si rivolgono ai destinatari attraverso aspettative, orientamenti, raccomandazioni, chiarimenti, linee guida, che se per un lato riescono a soddisfare esigenze di immediatezza, elasticità e uniformità, in un contesto di mercato in rapida evoluzione²⁰, per l'altro rendono complessa la verifica della compatibilità con il sistema delle fonti del diritto, non solo per l'impossibilità di inglobare la eterogenea normativa nella gerarchia delle fonti, ma anche per l'inquadramento degli effetti giuridici che producono in merito alla coercibilità e al sindacato giurisdizionale sugli stessi.

Tali regole che, in alcuni casi, diventano anche mezzi di gestione e coordinamento di rapporti tra pubblici poteri²¹ riempiono uno spazio giuridico che

²⁰ La *soft law* nasce nel diritto internazionale pubblico e si sviluppa, in particolare, nel diritto dell'Unione europea dove si manifesta in varie forme; si configura come un diritto non vincolante (sulla distinzione tra comandi e consigli, v. N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 369 ss.) che si identifica in atti preparatori o informativi (es. libri bianchi, libri verdi, piani d'azione, programmi); atti interpretativi; dichiarazioni, risoluzioni, raccomandazioni e pareri (così si esprime il comitato economico e sociale europeo sul tema «Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE» del 4 settembre 2015). La *soft law* è priva di coercibilità e la sua ottemperanza è volontaria. La *soft regulation* si atteggia in un rapporto di genere a specie rispetto alla *soft law* (in tal senso, M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regol. merc.*, 2016, 60 e EAD, «Soft law» e ordinamento amministrativo, in *Dir. amm.*, 2017, 147, la quale evidenzia come l'aggettivo *soft* di fronte al sostantivo *regulation* sia pleonastico, in quanto la regolazione nasce come un'attività intrinsecamente *soft* e flessibile. L'utilizzo di tale espressione è giustificato dalla circostanza che, molto spesso, l'attività regolatoria si fonda su misure *hard* e misure *soft*; soprattutto in conseguenza delle crisi finanziarie ed economiche è emersa l'insufficienza della sola *moral suasion* e la necessità di affiancare misure di *hard regulation*. Sul tema cfr. anche L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2016, 355. Evidenzia il rafforzamento del governo sull'economia globalizzata e la sua influenza nella realizzazione di storiche trasformazioni in sede europea, A. BROZZETTI, «Ending of too big to fail» tra *soft law* e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme, Bari, Cacucci, 2018.

²¹ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regol. merc.*, 2016, 67.

non sempre trae la propria legittimazione da un atto formale e spesso sono il frutto di uno spostamento del momento decisivo al di fuori dello Stato²², con attribuzione, alle autorità di regolazione nazionali, solo di una residua attività di mera esecuzione di norme e decisioni assunte a livello europeo o sovranazionale²³.

2) La legittimazione dei poteri regolatori sovente non trova aggancio nella fonte primaria, pertanto richiede una riflessione *i)* sui meccanismi di *accountability*²⁴ e trasparenza; *ii)* sul tema del sindacato giurisdizionale sugli stessi, se lo stesso debba svolgersi con modalità diverse rispetto a quello sugli atti amministrativi in generale, *iii)* sul sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

Come si è detto la produzione normativa solo in alcuni casi trova la sua giustificazione nella fonte primaria e può essere ascritta tra le fonti del diritto. In ampia parte gli interventi del regolatore si manifestano attraverso forme di *soft regulation* o *soft law* che diventano sempre più strutturate, ponendo un tema di rafforzamento della loro legittimità.

Attraverso il meccanismo della *accountability* che vede il coinvolgimento

22 F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547 e ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 391; ID., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e "mission" del diritto dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, p. 339; ID. *La regolazione pubblica delle banche*, cit.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265 e ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

23 A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pisa, Pacini, 2016, 168; ID., *Banca Centrale Europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi.it*, 2014, 1 ss.

24 Con il termine "*accountability*" ci si riferisce alla relazione tra due soggetti in cui il primo dà conto del proprio operato e il secondo ha il potere di imporre delle conseguenze: sul tema, v. J. FEREJOHN, *Accountability in a Global Contest*, in *IILJ Working Paper 2007/5* (Global Administrative Law Series), su <https://www.iilj.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI, I. RIZZO, C. SCAGLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, a cura di G. Mazzantini, N. Rangone, Napoli, Editoriale scientifica, 2019. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, 295, distingue tra forme di *accountability* verticale (cioè verso i governi nazionali), da meccanismi di *accountability* orizzontale che coinvolgono una compagine ampia di *stakeholder* che comprende tutti i destinatari della regolazione.

delle istituzioni e degli *stakeholder*²⁵, sia nella forma della responsabilità che in quella della rendicontazione, si rafforza la legittimità della formazione degli atti di regolazione, con la partecipazione e il consenso dei destinatari stessi: la regolazione viene esercitata e applicata attraverso procedimenti complessi durante i quali l'autorità di regolazione elabora una proposta, la giustifica, apre una fase di consultazione, calibra la propria scelta, la motiva, ne valuta l'idoneità e adeguatezza alla risoluzione del problema regolatorio²⁶.

3) Strettamente legato alla legittimazione delle decisioni è il tema della accettabilità delle stesse da parte dei destinatari che richiede di verificare *i)* se vi sia un elemento di consensualità tra i soggetti coinvolti; *ii)* quali siano le ragioni che rendono vincolanti atti di regolazione privi della coercibilità; *iii)* quali siano i meccanismi che vincolano sempre i destinatari.

Nella regolazione l'elemento della consensualità tra i soggetti coinvolti viene assicurato dalla audizione delle parti interessate, mentre l'esercizio del potere pubblico garantisce l'interesse dei singoli. L'esercizio del potere pubblicistico del regolatore produce regole che rispondono all'esigenza di soddisfare pretese che attengono i diritti fondamentali che, diversamente, non potrebbero essere soddisfatti.

Ciascuno di questi elementi richiederà ulteriori sviluppi, ai quali sono dedicati gli studi pubblicati in questa sezione della *Rivista*.

Nell'analisi introduttiva basterà rilevare che, nella prospettiva del superamento dell'approccio dicotomico pubblicistico privatistico, tutte le regole dettate dalle autorità di regolazione (siano esse normativa secondaria o *soft law*), così come la legittimazione delle decisioni trovano la loro giustificazione nell'esigenza di tutelare i diritti delle persone.

4. Il rapporto tra soggetto regolato e attività

L'esercizio della funzione della regolazione si manifesta nell'ambito del rapporto tra soggetto regolato e attività da questi esercitata, in quanto la pre-

25 A. PISANESCHI, *L'accountability delle autorità finanziarie europee*, in *Riv. AIC*, 2023, 185.

26 In tal senso L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., EAD., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 45.

senza di interessi di carattere pubblico comporta conseguenze sull'organizzazione dei soggetti privati con la previsione di assetti organizzativi diversi²⁷.

Ciascuna autorità indipendente, in quanto funzione pubblica, interviene a tutelare gli interessi del mercato privato, regolando l'attività dell'imprenditore privato (che esercita pubbliche funzioni e realizza un interesse pubblico).

Il modello privatistico diventa portatore di interessi generali nel senso che l'agire negoziale si intreccia con interessi pubblici. E l'autorità di regolazione, attraverso l'esercizio della propria funzione, determina lo standard comportamentale dell'agire imprenditoriale.

Le regole che la regolazione pone, rispetto a soggetti in grado di auto organizzarsi, impongono di indagare la relazione tra esercizio della funzione di regolazione e modalità di svolgimento dell'attività organizzativa, attraverso una costruzione 1) dell'organizzazione, 2) dei procedimenti, 3) delle tutele.

1) Dal punto di vista dell'organizzazione la regolazione incide sugli spazi di autonomia privata, individuando diverse opzioni organizzative per i contraenti, nella consapevolezza che gli stessi, auto organizzandosi liberamente, possano pregiudicare gli interessi²⁸.

L'utilizzo del modello privatistico di diritto comune per soddisfare interessi pubblici incide sulla organizzazione contrattuale in quanto, nello strumento societario, convergono diversi interessi che non si esauriscono più nel solo interesse sociale²⁹.

Il paradigma dell'autonomia dei privati non è quello di una volontà libe-

27 Sui profili giuridici, nell'ambito del diritto dell'economia, sollevati dall'emergenza sanitaria, cfr. A.A. VV., *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), Pisa, Pacini, 2020; AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, M. Irrera (a cura di), Torino, Giappichelli, 2020.

28 L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., ricorda come anche nella disciplina privatistica si vanno moltiplicando le condizioni di esercizio dell'autonomia privata: codici leggi di settore strumenti di *soft law* "prescrivono e moltiplicano le condizioni di legittimità e di legittimazione, di accountability e di trasparenza, di conflitto di interessi e di considerazione dei terzi da rispettare nell'esercizio dell'autonomia privata... la conformazione dell'autonomia privata si complica così, includendo elementi tipici dell'esercizio del potere: il bilanciamento di una pluralità di interessi, la considerazione per il terzo, la procedimentalizzazione della formazione della volontà, il controllo non solo di risultato ma anche di processo". Sia, inoltre, consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *L'organizzazione economica privata di interesse pubblico*, in questa Rivista, 2021, 379.

29 R. RORDORE, *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, in *Magistratura giustizia società*, Bari, Cacucci, 2020, 310.

ra³⁰, ma di una decisione contornata da regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi diversi dagli interessi del soggetto che decide³¹.

Gli assetti organizzativi, in ragione delle caratteristiche che connotano quella determinata attività e degli interessi pubblici che perseguono, diventano oggetto di regolazione.

Ne deriva che tutti gli interventi regolatori sui profili organizzativi del soggetto regolato devono essere interpretati e ricostruiti, non tanto come una compressione dell'autonomia dei privati, ma come strumenti necessari per consentire il godimento di diritti che, altrimenti, non vedrebbero la medesima realizzazione.

Quindi la previsione di tutte quelle regole che incidono sull'organizzazione dell'attività d'impresa è funzionale alla protezione e massimizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue.

2) L'esercizio della libertà privata si procedimentalizza perché deve considerare anche coloro che possono essere incisi da determinate scelte: nei soggetti regolati le pretese individuali, contenute all'interno di quella determinata organizzazione economica privata, non vivono nello spazio dell'autonomia privata, ma diventano portatrici di pretese più generali per la cui realizzazione occorre esercitare la funzione di regolazione³².

La procedimentalizzazione dei processi organizzativi, che rappresenta una declinazione degli assetti organizzativi regolati, è volta ad individuare compiti, prerogative, atti puntuali e chiari processi decisionali che perseguono la finalità di predisporre un sistema adeguato con suddivisione di funzioni e responsabili-

30 G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, 55 ss., ricorda le tappe dell'evoluzione dell'autonomia privata, dalla crisi del liberismo economico al superamento del modello dirigitico. Sul tema, v. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, IV, 367; V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, 44; G. B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 22 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Esi, 2003, 71, sottolinea come il diritto privato emergente sia "condizionato dal mercato in quanto rivolto alla regolamentazione di quest'ultimo e mediatizzato dalla società, portatrice di propri interessi giuridicamente protetti".

31 Sull'etero normazione sull'autonomia contrattuale, v. A. TUCCI, *"Etero-regolamentazione" del contratto e disciplina dei mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 562 ss.

32 Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, cit., 123.

tà.

3) La funzione di regolazione si estrinseca attraverso l'esercizio di poteri (ispettivi, informativi e sanzionatori³³) che mirano ad assicurare garanzie e a tutelare gli interessi di cui sono portatori i destinatari: l'esercizio di tali poteri deve essere esercitato, secondo un equilibrio che deve misurare il grado di incisività o afflittività, tenendo conto, da un lato, delle garanzie difensive dei soggetti regolati e della tutela dei loro diritti, dall'altro, dell'esigenza di assicurare la protezione degli altri interessi.

L'analisi, sin in qui compiuta, sugli interventi regolatori nei confronti del soggetto regolato, nell'ambito dell'organizzazione, dei procedimenti e delle tutele (tutti temi che necessitano di ulteriori e successive riflessioni) conduce ad una riflessione più generale sulla perimetrazione dell'esercizio della funzione.

Le considerazioni esposte portano a sostenere che l'approccio dell'interprete non possa essere quelli di interrogarsi sulla riduzione o estensione dei poteri dell'autorità, né tanto meno sulla esigenza di un punto di equilibrio tra interessi contrapposti.

Al contrario si deve riconoscere che, seppure i singoli atti di regolazione comportino una compressione delle pretese individuali, la funzione della regolazione non bilancia, ma mira a soddisfare pretese attinenti i diritti fondamentali che non potrebbero essere soddisfatte in altro modo.

33 G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, ESI, 2020, 11-44; R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629; M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, 2013, 125.

ANDREA TUCCI
Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
andrea.tucci@uniba.it

REGOLAZIONE DEL MERCATO E AUTONOMIA CONTRATTUALE

MARKET REGULATION AND CONTRACTUAL AUTONOMY

SINTESI

Il saggio affronta il tema dei rapporti fra autonomia contrattuale e regolazione nei mercati regolati del credito e del risparmio.

Muovendo dalla adozione di una prospettiva storica nella ricostruzione del contenuto e dei limiti dell'autonomia contrattuale, l'autore sostiene la tesi secondo cui l'intervento delle autorità di vigilanza sulle dinamiche del contratto non mira, semplicemente, ad assicurare il pieno e corretto svolgimento dell'autonomia privata, ma anche a conformare il contratto in funzione della regolazione del mercato e, dunque, del perseguimento delle finalità della vigilanza.

Sulla base di queste premesse teoriche, il saggio esamina alcuni istituti che evidenziano maggiormente l'impatto della regolazione dei mercati sull'esercizio dell'autonomia contrattuale. In particolare: i patti parasociali nelle società quotate, il *ius poenitendi* nell'offerta fuori sede di strumenti finanziari, la valutazione del merito creditizio nel credito ai consumatori.

ABSTRACT

The essay addresses the issue of the relationship between contractual autonomy and regulation in regulated credit and savings markets.

Starting from the adoption of a historical perspective in the analysis of the content and limits of contractual autonomy, the author argues that the intervention of the supervisory authorities on the dynamics of the contract is not only aimed at guaranteeing the full and correct exercise of private autonomy, but also at conforming the contract in function of the regulation of the market and, therefore, the pursuit of the purposes of supervision.

On the basis of these theoretical premises, the essay examines some significant examples of the impact of market regulation on the exercise of contractual autonomy. In particular: shareholders' agreements in listed companies, *ius poe-*

nitendi in the off-premises offer of financial instruments, the assessment of credit worthiness in consumer credit.

PAROLE CHIAVE: Contratti nei mercati regolati – Mercati finanziari – Autorità di vigilanza

KEYWORDS: Contracts in regulated markets – Financial markets – Supervisory Authorities

INDICE: 1. Autonomia ed eteronomia nella regolazione del mercato. – 2. Limitazioni e conformazione dell'autonomia contrattuale – 2.1. Il recesso dai patti parasociali nelle società quotate – 2.2. Il *ius poenitendi* nell'offerta fuori sede di strumenti finanziari e servizi di investimento – 3. Sanzioni e rimedi. – 3.1. La valutazione del merito creditizio. – 3.2. Servizi di pagamento e operazioni non autorizzate. – 3.3. La pubblicità dei patti parasociali nelle società quotate. – 4. Regolazione del mercato e interessi protetti.

1. Autonomia ed eteronomia nella regolazione del mercato

La disciplina dei mercati regolamentati del credito e del risparmio costituisce un impegnativo e stimolante banco di prova per la ricostruzione del sistema delle fonti del diritto, in ragione della eterogeneità dei “fattori” produttivi di norme giuridiche e del loro non agevole inquadramento nella gerarchia formale¹, soprattutto a seguito della progressiva espansione dell'attività, *lato sensu*, normativa delle autorità di vigilanza, che non è circoscritta alla regolamentazione del funzionamento dei mercati e dell'organizzazione interna dei soggetti vigilati (*i.e.*, gli intermediari), nella dimensione “verticale”, ma investe anche l'esercizio dell'attività d'impresa, nei rapporti con i clienti (*i.e.*, la contrattazione)².

1 Donde la sensazione di un “posto del disordine” (G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI E P. SPADA (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 25). Il riferimento ai “fattori” che influiscono sulla formulazione di una norma da applicare è in A.ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 74.

2 Significativo, al riguardo, appare il disposto dell'art. 127, comma 1, T.U.B., là dove si prevede che la Banca d'Italia «può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni», «a questi fini», ossia per realizzare gli obiettivi di vigilanza, enunciati nell'art. 5, ma anche la trasparenza dei rapporti contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela. Cfr., da ultimo, F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, I, p. 19. La dimensione organizzativa e quella relazionale, peraltro, presentano profili di sovrapposizione, come emerge nel contenzioso relativo alla prestazione dei servizi di investimento, allorché la constatazione di una disfunzione organizzativa dell'intermediario sia considerata come integrante gli estremi di un inadempimento contrattuale, nei confronti del cliente, ponendo un problema di responsabilità. Cfr. ACF, 5 giugno 2017, n. 1, in *acf.consob.it*, spec. § 3. Un approccio analogo si registra negli orientamenti dell'ABF in tema di pagamenti non autorizzati, ove si attribuisce rilievo alla in/efficienza della prestazione del servizio, al fine di valutare il diritto del ricorrente a ottenere un rimborso, anche soltanto parziale, di operazioni sconosciute. Cfr., ad es., ABF Bari, dec. n. 6494 del 4 giugno 2024 e dec. n. 7126 del 18 giugno 2024. In argomento, cfr. E. SCODITTI, *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, p. 928 ss., nonché, con particolare riferimento al ruolo dell'AGCM, ma sulla base di una riflessione generale sulla “contrattazione”, cfr. C. CAMARDI, *Autorità antitrust e tecniche di controllo amministrativo sulla contrattazione*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Conformazione del*

L'evoluzione delle tecniche di regolamentazione, a livello comunitario, soprattutto a seguito della crisi di inizio millennio, ha ulteriormente accentuato questo fenomeno, in virtù del ricorso a complesse procedure per la produzione e lo sviluppo della disciplina europea dei diversi comparti dei mercati finanziari, articolata in una pluralità di "livelli", con successive "correzioni", alla luce della valutazione dell'impatto delle disposizioni normative – anche in ragione della loro "obsolescenza fisiologica", per effetto dell'innovazione tecnologica³ –, con conseguente susseguirsi di "generazioni" di provvedimenti, sovente destinati a penetrare negli ordinamenti degli Stati membri, mediante regolamenti delle autorità di settore, che si limitano a trasporre regole analitiche di rango comunitario⁴.

Obiettivo ultimo di questo complesso *iter* normativo è la realizzazione di una "armonizzazione massima" della disciplina dei mercati finanziari⁵ –

contratto e autorità indipendenti nel diritto italo-europeo, Napoli, 2023, p. 211 ss.

3 Un settore nel quale, per intuitibili ragioni, questo fenomeno è particolarmente avvertito è quello delle operazioni di pagamento. Al riguardo, la Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno ("PSD2" o "Direttiva") recala una "clausola di revisione" (art. 108), ai sensi della quale la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio, alla BCE e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione e l'impatto della PSD2. In attuazione di questa previsione, in data 20 ottobre 2021, la Commissione ha presentato all'Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority* o "EBA") una *Call for Advice* ("CfA"), al fine di ricevere informazioni in merito all'applicazione e all'impatto della PSD2 e di identificare, anche alla degli sviluppi di mercato, gli aspetti in relazione ai quali sarebbe auspicabile intervenire nell'ambito della revisione della PSD2. Il 23 giugno 2022, l'EBA ha pubblicato le proprie risposte alla CfA della Commissione in una *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market*. Il complesso *iter* normativo è poi sfociato nella proposta relativa alla terza Direttiva sui Servizi di Pagamento (PSD3 o *Payment Services Directive*), e al Regolamento sui Servizi di Pagamento (PSR o *Payment Services Regulation*), approvata, in prima lettura e con emendamenti, dal Parlamento Europeo, nella seduta del 24 aprile 2024.

4 Cfr. H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *EUI Working Paper Law*, no. 2008/14, p. 17 ss.; F. CIRAIOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo *lanfalussy* alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. economia*, 2011, p. 415 ss.; C. COMPORI, *L'integrazione dei mercati finanziari europei e la c.d. «procedura *lanfalussy*»*, in *Dir. banc.*, 2004, I, p. 269 ss. Da ultimo, con specifico riferimento all'ordinamento bancario, cfr. D. VESE, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie*, Milano, 2024, p. 22 ss., anche per ulteriori riferimenti.

5 Emblematiche di questo approccio sono le direttive concernenti la regolamentazione dei mercati finanziari, la cui considerazione, in una dimensione diacronica, rende palese questo mutamento di strategia normativa, in particolare, nel passaggio dalla prima generazione, degli anni '90 del secolo scorso, incentrata sul "tradizionale" obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e del mutuo riconoscimento, alle direttive MiFID, di inizio millennio, che evidenziano, per contro, la svolta verso l'obiettivo della uniformazione normativa.

evidentemente, per la promozione del mercato unico dei capitali –, anche in sede applicativa, in virtù dei poteri di *enforcement* attribuiti alle autorità di vigilanza, in concorrenza con il sistema dei rimedi civilistici⁶, e alla promozione di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione⁷, che dirimono conflitti fra intermediari e clienti e, al contempo, specificano le regole di condotta degli intermediari, fornendo, altresì, alle autorità di vigilanza – con le quali sussiste una qualche forma di “raccordo istituzionale” – elementi conoscitivi per l’esercizio delle funzioni loro attribuite⁸.

L’estrema fluidità del dato normativo risulta oltremodo accentuata dal frequente ricorso a strumenti di *soft law*, con i quali le autorità di vigilanza,

6 In proposito, si è avuto modo di osservare che la tendenziale afasia del diritto euro-unitario, rispetto ai rimedi civilistici comporta una attenuazione del processo di armonizzazione normativa, in ragione della “forza centrifuga” esercitata dalla giurisdizione dei singoli Stati membri, per quanto temperata dalla produzione normativa delle autorità di vigilanza con funzione di coordinamento (c.d. livello 3) e dagli interventi della Corte di Giustizia. Cfr., da ultimo, F. ANNUNZIATA, M. LAMANDINI, “Questo è un nodo avviluppato”, in *Giur. comm.*, 2022, I, p. 37. Donde, forse, la fiducia riposta sugli strumenti di soluzione alternativa delle controversie, il cui successo è rimesso non soltanto all’adesione spontanea di clienti e intermediari (in termini, rispettivamente, di impulso e di adempimento), ma anche all’esercizio di una *moral suasion*, da parte delle autorità di vigilanza. Per questa via si realizza un superamento dell’originaria impostazione dell’architettura istituzionale europea, incentrata sulla contrapposizione fra produzione normativa e sua attuazione, in coerenza con la finalità di raggiungere una sempre maggiore “armonizzazione” e di contenere le forze “centripete”, in sede di recepimento e interpretazione delle fonti comunitarie. Cfr., sul punto, H.W. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 491 ss.; S. MAZZAMUTO, E. MOSCATI, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017, p. 580 ss. Nel vigore della Direttiva MiFID I, cfr. la sentenza di Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, C-604/11 (*Genil 48 S L c. Bankinter S A*), per l’enunciazione del principio secondo cui «spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le conseguenze contrattuali del mancato rispetto degli obblighi in materia di valutazione previsti dall’articolo 19, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/39 da parte di un’impresa di investimento che propone un servizio di investimento, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività». Sul tema cfr., diffusamente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, spec. p. 34 ss. Più di recente, cfr. R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. regol. merc.*, 2020, I, p. 134 ss.

7 In termini generali, d’altronde, «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie» rientra fra le misure volte a realizzare la «cooperazione giudiziaria in materia civile», ai sensi dell’art. 81, co. 2, lett. g, TFUE.

8 Si legge, ad esempio, nelle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, emanate dalla Banca d’Italia, che le decisioni dell’ABF “integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d’Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo”. In argomento, cfr. E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *Contratti bancari*, a cura di Capobianco, cit., p. 934 ss.; A. TUCCI, *L’arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca e Borsa*, 2019, I, p. 623 ss.

domestiche e comunitarie, si rivolgono ai soggetti vigilati in termini non riconducibili all'ortodossia del precetto (e del lessico) giuridico⁹, in virtù di manifestazioni di “opinioni tecniche”, “orientamenti”, raccomandazioni e finanche “aspettative”, rispetto a condotte virtuose attese¹⁰.

Il tema sommariamente evocato presenta una complessità che non si presta a essere dipanata nel contesto delle presenti riflessioni, il cui obiettivo è circoscritto alla considerazione dell'incidenza della regolazione dei mercati

9 Cfr., anche per riferimenti, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 593 ss., spec. p. 600, il quale sottolinea la difficoltà di ricondurre questo genere di atti a classificazioni “formali”, ai fini di un inquadramento nella gerarchia delle fonti, anche per il «carattere eventualmente solo persuasivo (e non autoritativo) che talora è proprio di questi atti normativi». Più di recente, sulla “co-regolazione” dei mercati finanziari – derivante dalla concorrenza di strumenti di *soft law* e di strumenti di *hard law* – cfr. M. ANNUNZIATA, F. LAMANDINI, *“Questo è un nodo avviluppato”: divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario*, cit., p. 40 ss. Al riguardo, si è opportunamente sottolineato che, nei mercati regolati, «qualunque dichiarazione dell'autorità indipendente viene considerata come norma per chi deve svolgere un'attività soggetta a quella autorità indipendente» e, in particolare, «stipulare contratti». Ciò in quanto «l'autorità indipendente è anche giudice, il giudice, e, dunque, ogni sua dichiarazione diventa norma, precedente vincolante l'operato quotidiano» (G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 60). In argomento cfr. anche A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, I, p. 29, il quale ravvisa l'essenza del «diritto regolatorio» proprio nell'utilizzazione di «strumenti diversi dalle norme imperative», al fine di «sollecita[re] i comportamenti funzionali ad un corretto svolgimento delle dinamiche di mercato». Nel solco di questa riflessione, cfr., da ultimo, DAVOLA, *La sostenibilità come sistema complesso e il ruolo della finanza*, in *Sostenibilità finanza mercati ambiente*, Bari, 2025, spec. § 3, con specifico riferimento ai profili concernenti la c.d. sostenibilità, nei settori bancario e finanziario.

10 Si veda, da ultimo, la *Comunicazione* di Banca d'Italia del 17 giugno 2024, in materia di *Disconoscimenti di operazioni di pagamento non autorizzate. Comunicazione al sistema*, nella quale l'Autorità di vigilanza “invita” i prestatori di servizi di pagamento a “svolgere un'autovalutazione sulla coerenza degli assetti, delle procedure e delle prassi in uso con le previsioni normative e con le aspettative di questo Istituto”, a seguito della constatazione di condotte non “allineate” con il dato normativo, anche alla luce del contenzioso sottoposto all'Arbitro Bancario Finanziario, “auspicando” che il contenzioso con i clienti sia risolto già in sede di reclamo, là dove sulla materia “sia maturato un orientamento costante e uniforme dell'ABF”, e che gli intermediari inseriscano nei contratti che saranno conclusi in futuro specifiche avvertenze in merito ai diritti e agli obblighi delle parti, previsti dal d. lgs. n. 11/2010. Il documento si conclude con la precisazione che “le valutazioni e le analisi condotte dai PSP andranno adeguatamente formalizzate e saranno oggetto di verifica nell'ordinaria azione di vigilanza di tutela di questo Istituto”. Al riguardo, mette conto sottolineare che il settore dei servizi di pagamento evidenzia in modo particolarmente significativo quella concorrenza tra fonti normative evidenziata nel testo, in particolare, per quel che concerne i profili della c.d. autenticazione forte delle operazioni (“SCA”), rispetto ai quali un ruolo fondamentale rivestono le *opinions* espresse dall'EBA, non sempre di agevole coordinamento con le fonti di rango primario. Cfr., in particolare, gli *Orientamenti* EBA del 19 dicembre 2014 sulla sicurezza dei pagamenti internet (recepiti in Italia con la Circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia, agg. novembre 2016, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 4, sez. IV) e l'art. 2 del Regolamento EBA n. 2018/389.

finanziari sull'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte degli attori del mercato (intermediari e clienti).

In questo contesto, la percezione, al contempo, di un deciso interventismo dei pubblici poteri e di una incertezza circa le forme e i modi del suo esercizio non ha mancato di destare preoccupazione e finanche allarme, in dottrina, evocando i temi classici e ricorrenti della possibile violazione della riserva di legge, in materia di disciplina del contratto, e della funzionalizzazione dell'autonomia privata¹¹.

Il tema dei rapporti fra autonomia contrattuale e regolazione del mercato parrebbe evidenziare, in effetti, un ossimoro, se si muove dall'impostazione secondo cui il lemma "autonomia" – a livello filosofico, prima ancora che giuridico – denota «una qualificazione analitica, una esplicazione discorsiva dell'essenza stessa della volontà» e, al contempo, «un criterio di individuazione e distinzione da ogni entità che, priva di quella qualità, sarebbe da designare come eteronoma»¹².

11 Cfr., con diverse prospettive e impostazioni, F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 43 ss.; M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, *ivi*, p. 65 ss.; A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Ginst. civ.*, 2020, p. 195 ss.; V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, III, p. 1611 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti del diritto privato*, in p. 158 ss.; V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1085 ss. Per un eccellente quadro di sintesi, cfr. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, *Quaderni fiorentini*, n. 43, Milano, 2014, I, p. 622 ss.

12 S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 367, nonché M.S. GIANNINI, *Autonomia pubblica*, *ivi*, p. 356, per il rilievo secondo cui, nel linguaggio giuridico, la parola "autonomia" esprime «qualcosa che è definibile più che per caratteri propri, per la negazione di tratti che contengano l'idea di un limite o di un vincolo: quindi non tanto l'indipendenza quanto la non dipendenza; non l'autodeterminazione ma la non eterodeterminazione; non la libertà ma la non soggezione; non l'originarietà ma la non derivazione, non la suità ma la non implicazione; e così via». Cfr., inoltre, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 14 ss.; S. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, spec. pp. 10 e 41 ss. Più di recente, cfr. P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, *ivi*, 1974, XXIV, spec. 491 ss.; Nel solco della riflessione di Pugliatti e Giannini, cfr., da ultimo, S. AMOROSINO, *Imprese e mercati tra autonomia privata e regolazioni pubbliche. Appunti per una lezione inaugurale*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, I, p. 11 («il nocciolo dell'autonomia – come concetto generale, sia pubblica che privata – è, semplificando al massimo, il potere di dirigersi da sé»). Per un quadro d'insieme, cfr. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., p. 589 ss.; G. ALPA, *Autonomia contrattuale*, in G. D'AMICO (dir), *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 3, anche per utili precisazioni in merito ai rapporti fra autonomia privata e autonomia contrattuale; ID., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 495, per il rilievo secondo cui «una concezione meramente letterale dell'espressione ["autonomia contrattuale"] è diventata antistorica»; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*

In questa prospettiva, la potestà dei privati di stabilire un «autoregolamento di propri interessi e rapporti»¹³ risulta compressa, se non contraddetta, dall'intervento – appunto, eteronomo – del legislatore e delle autorità di settore, la cui attività di produzione normativa si svolge per di più, in assenza di una sicura “copertura” ad opera di una fonte di rango primario, che sovente si limita a individuare obiettivi da conseguire, senza una puntuale delega di poteri normativi¹⁴.

Vero è che già nella cornice delineata dal codice civile, il riconoscimento del potere delle parti di “liberamente determinare il contenuto del contratto” incontra un limite nella legge (art. 1322)¹⁵. Al riguardo, la dottrina civilistica ha

costituzionale. IV. *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 14 ss., per la critica alla teorica della “profanazione dell'autonomia negoziale”, ad opera delle fonti eteronome. Ma per una riaffermazione convinta del legame fra *libertà e autonomia contrattuale*, cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss., per l'affermazione secondo cui «la libertà, che caratterizza lo statuto costituzionale della persona, è anche libertà economica, la quale assume il nome tecnico di autonomia privata» (art. 1322 c.c.). Da ultimo, per una riflessione sulla dimensione ideologica del concetto di autonomia basato sul consenso (piuttosto che sulla volontarietà), cfr. F. DENOZZA, *Profili regolatori del diritto privato bancario*, in A. BROZZETTI (a cura di), *Banche, Europa e sviluppo economico*, Milano, 2023, p. 160 ss.

13 E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* [1960], Napoli, 1994, p. 49; R. SCOGNAMIGLIO *sub art. 1322*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1970, p. 27. Al riguardo, l'A. sottolineava, peraltro, che “la concezione dell'autonomia come libertà di determinarsi della volontà del singolo altresì agli effetti giuridici, affermatasi in epoca di trionfante liberalismo ed individualismo, appare superata nella più recente evoluzione del diritto, che in varie direzioni si volge a restringere, se non a soppiantare, la libera decisione dei privati per la realizzazione di interessi di preminente valore sociale”. La rilevanza del “controllo pubblico dell'autonomia dei privati” emerge lucidamente nello scritto di F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, p. 232.

14 Cfr., rispettivamente, gli artt. 5 e 127 T.U.B. e l'art. 5 T.U.F.

15 La dottrina ha da tempo affrontato il problema di un possibile “appannamento” della riserva di legge nella disciplina del contratto, già nel tessuto originario del codice civile, talora anche valorizzando il riferimento alle “norme corporative”, presente nell'art. 1322 e nell'art. 1339, dal quale sarebbe desumibile “la possibilità che agli elementi contrattuali stabiliti dalle parti si sostituiscano disposizioni imperative contenute in atti non aventi carattere legislativo”, senza che rilevi la successiva abrogazione dell'ordinamento corporativo. In questi termini: A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, p. 178. L'A. desumeva dall'art. 1339, cod. civ., la conclusione secondo cui “non è più valido in tutti i casi quel cardine della nozione di contratto che per lungo tempo ha dominato la dottrina civilistica, relativo alla corrispondenza tra contenuto del contratto e volontà privata” (*ivi*, p. 183, in polemica con la concezione volontaristica patrocinata, soprattutto, da G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947). In questo contesto deve essere inquadrata anche la rilettura dell'art. 1374, cod. civ., già ad opera della civilistica degli anni '60 del secolo scorso. Cfr., soprattutto, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 36 ss. (anche per la critica della tesi “estrema” di Alberto Romano); P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 206; ID., *Diritto civile costituzionale*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, spec. p. 183 ss., 291 e 351. Da ultimo, anche per gli opportuni riferimenti, cfr.

da tempo sottolineato che, nel moderno sistema delle fonti, il riferimento alla «legge» debba essere inteso nel senso di «ordinamento» (sistema) o, se si preferisce, di legalità costituzionale e comunitaria¹⁶. Il che ha suggerito una rilettura della richiamata disposizione codicistica, alla luce dell'espansione dei poteri (non soltanto normativi) delle autorità indipendenti, idonea a «condizionare lo svolgimento dell'autonomia contrattuale» e finanche ad «annichilire l'autonomia contrattuale delle parti», per perseguire le finalità della vigilanza¹⁷. La locuzione «contratto di fonte autoritativa» rende appieno questo apparente ossimoro¹⁸.

l'ampia indagine di E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, II, in *Tratt. contr.* Roppo, 2^a ed., Milano, 2022, spec. p. 443 ss. Cfr., peraltro, quanto si legge nella sentenza di Tar Lombardia, 14 marzo 2013, n. 683, in *Urb. e app.*, 2013, p. 1220 ss., pur se fraintendendo il riferimento alla «forza di legge» presente nell'art. 1372, cod. civ. L'estensore della sentenza è anche autore di contributi sul tema. Cfr., in particolare, D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2014, 94 ss. Sulla possibilità di desumere dall'art. 1374, cod. civ., un «principio di tassatività delle fonti integrative» del contratto, preclusivo rispetto all'integrazione ad opera di fonti sub-primarie, in assenza di un'espressa previsione di legge, cfr. A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, cit., p. 208 ss., anche richiamando la pronuncia di Cons. Stato, 27 giugno 2019, n. 4422, in *Giur. it.*, 2019, p. 2497, con nota di T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*. Per maggiori approfondimenti, si rinvia ad A. TUCCI, «Etero-regolamentazione» del contratto e disciplina dei mercati finanziari, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 562 ss.

16 In questi termini: G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli 2010, p. 94; ID., *Sanatoria*, in G. D'AMICO (dir.), *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., p. 1127. Con specifico riferimento al problema della riserva di legge, rispetto agli atti «normativi» delle autorità indipendenti, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 301; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 453 e p. 459, ove il rilievo secondo cui «il termine «legge» è comprensivo delle fonti secondarie, ivi compresi i provvedimenti delle Autorità indipendenti [...], purché esse siano coerenti con il provvedimento legislativo che ne predetermini la conformità all'utilità sociale». La complessità del controllo sull'esercizio dell'autonomia privata, alla stregua della regola enunciata dall'art. 1322, 1° co., cod. civ., è sottolineata dalla giurisprudenza di legittimità, mediante il richiamo allo «spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117 Cost., comma 1) e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprime all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 Cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela» (Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Corr. giur.*, 2019, p. 25, in tema di polizze *claims made*).

17 G. GITTI, *Contratto e autorità indipendenti*, in *Enc. dir. I tematici. Contratto*, Milano, 2021, p. 226.

18 Cfr. F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 319, nel solco di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari (1998), 2003, 36. Nella dottrina più recente sono state suggerite locuzioni «alternative» («contratto amministrato», «contratto adeguato» o, ancora, «conformazione del contratto»), ma convergenti, rispetto ai profili segnalati. Cfr., rispettivamente, C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018; R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, Milano, 2012; M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e*

Ciò è particolarmente evidente nei casi in cui le disposizioni adottate dalle autorità di vigilanza prevedano la predisposizione di un determinato regolamento contrattuale, il cui contenuto non è, peraltro, puntualmente articolato in termini di “clausole”, secondo il paradigma delineato dagli artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ., con la conseguenza che la penetrazione del precetto di fonte eteronoma nel regolamento contrattuale presuppone una imprescindibile e costante interazione tra regolazione autoritativa e autonomia privata e rende problematica, nel caso di inosservanza del precetto, l’operatività del meccanismo sostitutivo concepito dal codice civile, anche rispetto ai profili di nullità parziale¹⁹.

controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities, in A. FEDERICO E G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2019, p. 89 ss.; ID., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, spec. 140 ss.; A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell’assetto di mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 95 ss. D’uopo, d’altronde, il richiamo alla felice locuzione «*contrat dirigé*» (in italiano resa con «contratto regolato»), nel pionieristico saggio di L. JOSSERAND, *Considerazioni sul contratto «regolato»*, *Arch. Giur.*, 1934, p. 3, nel quale è chiaramente percepito il superamento della visione ottocentesca dell’autonomia contrattuale, a séguito dell’intervento dello Stato successivo alla Grande guerra. Nella dottrina giuridica italiana la locuzione “contratto regolato” è ripresa da F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU E F. MESSINEO (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968, p. 50.

19 Cfr., sul punto, C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, spec. p. 330, ove il rilievo secondo cui “l’integrazione autoritativa non sposa affatto il meccanismo di cui all’art. 1339 c.c., ma passa attraverso una integrazione autentica, mediante la predisposizione, soprattutto ad opera di colui che di fatto si trova nelle vesti del “professionista”, di clausole redatte secondo il programma informativo (precontrattuale) e contenutistico (contrattuale) dettato dai provvedimenti delle Autorità indipendenti di volta in volta rilevanti”. L’A. richiama la riflessione dottrinale, che aveva percepito come «potrebbe costituire un progresso (...) [la] concezione secondo cui l’integrazione si attua qui attraverso il concorso della fonte legislativa con la volontà del privato nella costituzione del regolamento contrattuale». E così era giunta ad «ammettere (...) obblighi di comportamento a carico di soggetti che si trovano in determinate situazioni di fatto, i quali sorgono prima e indipendentemente dalla conclusione del contratto» (R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1339, Comm. Scialoja-Branca, 230). Nel prosieguito, peraltro, l’A. parrebbe ritenere pacifica l’applicazione della regola di nullità relativa di protezione, “necessariamente parziale”, rilevabile d’ufficio (cfr. EAD., *op. cit.*, p. 332 ss.). Soluzione, questa, che non appare, peraltro, sempre agevolmente praticabile e, soprattutto, non sembra rinvenire un sicuro fondamento nelle disposizioni di rango primario (art. 23 T.U.F. e art. 117 T.U.B.), che si riferiscono, genericamente, alla nullità dell’intero contratto, per inosservanza della forma scritta, non anche alla omessa indicazione di specifiche clausole contrattuali, al di fuori dei casi espressamente previsti dall’art. 23, co. 2, T.U.F., e dall’art. 117, commi 6 e 7, T.U.B., nonché dalla peculiare (e diversa) fattispecie contemplata dal comma 8. Cfr. anche E. QUADRI, «*L’Arbitrato bancario finanziario*» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, spec. 311, con riferimento alla disposizione contenuta nella Sez. VII, par. 3 delle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, ai sensi della quale «il diritto di ricorrere all’ABF non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente e deve essere espressamente previsto nel contratto se questo contiene clausole compromissorie o concernenti il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie». Il dubbio circa il fondamento normativo della previsione – che parrebbe comminare una nullità dell’eventuale clausola difforme – sarebbe fugato dal

È quanto accade per la disciplina del c.d. contratto quadro, in materia di servizi di investimento, scandita in “tre livelli”. La fonte primaria (art. 23 T.U.F.) si limita a enunciare la regola della forma scritta, per il contratto “relativo alla prestazione dei servizi di investimento”; locuzione che la giurisprudenza di legittimità ha riferito, appunto, al “contratto quadro”, a contenuto normativo, a monte delle singole “operazioni di investimento”²⁰. Questo orientamento giurisprudenziale ha poi trovato una “copertura normativa” nel disposto dell’art. 58 del Regolamento delegato (UE) 2017/565, rubricato “*Accordi con i clienti al dettaglio e professionali*”, ai sensi del quale le imprese di investimento sono tenute a stipulare «con il cliente un accordo di base per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole, che stabilisce i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente»²¹. Il secondo livello è costituito dall’art. 37 del regolamento Consob in tema di intermediari, adottato con delibera n. 20307 del 15.2.2018²². Si noti che il comma 3 dell’art. 37, reg. interm., non stabilisce, in modo puntuale, il contenuto del “contratto quadro”, mediante la previsione di clausole, ma si limita a imporre agli intermediari – peraltro, soltanto nei rapporti con i clienti al dettaglio, fermo restando l’obbligo di adottare la forma scritta nei rapporti con qualsiasi cliente – di inserire nel contratto alcune previsioni, che verranno a costituire, per così dire, il contenuto minimo obbligatorio, come si evince anche dalla disposizione di cui alla lett. g) del medesimo articolo, ai sensi della quale il contratto «indica le altre condizioni contrattuali convenute con l’investitore per la prestazione del servizio». Il “terzo livello”, dunque, è rimesso all’autonomia contrattuale degli

richiamo al combinato disposto degli artt. 127, co. 1 e 128 *bis*, T.U.B., dal quale sarebbe possibile desumere la regola della inderogabilità delle disposizioni di trasparenza – ivi comprese quelle di rango secondario, emanate ai sensi dell’art. 128 *bis* – se non in senso più favorevole al cliente. In argomento cfr. anche V. BARBA, *La previsione di contenuti minimi del contratto da parte delle autorità amministrative indipendenti*, in L. AMMANNATI, P. CORIAS, F. SARTORI, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *I giudici e l'economia*, Torino, 2018, p. 235 ss.

20 Cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26724, che si leggono, fra l'altro, in *Giur. it.*, 2008, 353; Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Banca e Borsa*, 2017, II, 535, con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*.

21 Il considerando 90 precisa che l’obbligo di forma scritta è stabilito “al fine di offrire certezza giuridica e consentire ai clienti di comprendere meglio la natura dei servizi prestati”. In precedenza si veda l’art. 39 della Direttiva 2006/73/CE della Commissione, del 10 agosto 2006, recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE, rubricato “Accordo con il cliente al dettaglio”.

22 Nonché dall’art. 38, per il contratto relativo alla gestione di portafogli di investimento, e dall’art. 166, per il “contratto di consulenza in materia di investimenti”, da parte di consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria.

intermediari (e, in teoria, dei clienti, nei limiti in cui questa può esplicarsi, rispetto a una contrattazione di massa), il cui esercizio risulta, tuttavia, condizionato, se non proprio conformato, dovendo “riempire di contenuti” le “caselle” (*i.e.*, le clausole del futuro contratto) indicate dall'autorità di vigilanza e dovendo consacrare in un testo scritto qualsiasi pattuizione, in tal senso dovendosi intendere la portata precettiva della richiamata regola di cui alla lett. g).

Un approccio analogo è riscontrabile, per i contratti bancari, nella sez. III del Provvedimento Banca d'Italia 29 luglio 2009 (“*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”), recante “disposizioni in materia di forma e contenuto minimo dei contratti”, in attuazione della disciplina contenuta nell'art. 117, T.U.B.

L'intensità del possibile intervento della Banca d'Italia sull'autonomia contrattuale è controversa. Secondo un primo orientamento, l'Autorità di vigilanza sarebbe titolare di un potere alquanto “invasivo”, rispetto alla libera esplicazione dell'autonomia privata, potendo giungere a realizzare una “conformazione” autoritativa dell'assetto di interessi, in funzione di un suo riequilibrio, a tutela del cliente. Un diverso (e maggioritario) orientamento sostiene una lettura meno dirompente, rispetto ai principi fondamentali del diritto dei contratti, circoscrivendo il potere della Banca d'Italia alla “connotazione” dei contratti, in termini di uniformità del linguaggio adoperato, rispetto al contenuto del regolamento contrattuale, e, dunque, in funzione della tutela della trasparenza e della concorrenza nel mercato bancario, anche sotto il profilo della più agevole “comparabilità” dei servizi offerti²³.

23 Cfr., fra gli altri, G. DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del Testo Unico bancario*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma, 1999, p. 67 ss.; R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari*, *ivi*, p. 73 ss.; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca e Borsa*, 2008, I, p. 168; A. SPENA, *Art. 117, Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, Milano 2010, p. 981; A. MIRONE, *Art. 117*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2024, p. 1768 ss. Nella giurisprudenza recente, cfr. Cass., 9 febbraio 2022, n. 4117, in *dejure.it.*, per il rilievo secondo cui la disposizione in esame “attribuisce [...] all'istituto di vigilanza un potere ‘conformativo’ o ‘tipizzatorio’ del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole”. In tal senso si sono espresse, in precedenza, le “sentenze gemelle” diffCass. 28/11/2013, n. 26672 e diffCass. 6/12/2013, n. 27380, le quali hanno escluso che la previsione contenuta nell'art. 38, co. 2, T.U.B., in materia di “limite di finanziabilità” del mutuo

Un problema ulteriore – che, in questa sede, è possibile soltanto evocare – attiene alla formulazione, talora estremamente vaga, della “delega” di potere normativo all’autorità di vigilanza, nella fonte di rango primario; aspetto, questo, che dischiude un duplice ordine problematico: (i) la “imprevedibilità” della disciplina di rango secondario; (ii) la “compatibilità” della disciplina secondaria con la gerarchia delle fonti (e, dunque, la “legittimità”); il che risulta particolarmente delicato e problematico allorché la fonte primaria evochi concetti tecnici, bisognosi di specificazione²⁴.

2. Limitazioni e conformazione dell’autonomia contrattuale

Le considerazioni sin qui svolte dovrebbero rendere palese che la complessità delle problematiche derivanti dalla regolazione dei contratti nei mercati finanziari non si presta a essere inquadrata e compresa nella prospettiva dei limiti esterni all’autonomia contrattuale, che si rivela riduttiva e fuorviante, già a livello definitorio e di individuazione dei problemi, tradendo una pregiudiziale ideologica, che enfatizza, nel contratto, la manifestazione della libertà e nella regolazione del mercato una fonte di possibile ingerenza e finanche di “snaturamento” di quell’autonomia. Al contempo, siffatta concezione non consente di cogliere il tipo di problema percepito dalla regolazione del mercato e la strategia normativa all’uopo approntata, che non reca esclusivamente limitazioni negative all’autonomia contrattuale, ma introduce forme sempre più evidenti di “conformazione”, giungendo finanche

fondiario rientri in una delle “ipotesi indeterminate” di cui all’art. 117, co. 8, posto che, contrariamente a quest’ultima disposizione, la prima “conferisce alla Banca d’Italia non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l’oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria”. Donde la conclusione secondo cui “la violazione della norma, pur se imperativa, scaturente dall’art. 38, comma 2, T.U.B. è insuscettibile di provocare la nullità del contratto, non incidendo sul sinallagma contrattuale e, quindi, non concernendo la validità dello stesso, ma investendo esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale ivi stabilito”. Questa soluzione è stata poi accolta da Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Banca e Borsa* 2023, 3, II, 323.

²⁴ Così, ad esempio, relativamente alle voci di costo da includere nel TEGM e, prima ancora, nel TAEG. Al riguardo, la Dir. 2008/48/CE specifica, peraltro, la formula matematica da adottare. E cfr. anche gli spunti comparatistici di G. COLANGELO, *La menzogna nel credito*, spec. p. 74. Sulle problematiche evocate nel testo, cfr. V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, spec. p. 65 ss.

a creare rapporti giuridici obbligatori, in funzione del conseguimento degli obiettivi di politica del diritto²⁵.

Coerente con questa visione dei rapporti fra autonomia e regolazione è l'opzione per un'interpretazione restrittiva delle disposizioni, anche di rango primario, che “interferiscono” con il potere dei privati di regolare i propri interessi, in virtù di un approccio dogmatico, che può condurre alla acritica trasposizione di categorie del diritto civile nel contesto della disciplina speciale dei mercati finanziari.

2.1. Il recesso dai patti parasociali nelle società quotate

Emblematica la disputa sul diritto di recesso “senza preavviso” dai patti parasociali nelle società quotate, riconosciuto dall'art. 122, co. 3, T.U.F., agli azionisti che intendano aderire a un'offerta pubblica di acquisto o di scambio totalitaria (art. 106) o “parziale esimente” (art. 107).

Il legislatore ha inteso prevenire il rischio che il vincolo parasociale possa costituire uno strumento di immobilizzazione delle partecipazioni azionarie, non superabile neanche nel caso di offerte dirette ad acquisire il controllo della società. Il timore dell'obbligazione risarcitoria per l'inadempimento contrattuale avrebbe potuto costituire, in effetti, un serio ostacolo all'instaurazione di un efficiente mercato del controllo societario, soprattutto in un contesto contraddistinto da assetti proprietari tendenzialmente (resi) stabili,

²⁵ Di particolare interesse si rivela, al riguardo, nella disciplina dei mercati finanziari, l'istituto dell'OPA obbligatoria, che non si limita a imporre la conclusione di un contratto di compravendita o di permuta, ma grava un soggetto di un'obbligazione complessa, volta a creare un contesto informativo adeguato e predeterminato, per consentire a determinate categorie di investitori di decidere se disinvestire e, eventualmente, a creare un contesto alternativo al mercato per la liquidazione dell'investimento. Cfr., sul punto, i rilievi di G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 60. In argomento, sia consentito il rinvio ad A. TUCCI, *La violazione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto*, Milano, 2008, p. 91 ss. Per un inquadramento generale dei problemi evocati nel testo, cfr., da ultimo, F. DENOZZA, *Il mercato e la sua tutela, tra diritto privato “relazionale” e diritto privato “regolatorio”*, in *Accademia*, 2024, p. 128, il quale propone di distinguere il “diritto privato relazionale” o “orizzontale”, che considera esclusivamente le posizioni delle parti del rapporto e persegue l'obiettivo di ottimizzarne la disciplina, sulla base di criteri di giustizia commutativa, dal diritto privato “regolatorio”, o “verticale”, che “disciplina i rapporti tra le parti in modo da raggiungere finalità generali che riguardano l'intera società” (obiettivi di *policy*, piuttosto che affermazione di principi e diritti, secondo il richiamo alla distinzione fra “*policy*” e “*principle*” proposta da R. DWORKIN, *The model of rules*, in *U. Chi. L. rev.*, 1967, p. 14).

proprio per il frequente ricorso a patti di sindacato recanti limiti alla libera trasferibilità delle azioni.

La disciplina del recesso in pendenza di OPA non ha tuttavia mancato di suscitare dubbi interpretativi e perplessità, da parte di chi ne ha colto la natura «poco rispettosa» dell'autonomia negoziale. Donde il tentativo di attenuarne la portata “eversiva”, proponendo la tesi della derogabilità pattizia del regime legale, nel senso che il diritto di recesso sarebbe disponibile da parte del singolo socio, anche mediante l'accettazione di una clausola, che espressamente escluda la possibilità di sciogliersi unilateralmente dal vincolo parasociale per aderire a un'offerta di acquisizione²⁶.

Il ragionamento evidenzia una chiara opzione di carattere ideologico, celata dietro il velo di un approccio dogmatico agli istituti giuridici, riassumibile nella sequenza logica “contratto parasociale” – “autonomia contrattuale” – “libertà di autodeterminazione”, rispetto alla quale l'intervento esterno – in questo caso, del legislatore – costituisce un “limite”, la cui portata deve essere contenuta dall'interprete, al fine di consentire la massima esplicazione della libertà dei privati.

A diverse conclusioni si perviene ove si collochi l'autonomia contrattuale dei soci nel contesto della regolazione del mercato finanziario.

Il legislatore del Testo Unico, in effetti, si è preoccupato di disciplinare i patti parasociali soprattutto in una prospettiva di tutela dei mercati finanziari, in termini di trasparenza e contendibilità degli assetti di controllo delle società quotate, in tal modo superando i dubbi che, in passato, erano stati manifestati in merito alla compatibilità dei patti parasociali con la disciplina speciale delle società che fanno appello al pubblico risparmio²⁷.

²⁶ Così G. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 226.

²⁷ Il riferimento è alla riflessione di Guido Rossi, il quale ha ravvisato nei patti parasociali un fattore di distorsione del corretto funzionamento del mercato finanziario, per la loro capacità di ostacolare il libero esplicarsi del “mercato del controllo societario” e di creare situazioni di disparità di trattamento tra gli azionisti, anche soltanto sotto il profilo dell'informazione e della trasparenza degli assetti di controllo. In particolare, la portata eversiva dei principi cardine di trasparenza e di libera trasferibilità delle partecipazioni azionarie, oltre che il contrasto con la disciplina delle offerte pubbliche di acquisizione, avrebbero comportato – ad avviso dell'A. – un giudizio di radicale nullità dei sindacati azionari nelle società quotate, per un'incompatibilità con la tutela del pubblico risparmio e, in definitiva, con il “superiore interesse del mercato”, rispetto al quale lo stesso interesse sociale avrebbe dovuto cedere il passo. Cfr. G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in F. BONELLI, P.G. JAEGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993, p. 68 ss. L'A. ha ribadito la

L'imposizione di regole di trasparenza e la previsione di un termine massimo di efficacia dei patti si inquadrano nella logica della limitazione dell'autonomia contrattuale, in funzione della regolazione del mercato²⁸.

La disciplina del recesso rientra in questa strategia di regolazione, ma presenta aspetti ulteriori, che evidenziano la dimensione della *conformazione*, se non proprio della funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale, là dove consente al singolo paciscente di sciogliere unilateralmente il vincolo assunto, per realizzare un interesse egoistico, consistente nell'adesione a un'offerta di acquisizione, evidentemente, a condizioni più vantaggiose. Non a caso, il diritto di recesso è riconosciuto non rispetto a qualsiasi offerta di acquisizione, ma soltanto nel caso di un'offerta volta all'acquisizione del controllo dell'emittente e, dunque, idonea ad alterare gli equilibri di potere preesistenti²⁹.

La norma sul diritto di recesso, dunque, tutela non soltanto l'interesse, senz'altro disponibile, del singolo socio ad alienare la partecipazione per aderire

sua posizione anche successivamente all'entrata in vigore del Testo Unico, a dispetto di una ipotizzata "legittimazione" dei patti parasociali. Cfr. ID., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, pp. 43 e 128; ID., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 66. In senso adesivo a questa impostazione, cfr. A. TOFFOLETTO, *Patti parasociali e società quotate*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, I, p. 269 ss. L'attualità della riflessione di Guido Rossi emerge, come si osserva nel testo, nella prospettiva di una diversa considerazione dei margini da riconoscere all'autonomia contrattuale, a seconda dei contesti di mercato, rifuggendo da una visione dogmatica dell'autonomia contrattuale, quale essenza immutabile e insensibile al contesto storico e socio-economico.

28 Cfr., fra gli altri, F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca e Borsa*, 2017, I, p. 131 ss.; R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. regol. merc.*, 2020, p. 134 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 526. Cfr. anche il quadro di sintesi offerto da G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 134 ss.; E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, spec. p. 236 ss. Per vero, la consapevolezza della tendenza del legislatore (non soltanto comunitario) a «utilizzare» il contratto non soltanto per regolare interessi privati e comporne il conflitto, ma, altresì, quale strumento per realizzare interessi ulteriori meta-individuali non può dirsi estranea alla riflessione civilistica sopra evocata. Cfr., in luogo di molti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 32 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, spec. p. 385 ss.

29 Il generico riferimento all'art. 106 T.U.F., rende applicabile l'istituto anche alla fattispecie di Opa totalitaria preventiva, ex art. 106, co. 4, non essendovi ragioni di carattere sostanziale per superare la lettera della legge. E ciò in linea con la *ratio* della disciplina, volta ad agevolare le offerte che abbiano l'obiettivo o l'effetto di condurre a un mutamento degli assetti di controllo. Cfr. Trib. Firenze, 3 giugno 2014, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 174, con nota di L. CALVOSA, A. PIRAS, *Sull'ammissibilità del recesso da patto parasociale in pendenza di opa volontaria totalitaria*. In senso contrario cfr., tuttavia, PICCIAU, *Sub art. 123*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza. Commentario*, Milano, 1999, p. 917 ss.

a un'offerta economicamente vantaggiosa, ma anche – se non principalmente – quello, «di mercato», alla contendibilità del controllo societario³⁰.

Si è in presenza di un interesse di natura pubblicistica, come tale sottratto all'autonomia privata³¹.

Le considerazioni sin qui svolte in merito agli interessi tutelati dalla disciplina del diritto di recesso orientano diversamente l'interpretazione della disposizione, nel senso di riconoscerne la massima espansione.

In questa prospettiva, devono ritenersi di dubbia legittimità eventuali clausole penali, a carico del socio che intenda sciogliersi dal vincolo, per aderire all'offerta³². Non pertinente, al riguardo, sarebbe il richiamo alle regole generali in tema di recesso dai contratti e, in particolare, al disposto dell'art. 1373, co. 3, non potendo la penale essere qualificata in termini di corrispettivo per l'attribuzione di un diritto di recesso, che discende, invece, da una norma imperativa di legge. Sul piano degli interessi protetti, d'altronde, la pattuizione di penali avrebbe l'effetto di svuotare la portata precettiva della disciplina di rango legale, ripristinando e, anzi, rafforzando l'efficacia dissuasiva del vincolo parasociale, rispetto all'adesione a un'offerta di acquisizione.

La disciplina del recesso dai patti parasociali, d'altronde, può e deve essere inquadrata nell'ambito di una più ampia strategia normativa, che “utilizza” gli istituti del diritto privato in funzione di regolazione del mercato. In questo contesto, l'interesse egoistico del singolo paciscente a sciogliersi da un vincolo pure a suo tempo accettato e “voluto” trova un riconoscimento

30 L'interpretazione patrocinata, d'altronde, risulta rafforzata dall'inserimento – ad opera del d. lgs. n. 229/2007 –, nell'art. 122, co. 5, dell'ulteriore fattispecie – forse già desumibile dal contesto normativo previgente – dei patti volti a favorire o a contrastare gli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio, ivi compresi gli impegni a non aderire a un'offerta. In effetti, l'impegno del socio a non recedere dal patto, in caso di OPA, parrebbe riconducibile – pur se non coincidendo del tutto – con la fattispecie del patto “anti OPA” e sarebbe, pertanto, soggetto alla disciplina dei patti parasociali. In altri termini, anche a voler ammettere la legittimità di una clausola pattizia derogatoria del disposto dell'art. 123, co. 3, il vincolo obbligatorio così generato sarebbe pur sempre soggetto al diritto di recesso per aderire a un'offerta di controllo (*i.e.*, ex artt. 106 e 107 T.U.F.).

31 Cfr., in senso conforme, SANTONI, *Sub art. 123*, in G.F. Campobasso (dir.) *Il Testo Unico della finanza*, Torino, 2002, p. 1015.

32 Per la tesi favorevole ad ammettere la legittimità di una penale per il recesso, cfr. ATELLI, *Patti parasociali*, in Rabitti Bedogni (dir.), *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1998, p. 681, nonché, pur se in termini dubitativi, R. LENER, *La nuova disciplina delle offerte pubbliche di acquisto e scambio*, in *Riv. dir. cin.*, 1999, II, p. 273.

normativo in quanto strumentale al perseguimento di finalità di regolazione del mercato chiaramente enunciati in apertura della parte IV del Testo Unico, segnatamente, l'efficienza e la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali (art. 91 T.U.F.).

2.2. Il *ius poenitendi* nell'offerta fuori sede di strumenti finanziari e servizi di investimento

Un'analoga "strumentalizzazione" degli istituti civilistici per finalità di regolazione del mercato caratterizza il *ius poenitendi*, di matrice consumeristica (art. 52, cod. cons., e art. 125-ter, T.U.B., per il credito ai consumatori), esteso al settore degli investimenti finanziari nel contesto della disciplina dell'offerta fuori sede (art. 30 T.U.F.).

Anche in questo caso si registra, apparentemente, un *vulnus* a uno dei principi cardine dell'autonomia contrattuale, solennemente enunciato nell'art. 1372, cod. civ. La "forza di legge", che discende dal vincolo contrattuale, reclama il "mutuo consenso" per il suo scioglimento³³.

Certo, la regola di protezione del contraente debole può essere ricondotta a sistema, valorizzando la finalità di salvaguardia di un consenso libero e informato. Non ricorrerebbe, dunque, una «negazione dell'autonomia contrattuale», bensì una sua «correzione o anche integrazione, proprio a tutela del suo essenziale, immancabile fondamento: la parità di posizioni»³⁴.

Appare, peraltro, più proficua – anche sotto un profilo metodologico – un'indagine che si interroghi sulla strategia normativa del legislatore (domestico ed europeo), nella prospettiva del conseguimento di obiettivi di regolazione del mercato o, meglio, dei diversi mercati di riferimento, dovendosi, probabilmente, condurre un'analisi che tenga conto anche dei "beni" e dei

33 Cfr., in luogo di molti, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, II, p. 315 ss., ora anche in *Il contratto*, Milano, 2011, p. 217 ss. (dove si cita), nonché P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss., per importanti precisazioni in merito ai rapporti fra la regola di cui all'art. 1372 e l'attribuzione a una delle parti del potere di modificare unilateralmente il contratto (c.d. *ius variandi*).

34 In questi termini: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit. In termini generali, sugli interventi "riequilibratori" del legislatore, a garanzia di una parità *effettiva* dei contraenti, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. cit.*

“servizi” (e delle loro caratteristiche), che formano oggetto dei contratti in relazione ai quali è riconosciuto a una delle parti un diritto di recesso³⁵.

In questa diversa prospettiva può essere compresa l'importante (e controversa³⁶) regola che sanziona con la nullità speciale di protezione³⁷ del contratto l'omessa informazione, da parte dell'intermediario, circa la sussistenza del *ius poenitendi*, nei contratti di investimento conclusi fuori sede (art. 30, co. 6, T.U.F.)³⁸.

La disciplina protettiva del cliente è, sovente, percepita come una minaccia alla sicurezza e alla speditezza del traffico giuridico, per i possibili

35 Cfr., da ultimo, A. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (ius poenitendi)*, in *Accademia*, 2023, p. 719 ss., nel solco della riflessione giu-economica sulle diverse “qualità” dei beni e dei servizi (“*search qualities*”, “*experience qualities*”, “*credence qualities*”), che induce l'A. alla conclusione – forse un po' *tranchante* – della inutilità del diritto di recesso nei contratti di credito e di investimento. In precedenza, cfr. G. GRISI, *Lo “ius poenitendi” tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 569. Per l'impostazione suggerita nel testo, cfr., con riferimento al recesso consumeristico, A. NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, cit., p. 332, ove il rilievo che, nella prospettiva del mercato, il potere di “svincolo unilaterale” svolge “un importante ruolo pro-concorrenziale, in quanto consente al contraente di cogliere – volta per volta – le migliori opportunità offerte dal mercato di riferimento”.

36 Nel senso della “irragionevolezza della disciplina”, cfr. A. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato*, cit., p. 734.

37 La tecnica delle nullità speciali di protezione, come noto, ricorre nei settori bancario e finanziario, nella logica di tutela del cliente/investitore, non soltanto “consumatore” (o “cliente al dettaglio”, secondo il lessico del diritto del mercato finanziario). È quanto avviene, ad esempio, per la forma solenne nei contratti bancari e finanziari (artt. 117 T.U.B., e 23 T.U.F.), la cui violazione pure è «sanzionata» con la nullità, che può «essere rilevata d'ufficio dal giudice» e opera «soltanto a vantaggio del cliente», secondo la regola, espressamente prevista per i contratti bancari, ma che la giurisprudenza di legittimità ritiene immanente allo statuto della nullità di protezione. Cfr. Cass., sez. un., n. 28314/19, cit., p. 123, spec. § 15.2, per la precisazione che «il rilievo officioso delle nullità di protezione deve ritenersi generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto in favore del cliente tale regime di protezione in considerazione dei principi stabiliti nella sentenza delle S.U. n. 26642 del 2014». L'art. 23, co. 3, T.U.F., «deve, pertanto, essere interpretato in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto eurounitario, così da non escluderne né il rilievo d'ufficio né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente».

38 La disciplina evocata ha posto agli interpreti numerosi problemi esegetici, innanzitutto, in merito alla sua applicabilità ai contratti conclusi nello svolgimento dei soli servizi di collocamento e di gestione di portafogli ovvero di qualsiasi servizio di investimento, sulla base di un'interpretazione estensiva (e, se si vuole, atecnica) del termine collocamento. È questa la soluzione accolta dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 03/06/2013, n. 13905) e poi recepita – non senza qualche maldestro tentativo di “sanatoria” – dal legislatore. La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha chiarito che il diritto di recesso sussiste rispetto ai «singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede», non già rispetto al c.d. contratto quadro, poiché la conclusione di quest'ultimo «di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari». Cfr. Cass. 01/06/2016, n. 11401, sulla base del rilievo, secondo cui è con il singolo “ordine” che il cliente manifesta la volontà negoziale di investire, non già con la conclusione del contratto quadro, che delinea esclusivamente la “cornice giuridica” dei futuri ed eventuali atti di investimento.

abusi della nullità di protezione, che potrebbe essere invocata in qualsiasi momento da clienti semplicemente delusi per l'esito infausto di un investimento, in realtà, *illo tempore*, consapevolmente intrapreso e "voluto". Da questo ordine di preoccupazioni trae origine l'opzione per l'interpretazione restrittiva di una disciplina ritenuta eccezionale, rispetto al principio generale della libertà negoziale³⁹.

La presa di posizione delle Sezioni Unite sulla questione della domanda di "nullità selettiva" dei contratti a valle del contratto quadro⁴⁰ ha, in qualche modo, legittimato il ricorso a un'analoga tecnica argomentativa, incentrata sul richiamo della regola della buona fede per contenere gli effetti della nullità per omessa informazione sul diritto di ripensamento, in presenza di condotte dell'investitore sintomatiche di un abuso dello strumento di tutela ovvero anche ragionando in termini di in/sussistenza dell'interesse protetto⁴¹.

39 Cfr. L. DI BRINA, *Contratti del risparmiatore negoziati fuori dei locali commerciali. Collocamento e offerta fuori sede*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di Capriglione, Milano, 2013, p. 341; R. GHETTI, *Trasparenza, recesso e nullità nell'offerta fuori sede*, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 233; ID., *I "contratti di collocamento" nell'art. 30, comma 6 T.U.F.*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 697, ove l'A. manifesta il sospetto che "lo strumento della nullità da omessa menzione del diritto di recesso non venga, nella prassi, impiegato per proteggere il cliente dalla "sorpresa" dovuta alle modalità "fuori sede" dell'offerta, ma piuttosto come una scorciatoia per riparare ad un investimento sfortunato e per sanzionare intermediari che abbiano violato regole di comportamento". Da ultimo, per analoghe considerazioni, cfr. A. URBANI, *L'offerta e l'operatività fuori sede*, in *Il Testo Unico finanziario*, diretto da Cera e Presti, Bologna, 2020, p. 668; M. ARRIGONI, *La disciplina dell'offerta fuori sede nei mercati finanziari moderni*, in *Contratti*, 2023, p. 136, critico rispetto alla stessa facoltà di un uso opportunistico del rimedio demolitorio. È forse utile precisare, peraltro, che, nel caso dell'offerta fuori sede, la possibilità che il cliente invochi la nullità anche a distanza di tempo dalla conclusione del contratto sussiste soltanto nel caso in cui l'intermediario abbia omesso di fornire l'informazione sullo *ius poenitendi*. Sennonché, almeno fino alla pronuncia delle Sezioni Unite sopra ricordata, gli intermediari hanno finora agito, per lo più, nella convinzione di non dover fornire nessuna informazione, nel caso di contratti conclusi nella prestazione dei servizi diversi dal collocamento (o dalla gestione di portafogli), in ragione dell'insussistenza dello *ius poenitendi*.

40 Il riferimento è alla sentenza di Cfr. Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, p. 123 ss., con nota di A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*. In argomento, cfr., anche per riferimenti, C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, spec. p. 119 ss.

41 In tal senso si è pronunciata, ad esempio, la Corte di Appello di Milano (sent. 28 luglio 2020, n. 2003), osservando che «Cass. SU 13905/2013 aveva anche statuito che poteva estendersi alle negoziazioni per conto proprio la medesima tutela prevista per il servizio di collocamento dall'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, solo se si ravvisava in concreto la medesima esigenza di tutela e se tale estensione non fosse risultata contraria alla buona fede, mentre nel caso in esame non vi è stato nessun effetto sorpresa (il contratto IRS è stato infatti sottoscritto un mese dopo il contratto quadro, il cliente ha ricevuto dettagliata scheda tecnica, il contratto non è un prodotto standardizzato ma è specifico per le esigenze del cliente, il collegio sindacale [della Società] non ha mai sollevato obiezioni) e la contestazione della cliente è contraria alla buona fede ([la Società] pretende infatti di far valere dieci anni dopo, un diritto di recesso, che avrebbe dovuto essere esercitato entro sette giorni dalla stipulazione del contratto, senza

I recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, in tema di formalismo di protezione, parrebbero fugare i timori espressi dalla dottrina in merito all'eccesso di tutela e alla conseguente deresponsabilizzazione dell'investitore, conducendo a un bilanciamento degli opposti interessi, nella prospettiva del perseguimento degli obiettivi "di sistema" (stabilità, buon funzionamento, competitività, nel rispetto della trasparenza e della tutela effettiva degli investitori).

Qualche perplessità desta, peraltro, la tecnica argomentativa adottata, basata su una poco controllabile (e, talora, poco controllata) argomentazione per principi e regole generali, anche in funzione correttiva di regole puntuali, che parrebbero espressione di una già compiuta operazione di bilanciamento degli interessi, ad opera del legislatore, finalizzata a indurre i soggetti abilitati ad agire secondo un modello di condotta virtuoso, la cui inosservanza è "sanzionata"⁴² con l'applicazione di una disciplina, indubbiamente,

nemmeno spiegare le ragioni di un tale ritardo)». L'obiettivo di prevenire o reprimere condotte maliziose, in assenza di un'effettiva lesione dell'interesse protetto, è stato, inoltre, perseguito dalla giurisprudenza, muovendosi nell'ambito della fattispecie descritta dal legislatore e, in particolare, patrocinando un'interpretazione restrittiva della nozione di conclusione del contratto fuori sede, di cui all'art. 30, co. 7, T.U.F. In questa prospettiva, l'applicazione della disciplina del *ius poenitendi* presupporrebbe non soltanto la formale sottoscrizione del testo contrattuale al di fuori della sede o delle filiali dell'intermediario, ma, altresì, l'accertamento del fatto che, in concreto, l'investimento sia stato "sollecitato" dal promotore o dal dipendente dell'intermediario in quel contesto, in tal modo legittimando la conclusione secondo cui la decisione di investimento sia maturata fuori sede e, dunque, in un contesto foriero di sorprese o, comunque, di non adeguata ponderazione (cfr. Cass., 31 agosto 2020, n. 18155).

42 Nella prospettiva suggerita nel testo, non può certo destare stupore l'affermazione – dogmaticamente, forse, discutibile, almeno rispetto alla sistematica codicistica – secondo cui anche la nullità costituisce un rimedio, se contemplata nella sua dimensione «dinamica», della realizzazione dell'ordinamento giuridico, su impulso di parte o in virtù di un rilievo officioso, e si rivela, pertanto, strumento di politica legislativa e di «attuazione dell'interesse» protetto, con una «spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie». In questi termini – anche con specifico riferimento alla nullità relativa delle clausole abusive – S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 171. Per considerazioni analoghe, cfr. V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 1049, ove si sottolinea la «tensione del rimedio alla effettiva reintegrazione soddisfatta [di un interesse giuridico (efficace, rilevante o anche soltanto meritevole di tutela), in nome di quella "effettività" della tutela costituente principio anche di rilevanza costituzionale (art. 24, comma 1, Cost.) oltre che di diritto europeo (artt. 13 CEDU e 47 Carta dir. UE)». P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 4: «non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi». Per la tesi contraria a ravvisare nella nullità un rimedio, in senso tecnico, cfr. D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss.; P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 365, i quali discorrono, piuttosto, di "sanzione civile" (ma, anche su questo punto, si vedano le puntualizzazioni di N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 541). Nella prospettiva in questa sede patrocinata cfr., invece, C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, *ivi*, 2022, p. 699, nonché,

penalizzante (appunto: una sanzione civile⁴³), che si presta anche a un uso “opportunistico”, da parte del soggetto protetto, pur se entro gli argini della buona fede⁴⁴.

3. Sanzioni e rimedi

La strategia normativa della sanzione e dell'incentivo trova ulteriori e significativi riscontri nella disciplina dei mercati regolati, in particolare, nella prospettiva della conformazione delle condotte dei soggetti vigilati, al fine di realizzare gli obiettivi di politica del diritto perseguiti dal legislatore.

anche per ulteriori riferimenti, cfr., tra gli altri, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, spec. p. 28 e p. 155 ss. (il volume che ospita il contributo, d'altronde, è intitolato, significativamente, “*Rimedi*”); S. MAZZAMUTO, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 121 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss. In effetti, nel contesto europeo, la nullità non è mera reazione alla difformità dell'atto rispetto al paradigma legislativo, ma è, piuttosto, impiegata per conformare e modellare il contratto in funzione di “protezione” del regolamento perseguito dall'ordinamento. Cfr., in particolare, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit., p. 738 ss., nonché, più di recente, M. PROTO, *Crisi del contratto e nullità di protezione*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2017, p. 874-875, il quale si esprime in termini di «rimedio relativo, che dipende dagli specifici interessi in gioco, dall'operazione economica e dalla natura dei beni e dei servizi in essa coinvolti». Sulla qualificazione della nullità in termini di «sanzione civile» cfr., da ultimo, Cass., sez. un., n. 33719/22, cit., § 8.3, p. 19 (in tema di superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario, ex art. 38 T.U.B.); Cass., sez. un., 15 marzo 2022, n. 8472, in *Banca e Borsa*, 2023, II, p. 491 (in tema di fideiussione rilasciata da un “confidi minore”).

43 Il riferimento è, innanzitutto, alla riflessione di F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette. Premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 532. Sui rapporti fra “interessi del singolo” ed “esigenza sociale”, ai fini della tutela, cfr., in generale, le riflessioni di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 22 ss. Più di recente, sul diritto privato sanzionatorio, cfr. P. BENAZZO, *Le pene civili nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005, spec. 38 ss.

44 Sono queste, in estrema sintesi, le conclusioni cui perviene la ricordata sentenza di Cass., sez. un., n. 28314/19, cit., § 22.2, ove si sottolinea che «l'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede». In altri termini, l'uso “selettivo” del “rimedio” della nullità è del tutto fisiologico, nella logica della disciplina di settore, purché non conduca a un eccessivo vantaggio, in danno dell'intermediario. Donde la possibile “eccezione di buona fede”, che può paralizzare, in tutto o in parte, l'azione di nullità, sulla base dell'effettivo “pregiudizio” sofferto dall'investitore, alla luce del risultato complessivo dell'operatività in strumenti finanziari regolata dal contratto nullo. Il richiamo alla buona fede in funzione preventiva/repressiva di condotte opportunistiche si legge nella motivazione di Cass., Sez. Un., n. 13905/13, cit., p. 523 («il rischio di un utilizzo non corretto del diritto di recesso potrà eventualmente, ove si dia il caso, essere neutralizzato invocando il principio generale di buona fede, che deve presidiare qualsiasi rapporto contrattuale, ma non vale certo a negare il fondamento stesso sul quale il riconoscimento di quel diritto riposa»).

3.1. La valutazione del merito creditizio

Nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori è presente un divieto di risoluzione del contratto o di esercizio del *ius variandi*, da parte del finanziatore, per non corretta valutazione del merito creditizio o per informazioni incomplete da parte del consumatore, che non versi in dolo (art. 120 undecies, co. 3, T.U.B.). La regola è destinata ad assumere portata generale, rispetto ai contratti di credito ai consumatori, alla luce del disposto dell'art. 18, co. 7, Dir. 2023/2225/UE, ai sensi del quale «gli Stati membri assicurano che il creditore che concluda un contratto di credito con un consumatore non risolva né modifichi in un secondo tempo il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio non era stata effettuata correttamente».

L'inosservanza, da parte degli intermediari, degli obblighi di condotta, in sede di instaurazione e di esecuzione del rapporto, incide sulla gestione della fase patologica, non soltanto nel senso di consentire l'autotutela del cliente, ma anche nel senso di inibirla all'intermediario⁴⁵. La privazione di una prerogativa contrattuale dovrebbe fungere da incentivo a una corretta valutazione del merito creditizio, che costituisce uno degli obiettivi perseguiti dalla disciplina di settore, al fine di realizzare un mercato del credito efficiente e “responsabile”⁴⁶, anche sacrificando uno dei dogmi tradizionali della riflessione

⁴⁵ Il quadro normativo evocato nel testo deve, evidentemente, essere coordinato con la disciplina contenuta nel codice della crisi e dell'insolvenza e, in particolare, con il disposto dell'art. 69, co. 2, d. lgs. n. 14/2019, ai sensi del quale «il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta» (di ristrutturazione dei debiti del consumatore). Su questi aspetti cfr. l'analisi di R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, spec. p. 122 ss., nonché le osservazioni di L. MODICA, *Disciplina generale dell'obbligazione e sovraindebitamento*, cit., 258 ss.

⁴⁶ Cfr. il *considerando 53* della Direttiva 2023/2225/UE: “In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o senza preliminar valutazione del merito creditizio. Gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento da parte dei creditori e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionarlo”. Pur se con riferimento alla Direttiva 2008/48/CE, cfr. le Sentenze della Corte Giust. UE del 27 marzo 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punto 42, e del 5 marzo 2020, OPR-Finance, C-679/18, EU:C:2020:167, punto 21, nonché, da ultimo, 11 gennaio 2024, C-755/22, §§ 33-36, per il rilievo che “la responsabilizzazione dei creditori e la prevenzione di pratiche irresponsabili nella concessione di crediti ai consumatori contribuiscono in modo essenziale al buon funzionamento del mercato del credito al consumo”. Sulla base di questa premessa, la Corte precisa che “poiché tali finalità son indipendenti dalla situazione o dal comportamento di un determinato consumatore, esse non sono conseguite per il solo fatto dell'esecuzione

civilistica sull'autonomia privata, ossia il c.d. principio di autoreponsabilità (nel caso di specie, di chi contrae un debito)⁴⁷.

Si è in presenza di una disciplina conformativa dell'attività e dell'organizzazione d'impresa del soggetto abilitato, che, tuttavia, per un'espressa presa di posizione del legislatore, assume rilievo non soltanto ai fini della valutazione della sana e corretta gestione, da parte dell'autorità di vigilanza (c.d. dimensione verticale), ma anche nella dimensione del rapporto obbligatorio con i clienti.

Il passaggio ulteriore, in questa prospettiva, risiede nel riconoscere al consumatore una pretesa alla corretta valutazione del merito creditizio, la cui delusione comporta il diritto al risarcimento del danno eventualmente subito per l'altrui inadempimento⁴⁸.

integrale del contratto di credito concluso da quest'ultimo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte del creditore, dell'obbligo ad esso incombente in forza dell'articolo 8 della direttiva 2008/48 e potrebbe privare tale disposizione del suo effetto utile". Donde la compatibilità con la Direttiva della previsione di una nullità per violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, contenuta nella disciplina di uno Stato membro (ma su quest'ultimo aspetto, cfr. quanto si osserva subito *infra*, nel testo).

47 Aspetto, questo, sottolineato da G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., 49, ove il rilievo che il principio del "credito responsabile" è stato considerato, in dottrina, "quale illegittima ingerenza nell'autonomia privata ed espressione di un inaccettabile paternalismo giuridico, incompatibile con il principio di autoreponsabilità del soggetto consumatore". Sui limiti di questo approccio dogmatico, con particolare riferimento ai contratti di investimento, ma sulla base di considerazioni di carattere generale, sia consentito il rinvio ad A. TUCCI, «Etero-regolamentazione del contratto e disciplina dei mercati finanziari», in *Rass. dir. civ.*, 2023, I, p. 574 ss. In una diversa prospettiva si è, peraltro, sottolineata la tendenza del legislatore domestico e comunitario a promuovere forme di indebitamento "irresponsabile", agevolando il ricorso al credito da parte del consumatore, con finalità di stimolo del mercato, in un contesto economico contraddistinto da una crescente contrazione dei redditi. Coerente con questo approccio sarebbe il *favor* per gli istituti di "esdebitazione", a scapito della tradizionale coazione all'adempimento. Cfr., in particolare, G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 62; I, spec. p. 887 ss.; L. MODICA, *Disciplina generale dell'obbligazione e sovraindebitamento*, cit., spec. 249 ss.

48 Cfr. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012, 141 ss., anche argomentando dall'assenza di sanzioni pubblicistiche; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca e Borsa*, 2013, I, p. 62; F. SALERNO, *La prevenzione del sovraindebitamento nel credito al consumo*, Pisa, 2017, p. 119 ss. e p. 143 ss. (per i profili risarcitori); M. SEMERARO, A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in E. CAPOBIANCO, AA.VV. (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, p. 1849 ss., anche argomentando dalla più recente disciplina sul credito immobiliare ai consumatori; EAD., *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, p. 710. Su quest'ultimo aspetto, cfr. S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, p. 97 ss.; T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, in *Contratti bancari*, cit., spec. 1930 ss., per l'argomentazione della tesi della nullità di protezione, con intervento correttivo del giudice, al fine di rendere "sostenibile" il prestito, ma evidenziando le potenzialità dissuasive della riconduzione a gratuità. L'orientamento dell'ABF riconosce la rilevanza della disciplina sul piano del rapporto, ma non perviene a conclusioni univoche, in termini di rimedi, pur se escludendo la nullità e

È, inoltre, discusso se la violazione della regola in esame incida anche sulla validità del contratto di credito, per contrarietà a norma imperativa (art. 1419, co. 1, c.c.), in virtù della ricostruzione del precetto in termini di divieto di concludere un contratto “inadeguato”⁴⁹.

Per vero, la previsione di un divieto di modificare o risolvere il contratto parrebbe deporre in senso contrario, in ragione dell’incompatibilità logico-giuridica fra la specifica “sanzione”, che presuppone la valida costituzione del rapporto, e la nullità virtuale. Si sarebbe in presenza, in altri termini, di una situazione di contrarietà a norma imperativa, rispetto alla quale la legge dispone diversamente (e in senso incompatibile con la nullità)⁵⁰.

È noto, peraltro, che la giurisprudenza di legittimità accoglie anche una diversa interpretazione della disposizione contenuta nell’art. 1418, co. 1, c.c., incentrata sulla valorizzazione dell’interesse protetto e della *effettività* (o *esaustività*) della tutela accordata dalla sanzione alternativa, secondo un approccio sintetizzato con la felice formula del «criterio del minimo mezzo», nel senso che «la nullità deve essere esclusa se l’esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione (civilistica, penale o

circoscrivendo il risarcimento del danno. Per una posizione particolarmente restrittiva, cfr. Coll. Milano, dec. n. 6429 del 31 agosto 2015, ove l’affermazione secondo cui «la verifica del merito creditizio deve sì essere accurata e l’intermediario deve conformare la propria condotta al principio generale di buona fede [...], ma, salve specifiche connotazioni del caso concreto, non può includere una generica ‘responsabilità del finanziatore per sovraindebitamento’ né un correlativo obbligo di impedire tale evento. In altri termini, la valutazione del merito creditizio e l’adempimento degli obblighi di buona fede come sopra specificati [...] non possono estendersi sino al punto di imporre al finanziatore di valutare, nell’interesse del richiedente, la convenienza economica dell’operazione di finanziamento ed eventualmente di ammonire il finanziato della insostenibilità degli impegni che costui, per propria richiesta e volontà, intenderebbe assumere o abbia assunto». Meno netta la posizione di Coll. Roma, dec. n. 4440 del 20 agosto 2013, che, peraltro, si limita a formulare un generico monito all’intermediario. In dottrina, per la tesi restrittiva, cfr. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 273 ss., anche per l’analisi della posizione dei terzi creditori. Su questo aspetto – con particolare riferimento alla concessione di credito nei rapporti d’impresa – cfr. M. DI RIENZO, *Concessione del credito e tutela degli investimenti*, Torino, 2013, 50 ss.

49 In dottrina, esclude questa conclusione, R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, cit., p. 148 ss., evidenziando la riconducibilità della regola all’ambito delle condotte esigibili nella fase precontrattuale e ritenendo, però, che sussista, in capo all’intermediario, un obbligo di “messa in guardia” del consumatore in merito alle possibili conseguenze pregiudizievoli di un prestito insostenibile, secondo il canone della “appropriatezza”, con possibili conseguenze (soltanto) risarcitorie, in termini di pregiudizio sul patrimonio del debitore (e non soltanto di differenza negativa, rispetto a un prestito coerente con il merito creditizio). Più di recente, cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Milano, 2020, p. 123 ss.

50 Cfr., da ultimo, E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina della verifica del merito creditizio: per una sua rilettura alla luce della buona fede precontrattuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, p. 485

amministrativa) sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere ammessa in caso contrario»⁵¹. Nel procedere a questa indagine, l'interprete dovrebbe anche tener conto delle possibili conseguenze pregiudizievoli della declaratoria di nullità per il soggetto che riceva protezione dalla disposizione imperativa violata. Nel caso di specie, il consumatore potrebbe essere tenuto alla restituzione immediata dell'importo erogato, a meno di voler procedere a una "conformazione" del rimedio della nullità, escludendo l'obbligo di immediata restituzione, in virtù di un'applicazione analogica della regola prevista dall'art. 125 *bis*, co. 9, T.U.B.⁵².

La tesi della nullità ha tratto, da ultimo, nuova linfa dall'orientamento della Corte di Giustizia, che ritiene compatibile con la disciplina comunitaria del credito ai consumatori la disposizione, presente nell'ordinamento di uno Stato membro, che sanzioni «la violazione delle disposizioni nazionali, che garantiscono la trasposizione dell'art. 8 della Direttiva 2008/48, mediante la nullità del contratto di credito e la decadenza del diritto del creditore al pagamento degli interessi convenuti, anche quando il consumatore non abbia subito conseguenze pregiudizievoli per effetto di tale violazione».

Al riguardo, la Corte ha anche precisato che «subordinare l'applicazione di una sanzione che implica la nullità del contratto di credito (nonché la decadenza dal diritto, per il creditore, di ottenere il pagamento degli interessi convenuti), alla condizione che il consumatore abbia subito una conseguenza pregiudizievole potrebbe favorire l'inosservanza, da parte dei creditori, dell'obbligo loro incombente in forza dell'art. 8 della Direttiva 2008/48»⁵³.

⁵¹ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss., nonché in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011 (dove si cita), p. 269. Per un'applicazione, pervenendo poi alla conclusione della nullità, cfr. Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760.

⁵² Cfr., in senso critico, M. SEMERARO, A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, cit., p. 1853; R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, cit., p. 37 e 93 ss., il quale sottolinea, altresì, il possibile esito tutt'altro che penalizzante, per l'intermediario, il quale, in veste di titolare del diritto alla restituzione, sarebbe sottratto all'eventuale procedura di sovraindebitamento del consumatore e al conseguente eventuale effetto esdebitativo. Movendo da questo rilievo, l'A. propende per la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione, argomentando da una lettura estensiva del combinato disposto degli artt. 120 *undecies*, co. 3, e 120 *quinquiesdecies*, co. 1, T.U.B.

⁵³ Corte di Giustizia UE, Sez. III, 11 gennaio 2024, C-755/22 – Pres. Jurimae, Rel. Safjanla. In precedenza, cfr. la pronuncia di Corte Giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, la quale ha statuito che gli artt. 8 e 23 della Direttiva 2008/48/CE devono essere interpretati nel senso che il giudice deve valutare d'ufficio il rispetto, da parte del creditore, dell'obbligo di

3.2. Servizi di pagamento e operazioni non autorizzate

Un'ulteriore epifania della strategia del dis/incentivo ricorre nella disciplina dei servizi di pagamento, contenuta nel d. lgs. n. 11/2010, di attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, poi sostituita dalla 2015/2366/UE (PSD2).

In particolare, in tema di pagamenti non autorizzati vige la regola in virtù della quale, a fronte del disconoscimento di un'operazione, «se il prestatore di servizi di pagamento del pagatore non esige un'autenticazione forte del cliente, il pagatore non sopporta alcuna conseguenza finanziaria salvo qualora abbia agito in modo fraudolento» (art. 74.2 Dir. 2015/2366/UE e artt. 10 e 12, d. lgs. 11/2010).

Al riguardo, si è osservato che la regola risulta di difficile comprensione nella dimensione tradizionale del rapporto obbligatorio, poiché addossa al debitore le conseguenze di una condotta imputabile anche a colpa grave del creditore⁵⁴. Per contro, dal “punto di vista regolatorio”, la regola troverebbe una sua giustificazione, appunto, nella prospettiva sanzionatoria nei confronti degli intermediari che non abbiano organizzato un efficiente meccanismo di “autenticazione a due fattori”, in tal modo, tra l'altro, conseguendo «un risparmio di costi materiali, e magari anche un alleggerimento degli oneri di autenticazione, e conseguenti fastidi, imposti ai clienti, elementi che possono facilmente concorrere ad un aumento dei guadagni dell'intermediario»⁵⁵.

valutazione del merito creditizio e che la sanzione – prevista dalla disciplina di uno Stato membro - della nullità del contratto, corredata dall'obbligo per il consumatore di restituire al creditore solo il capitale entro un termine commisurato alle proprie possibilità, è «adeguata alla gravità delle violazioni che essa reprime e, in particolare, comporta un effetto realmente dissuasivo», dovendosi, per contro, ritenere incompatibile con il diritto comunitario (e, in particolare, con il principio di effettività) la previsione di un termine di decadenza (triennale) per la deduzione del vizio da parte del consumatore. Nel considerando 58 della Direttiva si precisa che questa «non dovrebbe disciplinare gli aspetti del diritto contrattuale relativi alla validità dei contratti. Pertanto, in tale materia gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre norme nazionali conformi al diritto dell'Unione». Le sentenze della Corte di Giustizia sono richiamate a supporto della tesi della nullità da P. SIRENA, *L'integrazione di diritto privato e diritto pubblico nella tutela del cliente bancario*, in ODCC, 2024, p. 37.

⁵⁴ Al riguardo, giova richiamare il consolidato orientamento dell'ABF, secondo cui la prova dell'autenticazione forte rappresenta un *prius* logico rispetto alla prova della colpa grave dell'utente. «In mancanza di tal prova l'intermediario sopporta integralmente le conseguenze delle operazioni disconosciute. Risulta pertanto superfluo verificare eventuali profili di responsabilità ascrivibili al ricorrente, in relazione alla condotta tenuta nella vicenda» (Coll. Coord., dec. n. 21285 dell'11 ottobre 2021. In senso conforme: ABF Bari, dec. n. 8247 del 15 luglio 2024).

Il rilievo appare condivisibile, in termini di ricostruzione della filosofia sottesa alla disciplina, dovendosi, peraltro, precisare che il legislatore (comunitario e domestico) ha preso in considerazione, innanzitutto, un problema di “riferibilità” di un’operazione a un determinato soggetto, prevedendo un criterio obiettivo, incentrato sulla “procedimentalizzazione” del pagamento⁵⁶. In altri termini, la constatazione di un vizio del procedimento rende, oggettivamente, l’operazione non riferibile al soggetto che risulta “pagatore” e comporta un’obbligazione restitutoria, in capo al prestatore di servizi di pagamento, sebbene il lessico del legislatore non appaia sempre rigoroso, talora evocando profili di responsabilità.

È questa impostazione di fondo a risultare coerente con una disciplina che mira a incentivare il ricorso agli strumenti elettronici di pagamento, accordando agli utenti un elevato livello di tutela, onde accrescerne la fiducia, con l’obiettivo ultimo della «creazione di un mercato unico dei pagamenti efficiente e competitivo», grazie alla «riduzione drastica dei tempi di esecuzione dei pagamenti e la semplificazione delle relative procedure»⁵⁷.

55 Cfr. F. DENOZZA, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato “relazionale” e diritto privato “regolatorio”*, in *Accademia*, 2024, p. 132. Nella giurisprudenza ABF ricorre il richiamo alla teorica del rischio d’impresa. Cfr., in particolare, *Coll. Coord., decisione n. 3947 del 24.6.2014*, per il rilievo secondo cui «la *ratio* di tale scelta legislativa è fin troppo notoriamente quella [...] di allocare sul fornitore dei servizi di pagamento il rischio d’impresa, essendo quest’ultimo in grado di parcellizzare, distribuendolo sulla moltitudine dei clienti, il rischio dell’impiego fraudolento di carte di credito o di strumenti di pagamento». In senso conforme: *Coll. Coord. decisione n. 3498/2012*; *Coll. Coord., decisione n. 991 del 21.2.2014*; *Coll. Coordin., decisione n. 22745 del 10 ottobre 2019*. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. *Cass.*, 3.2.2017, n. 2950; *Cass.*, 12.4.2018, n. 9158; *Cass.*, 26 novembre 2020, n. 26916, anche per l’importante statuizione, secondo cui «al fine di garantire la fiducia degli utenti nella sicurezza del sistema (il che rappresenta interesse degli stessi operatori), è del tutto ragionevole ricondurre nell’area del rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento - prevedibile ed evitabile con appropriate misure destinate a verificare la riconducibilità delle operazioni alla volontà del cliente - la possibilità di un’utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo». Da ultimo, cfr. *Cass.*, 12 febbraio 2024, n. 3780.

56 Cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 105 ss.; M. ONZA, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamenti online*, in *Dir. banc.*, 2017, I, p. 690 ss.

57 Cfr. *Cass.*, 25 giugno 2024, n. 17415, richiamando, in senso adesivo, la decisione del Collegio di Coordinamento dell’ABF, 12 gennaio 2017, n. 162, e la sentenza della Corte di Giustizia Europea 21 marzo 2019, C-245/2018. Nel caso di specie, la Corte ha escluso il diritto del pagatore alla restituzione di quanto pagato, nel caso di discordanza fra IBAN indicato ed effettivo beneficiario, in linea con quanto previsto dal considerando 88 della PSD2 («è opportuno che la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento sia limitata all’esecuzione corretta dell’operazione di pagamento conformemente all’ordine di pagamento dell’utente di servizi di pagamento. Qualora i fondi di un’operazione di pagamento arrivino al destinatario sbagliato, a causa di un identificativo unico inesatto fornito dal pagatore, i

Coerente con questa impostazione è, altresì, l'orientamento che ritiene "autorizzata" e non soggetta alle regole speciali in esame l'operazione eseguita per intero dal pagatore, con inserimento della disposizione di pagamento e di tutti i fattori di autenticazione, anche se seguendo le indicazioni del frodatore, senza la consapevolezza di disporre un pagamento (c.d. operazioni "sotto dettatura")⁵⁸.

In questi casi, in effetti, la condotta del pagatore rende priva di giustificazione la tutela rafforzata sopra descritta e riconduce la vicenda nell'alveo del rapporto obbligatorio di diritto comune, nel cui contesto potranno anche assumere rilevanza gli stati soggettivi delle parti, ma nei confronti del beneficiario del pagamento, pur potendo sussistere «una responsabilità concorrente del PSP, sulla base delle evidenze disponibili e secondo le norme di diritto comune, quando emerge in concreto dalla documentazione in atti un apporto causale dell'intermediario alla frode»⁵⁹.

3.3. La pubblicità dei patti parasociali nelle società quotate

La logica regolatoria in esame registra, forse, la sua manifestazione più evidente ed eversiva, rispetto ai dogmi tradizionali del diritto comune dei contratti, nella disciplina della pubblicità dei patti parasociali nelle società

prestatori di servizi di pagamento del pagatore e del beneficiario non dovrebbero essere responsabili, ma dovrebbero cooperare compiendo ragionevoli sforzi per recuperare i fondi, comunicando le informazioni pertinenti»). E si veda, infatti, la disciplina contenuta nell'art. 88 della PSD2, in tema di "identificativi unici inesatti".

58 Cfr. Cfr. ABF Bari, dec. 7956/23, secondo cui deve essere esclusa "l'applicabilità della disciplina prevista nelle ipotesi di utilizzi fraudolenti di strumenti di pagamento atteso che, «per quanto la volontà del cliente di effettuare tali operazioni sia stata viziata per effetto del raggio subito dal terzo ignoto, l'intermediario non poteva che considerare autorizzati i pagamenti effettuati personalmente dal titolare dello strumento di pagamento, non avendo alcuna possibilità di accorgersi della truffa perpetrata ai danni del cliente» (cfr. Collegio di Milano, decisione n. 16551/21)" (cfr. Coll. Bari, dec. n. 22722/2021)".

59 Cfr. ABF Roma, decisione n. 3968 del 2 aprile 2024, anche per alcune esemplificazioni di compartecipazione del PSP, quali i casi di: «a) mancata disponibilità (anche temporanea) del numero verde del PSP, che impedisca all'utente di accertare in via preliminare la genuinità delle indicazioni fornite dal frodatore; b) mancata identificazione del tentativo di frode in corso da parte del dipendente del PSP, cui il pagatore si sia rivolto esponendo le richieste del frodatore; c) mancato rilievo di indici di frode nel caso in cui il cliente sia stato indotto dal frodatore a disporre dei pagamenti nella convinzione di effettuare degli accrediti in conto e il blocco delle transazioni lo avrebbe reso consapevole dell'effettiva natura delle operazioni poste in essere». Un'ulteriore circostanza che può condurre a ravvisare una responsabilità "di diritto comune" dell'intermediario consiste nell'eventuale sussistenza di "indici di frode" – non rilevati dall'intermediario –, ai sensi dell'art. 8, D.M. 30.04.2007, n. 112, recante il regolamento di attuazione della l. n. 166/2005, sulla "Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento". Cfr., ad es., ABF Torino, dec. n. 9476 del 28 agosto 2024; ABF Bologna, dec. n. 9334 del 7 agosto 2024.

quotate, contenuta nell'art. 122 T.U.F., oltre che nelle corrispondenti norme del regolamento emittenti, che specificano, nel dettaglio, le modalità di adempimento degli obblighi di pubblicità e il contenuto delle comunicazioni, anche con riferimento alle vicende successive alla stipulazione⁶⁰. Gli adempimenti pubblicitari si articolano nella comunicazione alla Consob e alla società quotata "interessata", nella pubblicazione per estratto sulla stampa quotidiana e nel deposito presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sede sociale, entro cinque giorni dalla stipulazione. L'inosservanza di questi obblighi è sanzionata con la "nullità sopravvenuta" del patto occulto, oltre che con il consueto meccanismo di sospensione del diritto di voto, rafforzato dall'annullabilità della deliberazione assunta con il concorso determinante dei soggetti il cui voto era sospeso e dall'attribuzione della legittimazione a impugnare anche all'Autorità di vigilanza, nel termine lungo di centottanta giorni.

Sul profilo sanzionatorio dei patti "occulti" è sorta qualche incertezza, anche in sede di prime applicazioni della disciplina, probabilmente in gran parte da ricondurre alla già riscontrata difficoltà, per gli interpreti, di conciliare i principi e i dogmi in tema di autonomia privata con la regolazione del mercato.

In effetti, l'art. 122, T.U.F., sembrerebbe comminare la sanzione della nullità a un contratto che, al momento della conclusione, era perfetto e valido e che solo successivamente al sorgere del vincolo evidenzia un vizio, che non riguarda, però, un requisito strutturale, bensì un elemento del tutto estrinseco, quale il mancato adempimento di obblighi pubblicitari. Si è in presenza, dunque, di una nullità sopravvenuta per omessa (tempestiva) pubblicità. Questa circostanza ha indotto alcuni interpreti a dubitare della "correttezza" della qualificazione fornita dal legislatore, anche in considerazione del

⁶⁰ Si vedano gli artt. 127-131 del regolamento Consob n. 11971/99 (e successive modificazioni), che configurano un obbligo solidale a carico di ciascun aderente alla convenzione sia in sede di conclusione della stessa, sia in occasione di vicende modificative (es., recesso unilaterale ovvero acquisto di partecipazioni). La disciplina in esame si applica ai patti "ultrasoglia" (*i.e.*, avente ad oggetto partecipazioni in misura almeno pari a quella indicata dall'art. 120, co. 2, T.U.F.), elencati nell'art. 122, T.U.F. In argomento, cfr. V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008, nonché, anche per riferimenti ulteriori, A. TUCCI, *Gli assetti partecipativi delle società quotate*, in *Il Testo Unico finanziario*, diretto da Cera e Presti, Bologna, 2020, p. 1591 ss.

“trattamento complessivo della fattispecie” e, in particolare, dell’impedimento al voto previsto dal successivo quarto comma⁶¹. Ove si ammetta, come sembra corretto, che il vizio che colpisce il patto non attiene alla sua formazione e, soprattutto, che esso possa essere rimosso successivamente, si dovrebbe concludere nel senso che il patto non pubblicato sia immediatamente valido e produttivo di effetti – ove non ricorrano, evidentemente, vizi attinenti alla fase genetica ovvero la previsione di un termine o di una condizione sospensiva –, ma sia suscettibile di perdere efficacia qualora, entro il termine stabilito dalla legge, le parti non provvedano a darne pubblicità, secondo le modalità indicate dall’art. 122. Potrebbe risultare, allora, maggiormente conforme alla disciplina complessiva ritenere che i patti parasociali non (tempestivamente) resi pubblici siano viziati da inefficacia sopravvenuta e sanabile⁶².

Il ricorso alla figura dell’inefficacia consentirebbe, in effetti, di salvare il “dogma” della “necessaria contemporaneità dell’invalidità col negozio”, ossia del principio per cui il giudizio in termini di validità o invalidità deve essere formulato al momento della conclusione del negozio e non può sopraggiungere⁶³. Solo ragionando in termini di inefficacia, d’altronde, sarebbe possibile conciliare la norma in esame con quella che impone la sospensione del voto e l’annullabilità della deliberazione adottata con il voto determinante dei soci che si sarebbero dovuti astenere. Ciò in quanto un patto nullo dovrebbe essere del tutto improduttivo di effetti e non vi sarebbe bisogno, pertanto, di inibire il voto ai paciscenti⁶⁴. La qualificazione della sanzione in termini di inefficacia, infine, consentirebbe una sanatoria del vizio, a seguito di adempimento tardivo degli obblighi di pubblicità, con conseguente recupero

61 In questi termini G. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, cit., p. 219.

62 Su entrambi gli aspetti insiste la dottrina che qualifica la sanzione per la mancata tempestiva pubblicazione dei patti parasociali in termini di inefficacia (cfr. G. OPPO, *op. loc. cit.*). In generale, sul problema della nullità/inefficacia sopravvenuta, cfr. C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 804.

63 In questi termini R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, 1951, vol. XXVII, p. 86.

64 V. SALAFIA, *I patti parasociali nella disciplina contenuta nel D. Lgs. 58/1998*, cit., p. 264. Sul punto cfr., peraltro, i condivisibili rilievi di R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 319, ove si osserva che “la stessa censura dovrebbe essere rivolta alla tesi che vorrebbe ricollegare alla mancata pubblicazione l’inefficacia del patto, dal momento che ad un patto inefficace (tra le parti) si attribuirebbe la capacità di determinare la sospensione del diritto di voto”. In realtà, come si avrà modo di osservare, la contraddizione tra le due norme si rivela solo apparente ove si ritenga che la sospensione del diritto di voto è del tutto indipendente dall’inefficacia o nullità del patto.

del diritto di voto. Ove il patto fosse nullo, al contrario, la sospensione del voto sarebbe “eterna”, come il vizio che l’ha determinata⁶⁵.

La disciplina dei patti parasociali così ricostruita non si discosterebbe, sostanzialmente, da quella contenuta nell’abrogato art. 10, co. 4 e 6, della l. n. 149/92, così come modificato dalla l. n. 474/94. Le norme in questione, infatti, imponevano la comunicazione alla Consob e la pubblicazione per estratto su quotidiani – non anche il deposito presso il registro delle imprese – di «qualunque patto o accordo che comporti per gli aderenti limitazioni o regolamentazioni del diritto di voto, obblighi o facoltà di preventiva consultazione, obblighi circa il trasferimento di azioni, ovvero qualunque accordo per l’acquisto concertato». L’inosservanza degli obblighi di pubblicità era sanzionata con l’inefficacia del patto e la sospensione del diritto di voto, rafforzate da una sanzione amministrativa e dall’annullabilità – deducibile anche dalla Consob, nel termine di sei mesi – della deliberazione adottata con il voto determinante di coloro che si sarebbero dovuti astenere⁶⁶.

La ricostruzione proposta non risulta, tuttavia, appagante, rispetto alla filosofia sottesa alla disciplina degli emittenti quotati e del “mercato del controllo societario”. Il Testo Unico, in effetti, ha sostituito il riferimento alla “inefficacia” con quello alla “nullità”. La disposizione è frutto di una scelta consapevole, perseguita nonostante il diverso avviso espresso dalla Consob nel corso dei lavori preparatori⁶⁷.

65 G. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, loc. cit.; ID., *La sospensione legale del voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 13, nota 19. In un provvedimento reso in qualità di giudice del registro, peraltro, il Tribunale di Como ha ritenuto che la qualificazione della sanzione in termini di “nullità” non sia di ostacolo al riconoscimento della possibile sanatoria del vizio, mediante adempimento tardivo. Cfr. Tribunale di Como, 31 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p. 858 ss., con nota di A. TUCCI, *Contratti di collocamento, patti parasociali e nullità sopravvenuta per omessa pubblicità*. e cfr. anche la comunicazione Consob 12 ottobre 2002, n. DEM/DCE/7252. Sul problema della sospensione del voto e della sua rimozione, si rinvia ad A. TUCCI, *Gli assetti proprietari delle società quotate*, cit., p. 1596 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

66 Si noti che una precedente versione della norma (contenuta nel d.l. 31 gennaio 1994, n. 75) sanzionava l’omessa pubblicità con la nullità. Sul punto cfr. le osservazioni di G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., p. 723, il quale ravvisava nella norma un’ipotesi di nullità sopravvenuta e insanabile, aggiungendo che una diversa interpretazione avrebbe consentito agli aderenti al patto di procedere alla comunicazione del patto solo in caso di dissensi interni, al fine di assicurarne la piena efficacia giuridica. Sull’argomento cfr., in luogo di molti, F. GALGANO *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell’inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895 ss.

67 Cfr. il documento *Lavori preparatori per il Testo Unico della Finanza. Diritto societario*, in *Quaderni di finanza*, a cura della Consob, n. 29 – agosto 1998, p. 37, ove si osserva che la

È, dunque, metodologicamente più corretto accertare se la modifica introdotta trovi giustificazione nelle finalità avute di mira dal legislatore, anche alla luce del tipo di problema contemplato, che non riguarda la struttura o il contenuto dell'accordo, bensì l'eventuale segretezza del vincolo parasociale. Per questa ragione, è stata prevista una disciplina sanzionatoria, che non considera la fase genetica della conclusione del contratto, bensì quella successiva, di pubblicità dell'accordo. Di qui il ricorso alla figura della nullità sopravvenuta, che, tuttavia, è vera e propria nullità, nel senso, tra l'altro, che non può essere rimossa da chi vi ha dato causa, mediante una condotta omissiva⁶⁸.

La soluzione patrocinata non è imposta da ragioni di carattere dogmatico, concernenti la difficoltà di concepire una nullità sanabile, poiché la categoria non è estranea al nostro ordinamento⁶⁹ e ha acquisito piena "cittadinanza" proprio in ambito societario, a seguito della riforma organica del 2003 (arg. *ex art.* 2379 *bis* c.c.). Ciò che fa propendere per l'inammissibilità di una rimozione tardiva del vizio del patto non reso pubblico è, piuttosto, la considerazione dell'interesse pubblico sottostante la disciplina degli assetti proprietari contenuta nel Testo Unico, la cui rilevanza aveva, in passato, indotto parte della dottrina a dubitare della stessa compatibilità dei patti

sanzione dell'inefficacia "appare maggiormente rispondente alle finalità di trasparenza perseguite dalla normativa in esame in quanto consente una sanatoria successiva ove i partecipanti provvedano tardivamente alla pubblicizzazione del patto nelle forme prescritte. In tal modo verrebbe ad essere incentivata la pubblicazione anche tardiva di quei patti che, pur essendo invalidi, potrebbero di fatto continuare a vincolare i partecipanti all'insaputa del mercato". Sul punto, cfr. A. SANTONI, *Art. 122*, in *Testo Unico della finanza*, cit., p. 1008.

⁶⁸ Sul punto, cfr., in termini generali, V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 332, il quale osserva che nei casi in cui il legislatore eleva a causa di nullità la mancanza di elementi estrinseci al negozio, ciò accade in quanto «l'elemento richiesto mette in giuoco un interesse generale dei consociati, a tutela del quale appunto è preordinato il rimedio della nullità». Al riguardo, giova richiamare le recenti e importanti statuizioni della Corte di Cassazione, in merito al "ruolo" della categoria della nullità, alla luce degli interessi protetti, anche nel caso di c.d. nullità speciali. Cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862. In precedenza, cfr. Cass., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Foro it.*, 2013, I, 1238. Sull'argomento cfr., da ultimo, F. DI CIOMMO, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*, in *Foro it.*, 2018, V, p. 249.

⁶⁹ Per vero si potrebbe osservare che la tesi della sanabilità del patto urta contro il dettato dell'art. 1423, c.c., a mente del quale «il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente» (e in tal senso cfr., infatti, A. BLANDINI, *op. cit.*, p. 374). Ma contro l'ammissibilità della convalida militano (anche) argomenti di carattere sostanziale, come si osserva nel testo.

parasociali con lo statuto speciale delle società che fanno appello al pubblico risparmio⁷⁰.

La previsione della nullità, in definitiva, consente di colpire i patti occulti in modo più incisivo, poiché, da un lato, sterilizza gli effetti del patto avuti di mira dalle parti⁷¹ e, dall'altro, non consente un recupero degli effetti medesimi, ad opera di alcuni soltanto degli aderenti alla convenzione, obbligando tutti a una nuova stipulazione, seguita dall'adempimento degli obblighi di pubblicità⁷². La minaccia della nullità, inoltre, dovrebbe costituire un incentivo alla tempestiva pubblicazione e un deterrente nei confronti di condotte opportunistiche, quali il tardivo adempimento da parte di chi intenda far valere il patto in un secondo momento, al fine di invocarne gli effetti di natura obbligatoria⁷³.

4. Regolazione del mercato e interessi protetti

Le riflessioni sin qui condotte dovrebbero fare emergere che, nel contesto della regolazione del mercato mediante istituti e categorie del diritto civile (il c.d. diritto privato regolatorio), l'interesse protetto dal legislatore è, in realtà, di più ampio respiro, poiché attiene alla realizzazione di un determinato «ordine giuridico del mercato» ed evidenzia, dunque, una connotazione anche pubblicistica⁷⁴, che integra e completa il sistema della vigilanza, secondo una

⁷⁰ Cfr. *supra*, nota 7.

⁷¹ Non anche quegli ulteriori effetti che il legislatore riconnette alla stipulazione patto non già quale fenomeno negoziale, bensì quale semplice circostanza di fatto (cfr. art. 101, co. 4 bis, lett. a), T.U.F., relativo all'acquisto di concerto, *ex* art. 109). Per una più distesa argomentazione si rinvia a A. TUCCI, *Gli assetti proprietari delle società quotate*, cit., p. 1605 ss.

⁷² Cfr. R. COSTI, *I patti parasociali*, cit., p. 127; GUERRA, *Le assemblee e la «Draghi»*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1092 ss.; F. KUSTERMAN, *Osservazioni sui patti parasociali dopo la riforma Draghi*, in *Società*, 1998, p. 914; C. ANGELICI, *Le «minoranze» nel decreto 58/1998: «tutela» e «poteri»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 224, in nota; A. BLANDINI, *Società quotate e società diffuse*, cit., p. 374 ss.

⁷³ Sulle ragioni di politica del diritto che inducono il legislatore a ricorrere alla sanzione della nullità cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541 ss.

⁷⁴ Cfr., molto chiaramente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 229: «l'atto di consumo andrebbe visto non isolatamente, ma come un tassello fondamentale per la costruzione dell'intero mercato. L'ordinamento non può accettare un atto di consumo abusivo perpetrato a danno del consumatore e concretamente lesivo del suo interesse, non tanto (o non solo) perché parte debole del contratto da difendere, quanto perché consentendo l'abuso pregiudizievole verrebbe minacciata la correttezza dello scambio e, quindi, la stessa idea di libertà del mercato». Per analoghe considerazioni cfr., più di recente, A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni Unite*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, II, spec. p. 115-16, ove il rilievo secondo cui «la nullità di protezione tutela direttamente l'interesse del singolo ed indirettamente il mercato, ciò nel senso che l'azione rimediale della parte «debole» risulta funzionale all'edificazione di un mercato composto di rapporti non sperequati. E queste

strategia normativa che trova il suo archetipo nella disciplina della concorrenza⁷⁵.

In questa diversa prospettiva, non sembra corretto contrapporre la “libertà” dei privati alla “autorità” della regolazione del mercato, dovendosi, piuttosto, collocare l'autonomia privata in un contesto di mercato regolato.

L'autonomia privata, d'altronde, può essere strumento di libertà, ma anche di sopraffazione e di consolidamento di situazioni di squilibrio, soprattutto allorché parte del rapporto sia un'impresa, come testimonia la vicenda dei contratti bancari⁷⁶. Questi ultimi, complice la laconicità e la natura

caratteristiche se, per un verso, giustificano la rilevanza d'ufficio solo nell'interesse di quella parte, per altro verso, permettono di segnalare un aspetto ulteriore della nullità di protezione, la cui configurazione non appare possibile con riferimento alla nullità dei contratti attuativi: nella nullità di protezione la realizzazione dell'interesse generale non può avvenire a detrimento dell'interesse del singolo». In precedenza, fra i numerosi contributi sul tema, cfr., quanto meno, V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 740 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016. Per ulteriori riferimenti, cfr. M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, Milano, 2021.

⁷⁵ Il riferimento è, evidentemente, alla nota dialettica fra *private* e *public enforcement*, ossia fra l'autotutela del singolo, mediante gli istituti del diritto privato e processuale (i “rimedi”), e l'attività di vigilanza, anche sanzionatoria, delle autorità indipendenti. In argomento sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti, a A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, I, p. 75 ss. Più di recente, cfr. U. MALVAGNA, *Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, p. 129 ss. In generale, sulla strategia normativa e sulla ideologia sottese alla disciplina di derivazione comunitaria, cfr., in luogo di molti, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione*, cit. p. 37, il quale ravvisa la *ratio* dell'intervento (in particolare, sull'esercizio dell'autonomia contrattuale) nel «rendere operativo il modello ideale di mercato contro le distorsioni della sua prassi», assicurando la «concorrenzialità dell'offerta» (mediante la disciplina *antitrust*) e il «discernimento con cui essa è vagliata dalla domanda» (mediante la disciplina dei contratti del consumatore) e così creando le condizioni per l'operatività del sistema dei prezzi, in un regime di concorrenza e libero scambio, in conformità, appunto, con il modello ideale. Sulle problematiche evocate nel testo cfr., con diversa prospettiva, A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, cit., p. 23 ss.; R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, cit.

⁷⁶ Donde anche la proposta di un diverso approccio al problema dei limiti all'autonomia contrattuale nel contesto della contrattazione d'impresa, anche per quanto riguarda il dovere (se non proprio di perseguire, quanto meno) di “non contrastare” l'utilità sociale, ex art. 41, co. 2, Cost. Cfr. G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 639. Più di recente cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, p. 63. Cfr. anche le puntualizzazioni di G. ALPA, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 34 ss. In generale, sui rapporti fra libertà contrattuale e situazioni di potere economico, restano illuminanti le riflessioni di M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995, III, p. 85 ss., ove l'enfasi sul risultato pratico dell'accresciuta possibilità di instaurare rapporti patrimoniali, in termini di accentuazione della tendenza verso una “schematizzazione coercitiva dell'esistenza”. Donde la conclusione secondo cui «il risultato della libertà contrattuale è quindi in primo luogo quello di offrire la possibilità di usare senza limitazioni giuridiche del possesso di determinati beni, per farne – mediante un accorto impiego sul

ampiamente dispositiva delle regole contenute nel codice civile, erano stati fertile terreno di coltura della “autoregolamentazione” e del rinvio a usi o prassi del settore, le cui virtù magiche erano celebrate ancora alla vigilia della l. n. 154/92, quale antidoto rispetto alla “inclinazione a costruire attorno alla trasparenza bancaria un diritto speciale”⁷⁷.

La disciplina della trasparenza (e la sua evoluzione), nel Testo Unico bancario ha rivelato che il contratto può diventare strumento di realizzazione di determinate finalità, individuate e perseguire dal legislatore, anche nella dimensione della standardizzazione e della serialità, tipica dei contratti d'impresa⁷⁸. L'adozione di una prospettiva storica, che vede negli istituti giuridici la sintesi di una disciplina, appunto, storicamente determinata, consente di superare la censura di “snaturamento” dell'autonomia privata, tipica di una visione ideologica⁷⁹.

In questo contesto, il contratto è, al tempo stesso, operazione economica, che realizza interessi privati, e strumento della regolazione del mercato, al fine di realizzare le finalità della vigilanza⁸⁰, che il legislatore individua e “affida” alle autorità di settore, mediante interventi che investono non soltanto l'atto e il rapporto ma anche – e prima ancora – l'attività e i soggetti, per di più, con ampio ricorso a fonti diverse dalla legge e finanche di natura “informale” (c.d. *soft law*)⁸¹.

mercato – uno strumento di acquisizione di potere sugli altri». Nella dottrina giuridica italiana si vedano già le considerazioni di F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 50.

77 Cfr. P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca e Borsa*, 1990, II, p. 299 e 306. Le riflessioni critiche dell'Autore erano rivolte, innanzi tutto, al progetto di riforma presentato da Gustavo Minervini nel 1986. E per una puntuale replica, cfr. A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio*, cit., p. 103 ss., nonché G. MINERVINI, *Presentazione*, *ivi*, XVII, ove l'orientamento favorevole all'autoregolamentazione è criticato per le sue «propensioni bucoliche». Sui limiti della “auto-organizzazione del mercato”, cfr. G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, II, p. 1292, ove l'enfasi sulla «tendenza dei poteri di fatto a trasformarsi in poteri di diritto».

78 Il riferimento è, innanzi tutto, alla disciplina contenuta nell'art. 117, co. 8, T.U.B. Sul punto sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, ad A. TUCCI, *La trasparenza come clausola conformativa e i rimedi*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, I, p. 511 ss.

79 Cfr., anche per un efficace quadro di sintesi, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2007, p. 314 ss.

80 D'altronde, anche le finalità perseguite dalla regolazione non possono che essere storicamente determinate e risentono dell'evoluzione degli indirizzi di politica del diritto e delle visioni ideologiche, di volta in volta, dominanti. Sul punto, con particolare riferimento alla trasparenza bancaria, sia consentito il rinvio a quanto osservato in A. TUCCI, *La trasparenza come clausola conformativa e i rimedi*, cit., p. 511 ss.

81 Cfr. *supra*, note 9-10 e testo corrispondente.

MICHELE TRIMARCHI
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Foggia
michele.trimarchi@unifg.it

NOTE SULL'INTENSITÀ DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI DI REGOLAZIONE

NOTES ON THE INTENSITY OF JUDICIAL REVIEW OF REGULATORY ACTS

SINTESI

L'articolo riflette sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione delle autorità indipendenti. Si affronta in primo luogo la questione se tale sindacato debba svolgersi secondo modalità diverse da quelle del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi in generale. L'Autore ritiene di no. Si affronta, in secondo luogo, la questione se vada conservata la distinzione, oggi posta in discussione, tra il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e il sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione. L'Autore ritiene di sì. Infine, si affronta la questione se il sindacato del giudice debba arrestarsi sulle soglie della attendibilità della valutazione tecnica dell'amministrazione ovvero se il giudice debba individuare la soluzione "più attendibile" e far dipendere da ciò l'esito della lite. Al riguardo l'Autore ritiene preferibile ragionare in termini di confutazione del giudizio tecnico: è attendibile solo quello che non risulta confutato a conclusione dell'istruttoria processuale.

ABSTRACT

The article examines the intensity of judicial review exercised by administrative courts over regulatory acts issued by independent authorities. Firstly, it addresses whether such judicial review should be conducted differently from the review of administrative acts in general. The Author argues that it should not. Secondly, the article considers whether the distinction—currently under debate—between judicial review of administrative discretion and judicial review of the administration's technical assessments should be maintained. The Author contends that it should. Lastly, the article explores whether judicial review

should be limited to assessing the reliability of the administration's technical evaluation or whether the court should identify the "most reliable" solution and base the outcome of the dispute on that determination. In this regard, the Author advocates for an approach based on the refutation of the technical assessment: an assessment is deemed reliable only if it remains unrefuted at the conclusion of the judicial proceedings.

PAROLE CHIAVE: autorità indipendenti, regolazione, sindacato giurisdizionale, valutazioni tecniche

KEYWORDS: independent authorities, regulation, judicial review, technical assessments

INDICE: 1. Premessa. - 2. Contro la specialità del sindacato degli atti di regolazione. - 3. Sindacato sulle valutazioni tecniche e sindacato sulla discrezionalità. - 4. (segue) Difesa della distinzione. - 5. L'attendibilità del giudizio nella logica della confutazione.

Premessa

Nel diritto amministrativo contemporaneo ricorre frequentemente il sostantivo 'regolazione' – utilizzato anche come complemento di specificazione della funzione (funzione di regolazione) o all'atto (atto di regolazione).

Il significato del termine, però, non è univoco. Basti pensare, a titolo di esempio, che si parla di regolazione per indicare l'intera attività autoritativa della pubblica amministrazione¹, altre volte la porzione di essa rivolta all'introduzione di regole generali², e altre volte ancora un determinato assetto di rapporti tra Stato ed economia che si esprime a livello istituzionale nel modello delle autorità amministrative indipendenti³.

Per chiarezza è allora opportuno precisare che in questa sede per 'atto di regolazione' si intende una categoria di atti delle autorità amministrative indipendenti, quelli rivolti alla "predeterminazione delle regole di comportamento destinate ad indirizzare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati

1 D. SORACE – S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, 2023, parte seconda, dove le funzioni dell'amministrazione pubblica sono suddivise in amministrazione di regolazione, amministrazione delle prestazioni e amministrazione delle funzioni strumentali. Provvedimenti e atti amministrativi unilaterali sono ricondotti alla prima.

2 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, 63 ss.

3 Sul paradigma dello "stato regolatore" esiste una letteratura vastissima, a partire da A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000. Sul ruolo che all'interno di esso rivestono le autorità indipendenti per tutti N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, *passim*, 243, dove la descrizione del modello "regolativo-giustiziale".

regolati, attraverso la fissazione di indirizzi di carattere più o meno generale”⁴.

La puntualizzazione è importante perché nell’ambito delle autorità indipendenti “tecniche e modalità di sindacato possono cambiare a seconda che si stia discutendo di attività di regolazione o di natura invece provvedimentale, magari sanzionatoria, per la diversa ampiezza del potere e per la diversa consistenza delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati”⁵.

2. Contro la specialità del sindacato degli atti di regolazione

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione delle autorità indipendenti merita di essere impostato e svolto secondo modalità diverse dal sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi in generale?

La più radicale e coerente ragione per rispondere affermativamente è che le autorità indipendenti non appartengono al potere esecutivo-amministrativo in quanto, proprio in ragione della loro indipendenza, non corrispondono al modello dell’amministrazione statale delineato all’art. 95 Cost., ma sono accostabili al potere giurisdizionale o configurano un quarto potere dello Stato caratterizzato dalla neutralità⁶.

Tuttavia, secondo l’opinione ormai prevalente, e preferibile, le AI sono autorità amministrative⁷: “l’ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione”⁸ e il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall’art. 102, comma 2, vieta di considerare le AI come giudici⁹; inoltre, gli atti delle AI sono sottoposti al sindacato giurisdizionale, come è proprio degli atti amministrativi, sicché in giudizio le medesime assumono la posizione

4 La definizione è tratta da F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e “preferenza di amministrazione”*, in *Il Processo*, 2020, 761.

5 S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 99. Per la distinzione tra sindacato sugli atti di regolazione e sindacato sulle sanzioni irrogate dalle AI v. lo studio del Cons. Stato, Ufficio Studi, massimario e formazione, dal titolo “Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale”, 2017.

6 S. CASSESE, *Poteri indipendenti, stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7; V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 5.

7 Ricostruisce il dibattito in modo completo D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Napoli, 2022, 13 ss., cui si rinvia.

8 Cass. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, 2680.

9 Riconduzione problematica, del resto, anche perché la misura dell’indipendenza degli organi giudiziari è maggiore di quella dei componenti delle AI e diverse sono le rispettive garanzie.

di parte, incompatibile con quella del giudice terzo e imparziale¹⁰.

La sicura inclusione delle AI nel novero delle amministrazioni, e l'altrettanto certa qualificazione della loro attività come attività amministrativa, induce a considerare con sospetto l'idea che il sindacato giurisdizionale sui loro atti sia diverso da quello che riguarda gli atti delle altre amministrazioni. È principio fondamentale dello stato di diritto, infatti, che le regole del processo non cambino a seconda della parte in causa.

Nonostante ciò, la tendenza a differenziare (quantomeno in termini di principio) il sindacato sugli atti di regolazione dal sindacato sugli atti amministrativi in genere permane; ed è interessante notare che gli argomenti richiamati a sostegno della differenziazione conducono ora verso l'esito di un sindacato più debole, ora verso l'esito un sindacato più intenso di quello che riguarda gli altri atti amministrativi¹¹.

10 Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, 2019, I, 1523, con nota di A. JANNARELLI, in *Giur. it.*, 2019, 283. Nella richiamata sentenza la Corte costituzionale, con riferimento alla AGCM, si è spinta ad affermare che “La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97). Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust). Si aggiunga che l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38)”.

11 S. TORRICELLI, *op. cit.*, 112, dove l'osservazione che “in astratto, non sono poche le ragioni che possono incidere sulla intensità del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti. È però curioso notare che proprio considerando le specificità del fenomeno si possono raggiungere conclusioni diverse; segnatamente, quelle specificità possono giustificare un diverso livello di penetrazione del sindacato del giudice, maggiore o minore rispetto a quello ordinariamente applicato nei rapporti tra privato e amministrazioni tradizionali, a seconda di quali siano gli elementi su cui si intenda focalizzare l'attenzione”.

Per il quadro delle posizioni dottrinali sul punto A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID., a cura di, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 12 ss.

Le ragioni per cui il giudice dovrebbe essere deferente nei riguardi degli atti di regolazione sono la particolare competenza tecnica delle AI nelle materie in cui operano, la qualità dei procedimenti istruiti e la piena esplicazione del principio del contraddittorio all'interno di essi ¹² (ad analoghi argomenti si ricorre per giustificare i poteri impliciti delle AI). In giurisprudenza questa impostazione è meno diffusa che in passato, ma non è accantonata¹³.

All'opposto, un sindacato più rigoroso dell'ordinario è invocato per compensare l'arretramento del principio di legalità che caratterizza la funzione di regolazione dal momento che spesso la legge si limita ad attribuire il potere e a indicare genericamente i fini da perseguire, e l'assenza di qualsivoglia forma di legittimazione democratica in capo ai decisori indipendenti che non sono eletti, né in qualche modo inseriti nel circuito politico-rappresentativo¹⁴.

Nessuno di questi argomenti sembra condivisibile.

La qualità dei procedimenti istruiti dalle AI è un merito indiscusso di queste amministrazioni, frutto della qualità e della preparazione del personale impiegato. Non è però che la deferenza del giudice possa essere un premio per la bravura dell'amministratore. Piuttosto, sul piano fattuale la qualità dell'amministrazione è una garanzia della legittimità delle decisioni adottate: è ragione di infondatezza dell'impugnazione, non di limitazione del sindacato.

Il sapere tecnico dei componenti delle AI e la piena esplicazione del principio del contraddittorio nei procedimenti rivolti alla adozione degli atti di rego-

12 S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 219.

Talora la giurisprudenza, anche recente, sembra andare oltre, invocando la neutralità della funzione delle amministrazioni indipendenti. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 giugno 2018, n. 6379, che considera "ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Già Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054. Questo orientamento sembra comunque ormai decisamente superato dalla giurisprudenza della VI sezione del Consiglio di Stato.

13 Essa trova spesso sfogo nella tesi secondo cui il sindacato sugli atti delle AI deve essere attento ai profili procedurali perché il pieno rispetto delle relative garanzie assume particolare pregnanza in relazione all'attività di soggetti privi di una sufficiente legittimazione democratica. In realtà, pare ovvio che il rispetto delle regole procedurali deve essere assicurato, ma ciò in quanto la violazione di una norma procedurale di regola comporta l'invalidità del provvedimento, non già per compensare il deficit democratico delle autorità indipendenti.

14 Cons. Stato, sez. VI., 19 gennaio 2015, n. 165, secondo cui occorre un sindacato "particolarmente approfondito" anche per il "fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost."

lazione indubbiamente accrescono la legittimazione delle decisioni delle Autorità indipendenti, rispettivamente sul versante soggettivo (la legittimazione secondo competenza) e oggettivo (la legittimazione secondo procedimento). Ma, come è stato osservato, la legittimazione in questione è di ordine politico, attiene cioè alla accettabilità delle decisioni da parte dei destinatari e alla loro capacità di suscitare consenso e osservanza. Il sindacato giurisdizionale verifica invece la legittimità giuridica degli atti, la quale non può essere affermata o negata in forza di una più o meno intensa legittimazione politica dell'apparato e delle sue decisioni¹⁵. Pertanto, i fattori che dotano le autorità indipendenti di un *surplus* di legittimazione politica (competenza in senso weberiano e accentuata procedimentalizzazione dell'attività) non autorizzano arretramenti del sindacato giurisdizionale rispetto allo standard generale che vale per gli atti amministrativi.

La stessa osservazione si deve ripetere in relazione alla tesi che reclama un sindacato particolarmente attento per compensare il *deficit* di legittimazione democratica delle decisioni delle autorità indipendenti e l'arretramento del principio di legalità nell'attività di regolazione. Ed infatti, come la legittimazione tecnocratica o procedimentale della decisione amministrativa non comporta la deferenza del giudice nei suoi riguardi, poiché altro è la legittimità giuridica altro la legittimazione politica delle decisioni d'apparato, così un controllo giurisdizionale particolarmente intenso non surroga né supplisce i valori intimamente 'politici' sottesi alla legittimazione legale o democratica che nelle decisioni delle AI si rivela carente. Sotto altro profilo, inoltre, il sindacato giurisdizionale non

15 A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, 4.

Secondo A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, e ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2024, da cui si cita, 160-166, il regime degli atti pubblici è condizionato dall'operatività dei modelli di legittimazione politica storicamente prevalenti. In particolare, la forte legittimazione soggettiva di alcuni poteri, basata sulla rappresentatività del decidente o sulla sua competenza tecnica, mette in ombra l'esigenza di controllo su basi oggettive delle loro decisioni. Tuttavia, l'A. osserva che nel caso delle AI il criterio di legittimazione soggettiva opera congiuntamente alle principali tecniche legittimative oggettive, costituite dalla legittimazione secondo procedimento e dalla razionalità contenutistica della singola decisione (razionalità rispetto al valore). Sicché, in conclusione, si deve "escludere che il diffuso e frequente richiamo alla qualità intrinseca delle amministrazioni indipendenti sia sufficiente ad affermare una decisa attenuazione della copertura normativa delle aspettative dei soggetti, coinvolti nelle determinazioni che tali organismo assumono, nei confronti delle decisioni stesse".

può compensare l'arretramento della legalità semplicemente perché esso è una implicazione della legalità in senso lato: in altre parole, il sindacato non può essere un surrogato delle regole perché sono le regole a renderlo possibile¹⁶.

In conclusione, la tendenza a impostare il problema del sindacato sugli atti di regolazione in termini diversi da quelli generali, più che una esigenza effettivamente imposta dal contenuto di questi atti, sembra essere il riflesso condizionato del dubbio originario sull'inquadramento delle autorità indipendenti nell'ambito delle amministrazioni in senso proprio; se però quel dubbio deve a propria volta considerarsi pienamente superato, allora la conclusione è che il sindacato sugli atti di regolazione delle AI non dovrebbe essere impostato in termini diversi da quelli consueti per i restanti atti amministrativi. Una soluzione diversa si conferma in contrasto col principio di uguaglianza.¹⁷

3. Sindacato sulle valutazioni tecniche e sindacato sulla discrezionalità

Gli atti di regolazione delle AI si basano sull'applicazione di concetti giuridici indeterminati ad elevata complessità tecnica¹⁸.

Secondo le affermazioni più diffuse in dottrina e giurisprudenza, il sindacato dei provvedimenti fondati su valutazioni tecniche risponde a un modello diverso dal sindacato sulla discrezionalità amministrativa in senso proprio, intesa come comparazione di interessi pubblici e privati.

Per le decisioni che sono espressione di discrezionalità amministrativa in senso proprio, consistenti nella valutazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie, il sindacato giurisdizionale "può essere

¹⁶ Si è consapevoli che tale affermazione può apparire eccessivamente formalistica, e probabilmente lo è, in un sistema in cui le regole dell'azione amministrativa sono storicamente il frutto dell'elaborazione pretoria: sul punto, per tutti, M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 497 ss. Osserva A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAITTA, Milano, 2013, 6 s., che "l'affermazione di principi non scritti ai quali è soggetta l'azione amministrativa" è un tratto comune a tutti i modelli diritto amministrativo continentali: "l'elaborazione di questi principi non è quindi un privilegio dei giudici amministrativi".

¹⁷ Per questa conclusione già S. TORRICELLI, *op. cit.*, 117.

¹⁸ Cfr. S. TORRICELLI, *op. cit.*, 99 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 61. Diversamente G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 238. Ampi ragguagli in D. DALFINO, *op. loc. cit.*

operato, in coerenza col principio della separazione dei poteri, sulla base dei seguenti parametri: verifica del rispetto delle regole procedurali e relative alla forma dell'atto (legalità formale); verifica della corretta interpretazione e applicazione delle norme che definiscono il potere (legalità sostanziale) e che si ricavano dalla disciplina di settore; applicazione corretta dei principi generali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale (ragionevolezza, proporzionalità, ecc.)¹⁹.

Il sindacato sui provvedimenti fondati su valutazioni tecniche, invece, è svolto “in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601)”²⁰. Secondo l'orientamento prevalente, il giudice deve attenersi alla valutazione tecnica dell'amministrazione che all'esito dell'istruttoria sia risultata attendibile, ancorché eventualmente opinabile²¹; mentre secondo altre pronunce egli deve porsi alla ricerca della soluzione “più attendibile” e annullare il provvedimento che si basi su una valutazione difforme (c.d. sindacato di maggiore attendibilità)²².

La distinzione tra il sindacato sulla discrezionalità e il sindacato sulle valutazioni tecniche, chiara nelle enunciazioni astratte, tende a sfumare nell'applicazione concreta²³. Ed infatti, a fronte della ricorrente affermazione di principio

19 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2024, 261.

20 M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.*

21 In dottrina già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 228.

22 Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; Id., 30 giugno 2022, n. 6254; Id., 5 dicembre 2022, n. 10624.

La giurisprudenza recente si attesta prevalentemente sul sindacato di attendibilità: ad es., Cons. Stato sez. VII, 4 settembre 2024, n. 7421: il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della P.A. (nella specie relativi alla prova scritta di un concorso pubblico) va svolto non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma sulla scorta della verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo: in altre parole, non si tratta di sindacare il merito di scelte opinabili, ma di verificare se queste scelte siano assistite da una credibilità razionale supportata da norme tecniche e/o valide leggi scientifiche, correttamente applicate al caso di specie, potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia la verifica, che la consulenza tecnica d'ufficio”.

23 Il punto è rilevato da tutti gli Autori che si sono occupati recentemente del tema delle valutazioni tecniche: per esempio, A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica*, cit., 18 ss., e, a livello monografico, C. SERENI LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024, 193 ss., *passim*.

che “nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità”²⁴, il sindacato sulle valutazioni tecniche delle pubbliche amministrazioni ripete sovente gli stilemi del sindacato sulla discrezionalità²⁵: limitandosi all’ambito del sindacato sugli atti di regolazione, sono significative le pronunce dove la violazione di legge perde rilievo a vantaggio del vizio di eccesso di potere e si dà peso decisivo alla adeguatezza della motivazione o alla proporzionalità della scelta²⁶; oppure le sentenze secondo cui l’atto di regolazione non è viziato se le valutazioni condotte dall’amministrazione sono meramente opinabili sul piano del metodo e del procedimento, potendosi considerare illegittimo solo il giudizio che si pone in

24 Cons. Stato, Ufficio studi, cit., 1.

25 Si v. ad esempio Cons. Stato, sez. VII, 24 ottobre 2024, n. 8515, in materia di valutazioni della Commissione nell’ambito della procedura di abilitazione scientifica nazionale: qui il Consiglio di Stato afferma che tali valutazioni sono “sindacabili dal giudice amministrativo sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l’aspetto più strettamente tecnico. Ciò significa che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’Autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo”, salvo poi introdurre l’ambigua precisazione che “tutte le volte in cui, come nella specie non emerge alcun vizio della logicità e della ragionevolezza, la motivazione espressa dalla Commissione, costituendo il frutto di discrezionalità tecnica, non può essere sostituita con il diverso avviso del giudice”.

Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2024, n. 7001, a proposito della valutazione dell’interesse culturale di un bene, dove si legge che l’apprezzamento svolto dall’Amministrazione incaricata della tutela, in conformità al principio di cui all’art. 9 Cost., è soggetto a sindacato giudiziale solo per verificare la logicità, coerenza e completezza della valutazione [...] Pertanto, la valutazione concernente l’interesse culturale rilevante, che giustifica di un vincolo, è un’esclusiva prerogativa dell’Amministrazione responsabile del relativo vincolo e può essere oggetto di sindacato giudiziale solo per evidenti incoerenze e illogicità che mettano in dubbio la validità della valutazione discrezionale tecnica”. È qui evidente che trova applicazione un modello di sindacato sostanzialmente coincidente con quello che dovrebbe riguardare soltanto le valutazioni discrezionali in senso stretto.

Ancora più netta in tal senso Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2024, n. 6992: “la valutazione tecnica delle offerte di gara e l’attribuzione dei punteggi costituisce attività riservata alla stazione appaltante, sindacabile in sede di legittimità solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà o errori sui fatti rilevanti ai fini di tali valutazioni”.

26 Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254: Nell’attività di vigilanza in materia bancaria viene in considerazione l’apprezzamento di concetti giuridici indeterminati. Tale apprezzamento è riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti l’apprezzamento di una serie di elementi di fatto — definiti nella loro consistenza storica o naturalistica — in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di leggi scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico. In tali valutazioni complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e quello della ponderazione dell’interesse pubblico e, più in generale, la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario, a ciò conseguendo, in base all’impostazione tradizionale, il riconoscimento di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all’amministrazione.

contrasto con un principio (non ben identificato) di ragionevolezza tecnica²⁷.

La ravvisata discrasia tra i modelli astratti e la realtà solleva il dubbio se l'errore sia nei primi o se la seconda costituisca una patologia. Rispetto alla questione che ci occupa gli interrogativi che si pongono sono perciò questi: nella realtà dell'attività delle pubbliche amministrazioni, le valutazioni tecniche complesse sono davvero cosa diversa (e separabile) dalle scelte discrezionali? E quindi: il sindacato sulle valutazioni tecniche complesse può davvero svolgersi secondo modalità diverse da quello sulla discrezionalità amministrativa?

4. (segue) Difesa della distinzione

Alcuni autori, di recente, hanno ritenuto che la contrapposizione tra discrezionalità e valutazioni tecniche sia impropria ai fini della prospettazione di diversi modelli di sindacato giurisdizionale: il sindacato sugli atti amministrativi dovrebbe perciò ispirarsi a un modello fondamentalmente unitario che valorizzi il contributo del procedimento alla formulazione di una verità accettabile²⁸.

Altra parte della dottrina osserva invece che la valutazione tecnica, per quanto opinabile possa essere, è pur sempre funzionale all'applicazione del concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma attributiva del potere, sicché deve essere integralmente controllabile dal giudice²⁹.

Con ogni probabilità entrambe le impostazioni colgono nel segno, e le reciproche conclusioni non si escludono a vicenda.

È ormai assodato che nell'ambito dell'attività amministrativa è difficile isolare un momento meccanico, rivolto alla acquisizione dei fatti, da un momento volitivo, rivolto alla comparazione degli interessi e alla formulazione del

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041.

²⁸ A. MOLITERNI, *Il sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione (tra mito e realtà)*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, a cura di M. TRIMARCHI, Napoli, 2024, 164 ss. Al contrario, N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, 525 ss., ribadisce l'esigenza di distinguere nettamente le valutazioni propriamente discrezionali dalle valutazioni tecniche, in quanto diverse sono le modalità di sindacato (si rinvia a questo lavoro anche per un accurato esame delle opinioni espresse sul punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza recenti). Una posizione intermedia è espressa da S. Torricelli, *op. cit.*, 110, 122 ss.

²⁹ M. RAMAJOLI, *Principio della separazione dei poteri, indeterminatezza delle norme e standards valutativi*, in AA.VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 35.

precetto³⁰, poiché l'acquisizione dei fatti è mediata dalla considerazione dell'interesse pubblico e degli interessi privati coinvolti nella decisione³¹, nel duplice senso che gli interessi condizionano la ricerca dei fatti³² e che la ricerca dei fatti contribuisce alla specificazione e concretizzazione degli interessi³³.

Ciò, inevitabilmente, tende ad attenuare la distinzione tra la discrezionalità tecnica, che si situa idealmente nella fase di acquisizione dei fatti, e la discrezionalità pura, che riguarda il momento propriamente dispositivo³⁴. Nondimeno, fenomeni che sul piano sostanziale si pongono in una linea di reciproca continuità, sicché tra di essi sono concepibili soltanto differenze qualitative di grado, non di rado sono colti dalle qualificazioni giuridiche come entità diverse, e talora persino antitetiche (basti pensare alle coppie valido/invalido, lecito/illecito, la cui logica binaria si sovrappone, imponendosi, a una astrattamente infinita graduazione del livello di contrarietà ai valori del diritto obiettivo dell'atto o del comportamento volta per volta preso in considerazione), il che può trovare spiegazione nella funzione sistemica del diritto quale tecnica di riduzione della complessità³⁵, oppure nella dialettica tra elemento sostanziale ed elemento formale del sistema giuridico, nel cui seno s'iscrive l'ulteriore dialettica tra il continuo dell'esperienza e il discontinuo delle qualificazioni³⁶.

Ebbene, secondo l'orientamento consolidato della Corte di cassazione,

³⁰ Su questi argomenti v., per alcuni riferimenti bibliografici, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 148 ss.

³¹ Cfr. da ultimo, anche per riferimenti, C. SERENI LUCARELLI, *op. cit.*, 5 ss.

³² Ed infatti, come la ricerca storiografica è mossa dall'interesse dello storico, così l'attività conoscitiva della pubblica amministrazione è mossa dall'interesse pubblico che la norma le intesta, sicché i fatti acquistano significato e rilevanza in rapporto all'interesse stesso.

³³ Ed infatti, l'acquisizione dei fatti rilevanti in seno al procedimento amministrativo contribuisce alla determinazione dell'esigenza specifica (c.d. interesse pubblico concreto) rispetto alla quale si commisura l'esercizio o il non esercizio del potere e dunque il contenuto del provvedimento. Inoltre, sotto altro profilo, l'introduzione dei fatti nel procedimento da parte dei privati altro non è che una forma di manifestazione e introduzione di interessi, che vengono rimessi alla considerazione dell'amministrazione.

³⁴ Su questa conclusione convergono anche argomenti non meno importanti, che si ricavano da approdi ormai consolidati di altre scienze, come la reciproca interdipendenza dei giudizi di fatto e di valore, o la crisi della teoria meramente cognitiva dell'interpretazione.

Per l'attenuazione della distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica si v., anche per i riferimenti bibliografici, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 434 ss.

³⁵ Sulla funzione del diritto come riduttore di complessità v. da ULTIMO F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, 7 ss., *passim*, con ampi riferimenti al pensiero di Luhmann.

³⁶ Riecheggia qui il pensiero di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 87 ss.

l'applicazione di norme contenenti concetti giuridici indeterminati, ancorché presenti obiettivi margini di opinabilità, è pienamente soggetta al controllo del giudice di legittimità³⁷, in quanto “tutto ciò che riguarda l'applicazione di norme giuridiche inerisce al giudizio di diritto «indipendentemente dal carattere di maggiore o minore determinatezza del contenuto della disposizione»”³⁸. Poiché analogo principio non è affermato rispetto ai momenti propriamente politici della decisione amministrativa, consistenti nella comparazione degli interessi e nella scelta tra le alternative (né probabilmente potrebbe esserlo visto il principio della separazione dei poteri), tenere distinti questi ultimi dagli accertamenti e apprezzamenti, svolti dall'amministrazione in applicazione dei concetti giuridici indeterminati, sembra una esigenza imposta dal diritto positivo³⁹.

In questa prospettiva la circostanza che nell'acquisizione dei fatti siano compiute valutazioni complesse non sempre verificabili col metro della verità, cioè della corrispondenza alla realtà fenomenica (v. *infra*), come il fatto che l'esito di tali valutazioni incida sulla determinazione dell'interesse pubblico, e per questa via sul contenuto del provvedimento, non è motivo di limitazione del sindacato, o di assimilazione dello stesso al sindacato esercitabile sulle determinazioni propriamente discrezionali; da questo stato di cose si deve ricavare, semmai, che il sindacato diretto del giudice sui fatti costituisce - sia pur indirettamente, perché non è questo lo scopo del processo - una garanzia formidabile della corrispondenza dell'azione amministrativa all'interesse pubblico e alla corretta attuazione dei valori giuridici da parte dell'amministrazione.

Sotto il profilo operativo, è frequente che la norma attributiva del potere condizioni l'adozione dell'atto al compimento di valutazioni tecniche e pura-

37 Così a partire quantomeno da Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 sul concetto di “giusta causa di licenziamento”. Sul tema ampiamente B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 321 ss.

38 M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 35, che cita M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 67 ss.; ma già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., 223 ss.

39 Si v. però N. LONGOBARDI, *Note a margine di tre relazioni sul giudizio amministrativo*, in AA. VV., *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, cit., 283, per il quale “l'esigenza di differenziare il sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica” viene meno in quanto il superamento dei “risalenti dogmi della specialità amministrativa” impone di ritenere “che non vi è più immunità dalla giurisdizione per l'amministrazione con riguardo alla discrezionalità amministrativa in generale” (per l'argomentazione generale si v. ID., *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. FANTI, Napoli, 2019).

mente discrezionali interrelate, e neppure si vuole qui escludere che questa commistione riguardi anche i poteri di regolazione delle Autorità indipendenti. Per le premesse che si sono poste, in questi casi è essenziale distinguere in concreto i due momenti, verificando se la critica formulata dal ricorrente attenga all'uno o all'altro. La difficoltà di tracciare in concreto il confine tra valutazioni tecniche complesse e propriamente discrezionali non può essere negata⁴⁰, in quanto dipende dal motivo della continuità cui sopra si è fatto riferimento, ma questo non significa che si possa rinunciare alla ricerca: piuttosto, che è possibile l'errore, come in tutte le valutazioni giudiziarie, specie quelle complesse.

5. L'attendibilità del giudizio nella logica della confutazione

Difendere la distinzione tra il sindacato sulle valutazioni tecniche e il sindacato sulla discrezionalità, come si è fatto sin qui, non equivale naturalmente a prender posizione su come il primo debba positivamente svolgersi. A questo riguardo il dibattito è ormai secolare e si può fare rinvio ad alcuni recenti contributi che lo hanno ripercorso con completezza d'informazione e rilievi critici⁴¹.

Sembra invece più utile prendere posizione sulla questione metodologica suscitata dagli sviluppi recenti del dibattito stesso, ovvero se il fatto che il giudice amministrativo svolga il sindacato sulle valutazioni tecniche con intensità e modalità diverse da settore in settore, a seconda delle caratteristiche delle controversie e del peso degli interessi in gioco, decreti l'inutilità di riferirsi in questa materia a schemi o modelli astratti di sindacato⁴².

Con ogni probabilità gli schemi astratti non sono affidabili (anzi, possono essere fuorvianti) per la comprensione del modo in cui il giudice amministrativo effettivamente svolge il sindacato sulle valutazioni tecniche⁴³. Nondi-

40 Anzi: deve esser tenuta in somma considerazione.

41 N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, cit., 525 ss.; C. SERENI LUCARELLI, *L'accesso al fatto*, cit., 51 ss.

42 Sul diverso modo di operare del sindacato giurisdizionale da settore a settore, e sui numerosi condizionamenti che tale sindacato subisce nelle dinamiche concrete dell'ordinamento, si v. i saggi contenuti in A. MOLITERNI, a cura di, *Le valutazioni*, cit.

Si interrogano se la frammentazione del quadro giurisprudenziale determini l'inutilità del concetto di discrezionalità tecnica A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione al volume curato da A. Moliterni 'Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 761 ss. e E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 548 ss.

43 Già A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni* (2004), in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 376.

meno pare che ad essi non si possa rinunciare in sede ricostruttiva: “ragionare in generale” qui risulta essenziale per non assecondare le spinte alla frammentazione, garantire un minimo di prevedibilità rispetto all’esito della lite ed evitare che sullo stesso incida il “peso” delle parti in causa⁴⁴.

In questa prospettiva il discorso può probabilmente essere impostato in termini parzialmente diversi da quelli usuali, stemperando l’alternativa tra sindacato di attendibilità e sindacato di maggiore attendibilità.

Il primo aspetto da considerare è che il sindacato sulla valutazione tecnica dell’amministrazione si iscrive in un preciso contesto, quello del controllo sulla validità dell’atto amministrativo impugnato: il giudice non è chiamato a svolgere la valutazione tecnica in prima battuta, bensì a verificare se la valutazione tecnica svolta dall’amministrazione abbia determinato l’invalidità del provvedimento impugnato⁴⁵.

Ciò non significa che egli debba limitarsi a un controllo esteriore sulla ragionevolezza e logicità di quanto argomentato dall’amministrazione a proposito del giudizio tecnico svolto, il che sarebbe in contrasto con quanto sin qui argomentato; al contrario, resta confermato che il giudice deve valutare la correttezza in sé della valutazione tecnica, traendone le conseguenze in ordine alla validità del provvedimento.

Nondimeno, se il problema del giudice è quello di valutare la legittimità del provvedimento, è chiaro che, ove l’amministrazione abbia adottato una soluzione che risulta ammessa dalla applicazione della scienza di riferimento al caso concreto, egli non può annullare il provvedimento in quanto ritiene soggettivamente preferibile altra soluzione, anch’essa ammessa dalla scienza di riferi-

44 Per questa esigenza già E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 548 ss., dove scrive “Non condivido che le soluzioni differenziate possano condurre ad un superamento della costruzione della discrezionalità (che sarebbe meglio, per evitare equivoci, chiamarla valutazione) tecnica [...] Se si abbandona l’unità concettuale ed applicativa dell’istituto si incrementa la soluzione caso per caso, rendendo quasi impossibile ogni previsione sull’esito della controversia, relegando così la disciplina del rapporto litigioso alla incertezza”.

Non si può negare che tra le autorità indipendenti sussistono differenze sia sul piano strutturale organizzativo, sia in relazione ai profili funzionali. Si ritiene comunque possibile, seguendo S. TORRICELLI, *op. cit.*, 99, ragionare su un paradigma astratto di amministrazione tecnico-indipendente.

45 Sulla differenza che esiste tra il problema del giudice e quello dell’amministrazione, il primo un problema di secondo grado e il secondo un problema di primo grado, F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipoteca degli schemi*, in *Scritti giuridici*, cit., 315 e ss.; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ivi, 391-397; ID., *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, ivi, pp. e 575 ss.

mento: non lo può fare non perché la valutazione tecnica dell'amministrazione sia assistita da una qualche autorità, magari deducibile dalla legittimazione democratica dell'amministrazione, bensì perché semplicemente questo trasformerebbe un giudizio di validità in un giudizio di opportunità⁴⁶. In altre parole, se il giudice, a fronte di più soluzioni tecniche ammesse dalla scienza di riferimento, una delle quali è stata fatta propria dall'amministrazione, prendesse posizione a favore dell'altra, e in base a questo annullasse il provvedimento, allora l'annullamento non sarebbe disposto per ragioni di invalidità, ma di pura e semplice inopportunità.

Ma allora la giurisprudenza ha ragione di arrestare il controllo alla attendibilità della valutazione tecnica? Sul punto bisogna intendersi.

Le proposizioni che non sono suscettibili di verifica in termini di verità, cioè di corrispondenza tra quanto affermato e la realtà fenomenica, sono comunque suscettibili di verifica in termini di correttezza attraverso il metodo scientifico della confutazione, che consiste nel sottoporre al vaglio del controllo asserti incompatibili con l'affermazione che si intende confutare o una ricostruzione alternativa dei fatti⁴⁷.

Per quanto riguarda il sindacato degli atti amministrativi basati su valutazioni tecniche complesse, pertanto, l'essenziale è considerare che in principio tutto è confutabile, quindi anche le statuizioni delle autorità indipendenti che a tutta prima appaiono attendibili anche in ragione della particolare capacità tecnica dell'ente⁴⁸; e, in secondo luogo, consentire al ricorrente di esperire il tentativo di confutare il giudizio dell'amministrazione in tutti i suoi aspetti.

Il giudice, utilizzando tutti i mezzi istruttori a sua disposizione, compresa la consulenza tecnica, valuta le affermazioni confutatorie del ricorrente alla luce

⁴⁶ Per la distinzione tra legittimità e merito nell'ambito delle tecniche di sindacato sugli atti dei pubblici poteri A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir amm.*, 2008, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2024, 608 s.

⁴⁷ Su questi aspetti, con ricchezza di riferimenti alle correnti principali della epistemologia contemporanea, nonché alle correnti della scienza amministrativistica ad esse più sensibili, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 450 ss., della cui impostazione sono tributarie le riflessioni sinteticamente proposte in questo paragrafo.

⁴⁸ F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti giuridici*, cit., 371 ss.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, cit., 577: "se si parte dall'idea della "confutazione" e si riconosce finalmente che tutto in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte".

del sapere tecnico-specialistico di settore. Solo ciò che al termine dell'istruttoria processuale abbia resistito alle confutazioni potrà dirsi attendibile, mentre non è tale ciò che risulta confutato⁴⁹.

Il giudice pertanto non deve esprimere una preferenza tra valutazioni tecniche corrette (quella dell'amministrazione e quella del suo consulente), bensì valutare la correttezza di una sola valutazione, quella dell'amministrazione, alla luce delle confutazioni avanzate dal ricorrente. È vero che non può far prevalere la soluzione che soggettivamente ritiene preferibile a quella, comunque corretta, che l'amministrazione ha posto a base del provvedimento. Ma è altrettanto vero che la correttezza della valutazione dell'amministrazione non deve essere confusa con la sua astratta attendibilità, che non sia il risultato del fallimento delle confutazioni avanzate dalla parte.

Tanto basta a concludere che nulla andrebbe desunto dalla astratta attendibilità del giudizio dell'amministrazione: né l'infondatezza del ricorso, né (ancor prima) l'inutilità di una approfondita istruttoria per l'esame delle confutazioni proposte dal ricorrente⁵⁰.

49 F. FOLLIERI, *op. cit.*, 480 s.

50 Osserva A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 381: "la questione tecnico-scientifica non può quindi essere qualificata 'a priori' come 'opinabile', ma può essere qualificata solo dopo aver acquisito al processo tutti gli elementi scientifici necessari per stabilire se la soluzione adottata dall'amministrazione sia condivisibile o sia comunque una delle soluzioni equivalenti. Il ragionamento svolto spesso dal Consiglio di Stato è invece esattamente in senso opposto [...]".

Si condivide anche l'osservazione dell'A. che "in tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico dell'amministrazione non si convincente, il giudice deve poterla disattendere. Un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore" (A. TRAVI, *Giurisprudenza e amministrazione*, cit., 9).

LAURA AMMANNATI
già professore ordinario
Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici della Università degli Studi di
Milano
laura.ammannati@unimi.it

LA REGOLAZIONE AL TEMPO DELLA SOSTENIBILITÀ E DEGLI ALGORITMI

REGULATION IN THE AGE OF SUSTAINABILITY AND ALGORITHMS

SINTESI

Il lavoro vuole analizzare la trasformazione del modello di regolazione consolidato dagli anni 80 dello scorso secolo prodotta principalmente da due fattori cruciali: il nuovo ruolo di guida delle attività economiche e degli operatori assunto dallo stato per indirizzare i meccanismi di mercato verso obiettivi predefiniti; la necessità che le condotte degli operatori siano dirette a perseguire nuovi interessi pubblici quali la sostenibilità, oltre gli interessi consolidati nel diritto di impresa e societario, o l'equità, oltre la contendibilità quale obiettivo tradizionale del diritto della concorrenza così che questo richiede di prefigurare i loro comportamenti imponendo obblighi dettagliati a differenti livelli. Inoltre vuole evidenziare come la compresenza di interessi diversi ed 'eccentrici' e di quelli tradizionalmente tutelati dal diritto conduce ad una ridefinizione della regolazione tradizionale prevalentemente intesa come risposta ai fallimenti del mercato. A questo fine analizza, per un verso, come la sostenibilità si evidenzia quale criterio di conformazione dell'impresa grazie alla imposizione di obblighi di rendicontazione di sostenibilità e due diligence di impresa. Per l'altro, come l'imposizione di una serie di obblighi a specifiche tipologie di piattaforme digitali delinea *ex ante* le loro condotte con l'obiettivo di prevenire pratiche scorrette e anticoncorrenziali. Infine, cerca di mostrare come il modello di regolazione sviluppato nel contesto dello "stato regolatore" sia stato progressivamente messo in discussione sia dalla ri-espansione dello stato come guida delle attività economiche sia dal diverso paradigma di interazione tra gli attori dei mercati, cioè regolatori, regolati e soggetti terzi o *stakeholder* quali portatori di interessi diversi dalle imprese regolate ma capaci di influenzarne i comportamenti. In

sintesi, il modello emergente è, per un aspetto, quello di una regolazione flessibile e sperimentale e, per un altro, di una regolazione partecipativa o co-regolazione.

ABSTRACT

The paper deals with the transformation of the regulatory model established since the 80s produced primarily by two crucial factors: the new guiding role of the state regarding economic activities and operators to steer market mechanisms towards predefined objectives; the obligation for operators to put in place conducts to pursue new public interests such as sustainability, beyond the established interests in business and corporate law, or fairness, beyond contestability as a traditional objective of competition law. This requires to define their behaviours *ex ante* by imposing detailed obligations at different levels. Furthermore, it highlights how the coexistence of different and ‘eccentric’ interests, alongside those traditionally protected by law, leads to redefine the traditional regulation, primarily seen as a response to market failures. In this perspective it analyses, on one hand, how sustainability emerges as a criterion to shape and adapt operators by means of imposing sustainability reporting obligations and corporate due diligence. On the other hand, it examines how imposing a set of obligations on specific kind of digital platforms defines their conducts *ex ante* with the aim at preventing unfair and anticompetitive practices. Lastly, it seeks to demonstrate that the regulatory model developed in the framework of the “regulatory state” has been progressively challenged by both the re-expansion of the state as a guide of economic activities and the different paradigm of interaction of market actors, regulators, regulated subjects and third parties or stakeholder who represent interests different from those of regulated firms but able to influence their behaviours. Briefly, the emerging model is characterized, on one side, by flexible and experimental regulation and, in the other, by participative regulation or co-regulation.

PAROLE CHIAVE: imprese, sostenibilità, piattaforme-gatekeeper, equità, co-regolazione.

KEYWORDS: Firm, sustainability, gatekeepers, fairness, co-regulation.

INDICE: 1. Introduzione – 2. La via europea alla sostenibilità – 3. Sostenibilità e conformazione dell'attività d'impresa – 4. Piattaforme e mercati digitali di fronte alla regolazione – 5. Elementi di un diverso modello di regolazione

1. Introduzione

Incertezza, complessità e incessante cambiamento sono i fattori all'origine della crisi progressiva della regolazione e del modello consolidato come intervento reattivo e successivo ai fallimenti e ai rischi del mercato. In termini generali è di un qualche interesse ricordare come poco più di un decennio fa, all'indomani della crisi finanziaria del 2007, ci si interrogasse sulle tecniche di regolazione adeguate a catturare “*the severe complexity risk*” manifestato dalla crisi finanziaria. In sintesi, se questo obiettivo fosse meglio centrato da una regolazione *principles-based* costretta ad uscire di scena con l'accusa di avere favorito uno stile di supervisione *light-touch* o da strategie di regolazione più intrusive.

Nel tempo che ci separa da quel periodo l'ingresso a tutti gli effetti delle tecnologie digitali ha modificato significativamente la struttura dei mercati tradizionali. Le stesse istituzioni europee hanno progressivamente riconosciuto la necessità di strategie regolatorie più flessibili capaci di rispondere ai comportamenti degli operatori regolati la cui attività e organizzazione è in continua trasformazione. In più, di fronte alle posizioni di potere conquistate dalle grandi piattaforme, la Commissione europea ha cercato di integrare con nuove strategie di regolazione la debolezza dei rimedi *antitrust* nei mercati digitali come dimostrato con il regolamento *Digital Markets Act*.

Nello stesso tempo su un diverso versante, quello della transizione verde e della lotta al *climate change*, il legislatore europeo ha riconosciuto un ruolo cruciale all'obiettivo della sostenibilità. Ha così introdotto, accanto a strumenti consolidati di regolazione, nuovi poteri pubblici di indirizzo e di guida al fine di promuovere la sostenibilità nel diritto di impresa.

A partire da queste premesse il lavoro vuole evidenziare come la compresenza di interessi diversi ed ‘eccentrici’, la sostenibilità e la *fairness* - equità, e di quelli tradizionalmente tutelati dal diritto, lo scopo di lucro e la contendibilità, conduce ad una ridefinizione della regolazione tradizionale prevalentemente intesa come risposta ai fallimenti del mercato. A questo fine analizza, per un verso, come la sostenibilità si evidenzia quale criterio di conformazione dell'impresa grazie alla imposizione di obblighi di rendicontazione di sostenibilità e due diligence di impresa. Per l'altro, come l'imposizione di una serie di obblighi a spe-

cifiche tipologie di piattaforme digitali delinea *ex ante* le loro condotte con l'obiettivo di prevenire pratiche scorrette e anticoncorrenziali. Infine, cerca di mostrare come il modello di regolazione sviluppato nel contesto dello "stato regolatore" sia stato progressivamente messo in discussione sia dalla ri-espansione dello stato come guida delle attività economiche sia dal diverso paradigma di interazione tra gli attori dei mercati, cioè regolatori, regolati e soggetti terzi o *stakeholder* quali portatori di interessi diversi dalle imprese regolate ma capaci di influenzarne i comportamenti.

2. La via europea alla sostenibilità

Il tema della sostenibilità ricorre da qualche decennio, ma con crescente frequenza, nel panorama internazionale¹ e, fin dal Trattato di Maastricht, nel quadro giuridico e nelle politiche dell'Unione. Così da tempo una costruzione giuridica della sostenibilità che ne riconosce la dimensione ambientale e sociale è presente nell'ordinamento europeo. La sostenibilità nella accezione di sviluppo sostenibile è stata declinata nell'art. 3 TUE come obiettivo complementare ad altri quali la piena occupazione e la stabilità dei prezzi nonché la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni e la solidarietà intergenerazionale che l'UE intende perseguire grazie al processo di integrazione nel mercato unico. Come indicato dalla Commissione nella comunicazione sulla strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile del 2001² l'obiettivo dello sviluppo sostenibile può essere perseguito grazie al bilanciamento tra i diversi interessi sottesi ad obiettivi come la crescita economica, la protezione sociale e la tutela ambientale.

Un passaggio cruciale in questo percorso è stata la comunicazione sul Green Deal³ che ha delineato un percorso inteso a progettare un modello di sviluppo alternativo al paradigma economico tradizionale, cioè la dissociazione

1 Il riferimento è alla nozione di sostenibilità delineata nel famoso Brundtland Report del 1987 (*Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future*), poi ripreso dalla World Commission on Environment and Development dell'ONU.

2 Comunicazione della Commissione, del 15 maggio 2001, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, COM(2001) 264 def.

3 Comunicazione della Commissione, del 11.12.2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, , seguito per la parte normativa dalla "normativa europea sul clima" (Reg UE 2021/1119) e per la parte progettuale dal complesso pacchetto di proposte incentrato prevalentemente sulla comunicazione "Fit for 55" del luglio 2021.

della crescita economica dall'uso delle risorse⁴, che si accompagna ad una nuova e necessaria guida pubblica per le scelte degli operatori.

Gli anni più recenti caratterizzati dall'emergenza climatica e dalla crisi pandemica sono stati segnati da una significativa trasformazione nelle modalità di intervento delle istituzioni rispetto al periodo immediatamente successivo alla grande crisi finanziaria del 2007- 2008: da interventi di salvataggio delle imprese e di stabilizzazione dei mercati alla affermazione di un ruolo di guida delle attività economiche. In effetti il disegno di un modello di crescita e di sviluppo sostenibile richiede una riforma economica e sociale diretta a ridimensionare le pretese di regolazione *light touch* dei poteri privati e a riconoscere allo stato il ruolo di guida e indirizzo degli operatori e delle attività economiche verso finalità di interesse generale. In termini generali l'obiettivo dello sviluppo sostenibile taglia trasversalmente una serie di ambiti. In sintesi quello ambientale, sociale e di governance come ci ricorda la nota sigla ESG.

In questo contesto, la sostenibilità viene indicata come il criterio di selezione tra le diverse attività, quelle "ecosostenibili" e quelle che non lo sono, in quanto caratterizzate dai requisiti riconosciuti come necessari secondo la logica del regolamento tassonomia⁵. A questo fine la tassonomia ha elaborato una lista di attività sostenibili dal punto di vista ambientale e di requisiti, una sorta di "condizionalità di sostenibilità", ai quali queste attività debbono conformarsi.

In parallelo le imprese sono indirizzate a conformarsi agli obiettivi delle politiche per la sostenibilità in quanto destinatarie di obblighi comportamentali sempre più stringenti. In altre parole, la sostenibilità riporta al centro l'impresa quale destinatario di un ampio ventaglio di interventi pubblici diretti a dare corpo ad una attività coerente con gli obiettivi ESG da integrare e bilanciare con quelli di sostenibilità economico – finanziaria dell'impresa stessa.

3. Sostenibilità e conformazione dell'attività d'impresa

Il complesso sistema di *hard* e *soft law* che l'Unione ha prodotto in tempi

⁴ V. il considerando 2 del REG. (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 *che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (Normativa europea sul clima)*.

⁵ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*.

recenti mette in luce come l'obiettivo della sostenibilità porti in primo piano gli interessi alternativi riconducibili ai fattori ESG che influenzano crescentemente l'esercizio dell'attività di impresa e la sua configurazione così da evitare che le esternalità negative della gestione di impresa possano incidere sugli obiettivi di tutela ambientale, sugli aspetti sociali e sulle prassi di una corretta governance.

In questa prospettiva la Commissione ha valorizzato il modello della programmazione rivisitata come strumento di orientamento dei meccanismi di mercato, invocando il ricorso agli strumenti disponibili come il Green Deal e, tra l'altro, i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC), il Next Generation EU o ancora i piani per una transizione giusta⁶. Così il recupero di un approccio programmatico non si sostituisce al tradizionale disegno delle politiche pubbliche a connotazione economica improntato al modello della regolazione pro-concorrenziale. Sembra invece superata la contrapposizione tra l'organizzazione economica fondata su mercato e concorrenza e l'opzione finalizzata a promuovere misure che guidano i meccanismi di mercato verso obiettivi predefiniti.

Nel nuovo assetto, quindi, accanto a forme consolidate di regolazione, emergono nuovi poteri pubblici di guida e programmazione con il fine di promuovere e introdurre la sostenibilità nel diritto di impresa. Non a caso, proprio a questo fine, l'intervento pubblico si pone a 'garanzia' dell'interesse prioritario finalizzato a ri-orientare le imprese nelle loro scelte produttive (tecniche e sistemi produttivi, impianti, materiali, ecc.) e di *governance*.

A questo punto sembra necessario esaminare come la sostenibilità si ponga come criterio di conformazione dell'attività di impresa senza per questo limitare la sua libertà e il perseguimento dello scopo di lucro ma realizzando al contempo interessi 'eccentrici' rispetto a quelli consolidati nel tempo. Il quadro delle regole sulla sostenibilità nell'esercizio dell'impresa si è sviluppato nel corso di un decennio con una crescita significativa di norme e di fonti di *soft law*⁷.

⁶ Un recente contributo sulla programmazione come nuovo metodo di governance dell'UE, v. P. DERMINE, *The planning method: an enquiry in to the constitutional ramifications of a new EU governance technique*, in CMLR, 4, 2024, p. 959.

⁷ Sulla integrazione delle regole di sostenibilità nel regime dell'impresa, tra i numerosi contributi cfr. U. TOMBARI, *Riflessioni sullo statuto organizzativo dell'impresa sostenibile tra diritto italiano e diritto europeo*, in AGE, 1, 2022; F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, in *rivista.dirittobancario.it*, aprile-giugno 2024; G. SCHNEIDER, *L'impresa tra*

Un primo versante riguarda gli obblighi di rendicontazione di sostenibilità che aprono la strada ad una valorizzazione dell'informazione come elemento centrale degli interventi per la sostenibilità. Infatti i meccanismi di *disclosure* consentono, da un lato, di monitorare e gestire i comportamenti delle imprese ed il loro impatto sociale e, dall'altro, di disporre di un flusso di informazioni in merito alla sostenibilità a favore di un ampio numero di soggetti come soci, investitori, analisti, agenzie di rating, ed anche consumatori⁸.

Il primo passo è stato fatto dal legislatore europeo già nel 2014 con la direttiva NFRD (*Non Financial Reporting Directive*)⁹ che ha rappresentato un vero e proprio salto di qualità delle regole non vincolanti su contenuto e finalità dell'informazione non finanziaria cioè relativa a temi ambientali, sociali, nonché di rispetto dei diritti umani. Inoltre la Commissione, con due successive comunicazioni, ha fornito alle imprese una serie di indicazioni dirette a facilitare una corretta compliance¹⁰ anche nella prospettiva di offrire agli investitori un servizio finalizzato alle loro scelte, e a migliorare i modelli di informazione non finanziaria in quanto principale fonte di indicazioni per le imprese al fine

scopo di lucro e istanze ESG: dal reporting al dovere di diligenza nel prisma costituzionale, in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2024. Per un inquadramento generale del tema in chiave regolatoria, v. S. AMOROSINO, *Note sulle regolazioni delle transizioni "economiche"*, in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2022. E per un inquadramento del tema nel contesto della riforma costituzionale italiana, v. R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *AGE*, 1, 2022; e F. BERTELLI, *L'iniziativa economica privata tra obiettivi economici e ambientali alla luce delle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Astrid Rassegna*, 2023.

⁸ Per una recente e attenta analisi di questi temi, cfr. AA.VV., *L'integrazione dei fattori ESG nella strategia aziendale: un'analisi della disclosure societaria. Primi spunti di riflessione*, in *Quaderni Consob*, n. 5, marzo 2025.

⁹ Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni (NFRD). Le imprese di grandi dimensioni (più di 500 dipendenti e con specifici requisiti di fatturato o bilancio consolidato) sono tenute ad includere nella loro relazione di gestione una dichiarazione non finanziaria riguardo l'impatto delle loro attività su aspetti ambientali e sociali, sul rispetto dei diritti umani e sulla lotta alla corruzione, oltre a una descrizione dei risultati ottenuti, delle politiche adottate, dei rischi principali connessi all'attività aziendale e delle modalità di gestione degli stessi. Sulle implicazioni sulla disciplina dell'impresa, cfr. in particolare G. STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *AGE*, 1, 2022.

¹⁰ Comunicazione della Commissione — *Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario (Metodologia per la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario)* del 5.7.2017, C/2017/4234; e Comunicazione della Commissione — *Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: Integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima*, del 20.6.2019, C/2019/4490.

della gestione del rischio.

Con la direttiva 2464 del 2022 “*Corporate Sustainable Reporting Directive*”¹¹ (CSRD), la disciplina sulla informativa al mercato apre ancora una volta e con più forza l’ordinamento di impresa a interessi diversi da quelli della massimizzazione del profitto. Infatti prevede l’introduzione di obblighi di comunicazione dettagliati per le grandi imprese e successivamente anche per le PMI quotate in merito alle questioni di sostenibilità, come diritti ambientali, diritti sociali, diritti umani e fattori di governance. Con la CSRD le imprese sono tenute a presentare osservazioni circa il modo in cui il proprio modello aziendale influenza la loro sostenibilità e, in aggiunta, come i fattori di sostenibilità esterni, in primo luogo il cambiamento climatico e i diritti umani, orientano la loro attività¹².

Senza entrare qui nel merito dell’altro versante oggetto di attenzione del legislatore europeo relativo ai rischi di sostenibilità¹³, è opportuno fare riferimento alla evoluzione della normazione in materia di rendicontazione di sostenibilità e di due diligence d’impresa a fini di sostenibilità. Qui il riferimento è alla direttiva 1760 del 2024 (CSDDD)¹⁴ che sembra incidere più profonda-

11 Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità (CSRD). Sul punto del recepimento della direttiva nell’ordinamento italiano, tra l’altro cfr. A. GENOVESE, S. SCALZINI, *Il d.lgs. n. 254 del 2016 di recepimento della Non Financial Reporting Directive (NFRD) 2014/95/UE e la Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) 2464/2022 a confronto*, in *Astrid Rassegna*, 18, 2023.

12 Il riferimento qui è all’introduzione nella direttiva del cd “principio della doppia materialità”, secondo cui le imprese dovranno fornire informazioni di sostenibilità sia secondo un approccio *inside-out*, cioè riguardo l’impatto delle proprie attività verso l’esterno, che seguendo un approccio *outside-in*, in relazione all’incidenza dei fattori di sostenibilità sulle attività e i relativi risultati.

13 V. a questo riguardo il Reg. 2088 del 2019 *Sustainable Financial Disclosure Regulation* che dispone norme armonizzate per migliorare la qualità delle informazioni e la comparabilità tra prodotti finanziari riguardo alla sostenibilità, imponendo da qui alle istituzioni finanziarie di includere i rischi ESG nei processi decisionali, di governance e di erogazione dei finanziamenti.

14 Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2059 (CSDDD), che impone alle grandi società europee e a quelle di paesi terzi che operano nell’UE di implementare una due diligence fondata sul rischio allo scopo di individuare, valutare e porre rimedio agli impatti negativi potenziali ed effettivi sui diritti umani o sull’ambiente causato dalle loro attività, dalle attività delle loro filiazioni e dai loro partner commerciali (cd. “catena di attività”). Le imprese dovranno garantire che il loro modello di business sia compatibile con l’obiettivo dell’accordo di Parigi (riscaldamento globale a 1,5°C) adottando un piano di transizione climatica adeguato. In caso di violazione di tali obblighi, saranno applicabili sanzioni e misure di responsabilità civile.

mente sugli aspetti organizzativi dell'impresa, in quanto impone a quelle incluse nell'area di riferimento di monitorare e rilevare i rischi per i diritti umani e per l'ambiente lungo la propria "catena di attività". Tra l'altro la direttiva sollecita una revisione degli assetti organizzativi promuovendo il confronto con gli *stakeholder* grazie alla apertura di canali di "dialogo significativo" nelle fasi di attuazione del dovere di diligenza e istituisce un vero e proprio diritto di informazione degli *stakeholder*.

Le norme appena considerate hanno manifestato nel tempo una serie di criticità sia sul versante dell'informazione in non pochi casi carente o frammentaria, comunque inadeguata a fornire dati coerenti ed affidabili, che sul versante di una crescente imposizione di obblighi nei confronti delle imprese che, come è stato da più parti rilevato ed in particolare dal Rapporto Draghi, penalizzano le imprese europee sul piano della competitività¹⁵.

Proprio in considerazione di questo secondo aspetto la recente comunicazione "*Competitiveness Compass for the EU*"¹⁶ presentata dalla Presidente della Commissione dichiara di volere operare una semplificazione e un coordinamento delle regole sulla sostenibilità per promuovere una effettiva realizzazione degli obiettivi riducendo il carico regolatorio gravante sulle imprese. Il progetto è quello di presentare una proposta "*omnibus*" per modificare innanzitutto alcune disposizioni contenute sia nella CSRD che nella CSDDD (come anche nel regolamento tassonomia). Anche se, al momento, le esperienze di attuazione della disciplina di sostenibilità hanno riguardato solo il versante della rendicon-

15 Secondo il rapporto Draghi negli Stati Uniti sono stati promulgati circa 3.500 atti legislativi e sono state approvate circa 2.000 risoluzioni a livello federale USA negli ultimi tre mandati del Congresso (2019-2024). Nello stesso periodo, l'UE ha approvato circa 13.000 atti, di cui 515 atti legislativi ordinari, 2.431 altri atti legislativi, 954 atti delegati, 5.713 atti di esecuzione e 3.442 altri atti. A ciò si aggiunge la legislazione nazionale approvata in ciascuno Stato membro. (*The future of European Competitiveness – Part A- A competitiveness strategy for Europe*, September 2024, p. 61).

16 Communication from the Commission, *A Competitiveness Compass for the EU*, del 29.1.2025, COM(2025) 30 final, in partic. 17-18: "The first Omnibus will, among others, cover a far-reaching simplification in the fields of sustainable finance reporting, sustainability due diligence and taxonomy. In line with the objectives of the sustainable finance framework to mobilise investment in the clean transition, the Commission will ensure better alignment of the requirements with the needs of investors, proportionate timelines, financial metrics that do not discourage investments in smaller companies in transition, and obligations proportionate to the scale of activities of different companies. It will notably address the trickle-down effect to prevent smaller companies along the supply chains from being subjected in practice to excessive reporting requests that were never intended by the legislators."

tazione di sostenibilità sono emersi elementi fortemente critici in particolare relativi alla complessità della disciplina e alla *compliance* con i relativi costi così come allo scarso coordinamento tra le diverse discipline¹⁷. Inoltre, anche se le piccole e medie imprese erano esentate dalle onerose rendicontazioni, la CSRD ha prodotto conseguenze non previste, cioè quello che è stato definito come effetto “gocciolamento” (*trickle-down effect*) poiché le grandi imprese hanno richiesto anche ai fornitori il rispetto degli stessi oneri.

Il primo pacchetto *omnibus* è stato messo in calendario dalla Commissione per i primi mesi del 2025 e nel frattempo con una comunicazione appena pubblicata vengono indicati strumenti e obiettivi necessari per semplificare l'implementazione di molte misure anche grazie ad un coordinamento più stretto con gli stati membri¹⁸. Questo in particolare al fine di evitare l'imposizione di ulteriori requisiti non previsti dalle norme europee (il cd “*gold plating*”) che produce non solo frammentazione del mercato interno ma anche oneri addizionali per le imprese e i cittadini. Uno degli obiettivi è una riduzione degli oneri burocratici nei prossimi anni almeno del 25% per tutte le imprese e del 35% per le piccole e medie imprese¹⁹.

4. Piattaforme e mercati digitali di fronte alla regolazione

E' ormai opinione condivisa che la inarrestabile affermazione degli operatori digitali si è realizzata in un clima di sospensione delle regole in parte giustificato dalla presunta necessità di non bloccare l'innovazione e, in parte, per la loro natura globale che sfugge per definizione alle regolazioni nazionali o locali. Le trasformazioni dei mercati innescate dalla ascesa delle piattaforme digitali hanno minato, anche tra legislatori e regolatori, le certezze di poter applicare

¹⁷ Su questi temi, v. ASSONIME, *Atto europeo omnibus in materia di sostenibilità. Osservazioni e proposte*, position paper, 1/2025, che rileva tra l'altro come le incertezze del quadro regolatorio siano ben evidenziate dal fatto che è stata avviata una procedura di infrazione per 17 SM che non hanno adottato la CSRD nei tempi indicati tra i quali anche Germania, Spagna, Olanda e Austria. L'Italia ha approvato il 30 agosto 2024 il d.lgs. di recepimento (n. 125, 6 settembre 2024).

¹⁸ In fase di ultima revisione di questo contributo ci è consentito di fare riferimento alle proposte della Commissione europea per la revisione delle due direttive CSRD e CSDDD, del 26.2.2025, COM(2025) 80 final e COM(2025) 81 final.

¹⁹ EU Commission, *A simpler and faster Europe: Communication on implementation and simplification*, European Commission 2024-2029, 1 Feb. 2025. Sul punto, v. anche B. Romano, *Piano UE anti burocrazia: 25% di oneri in meno*, in *Il Sole-24 ore*, 9.2.2025.

ancora a questi modelli di business *disruptive* la regolazione dell'era pre-digitale che ha mostrato da subito la sua fragilità intrinseca nell'impatto con gli algoritmi.

Di fronte all'incalzare dell'innovazione l'Unione europea ha affermato con decisione la necessità di imbrigliare i sistemi algoritmici in nome dei diritti e della tutela della concorrenza e dei consumatori. Così ha progressivamente superato l'idea di affidarsi ad un approccio regolatorio tarato su misure di *self-regulation*²⁰. In effetti in un primo momento le istituzioni europee hanno sostenuto una visione garbatamente ottimistica della rivoluzione delle piattaforme e delle potenzialità di innovazione dell'economia, giustificata anche dalla presenza di norme trasversali come la concorrenza, la tutela dei consumatori o la protezione dei dati personali, in nome della necessità di non soffocare l'innovazione. Comunque in questo decennio hanno cercato di disegnare un quadro regolatorio potenzialmente adeguato alle specificità dell'economia delle piattaforme e dei mercati digitali. In questo percorso si collocano sia i regolamenti riguardanti i mercati digitali (*Digital Markets Act* – DMA)²¹ ed i servizi digitali (*Digital Services Act* – DSA)²² che quello in materia di intelligenza artificiale²³ presentati inizialmente in rapida successione, con i quali l'Unione intendeva perseguire l'ambizioso progetto di disegnare la propria visione del mondo digitale.

Come più volte sottolineato dallo stesso legislatore europeo, alcune grandi piattaforme digitali hanno acquisito sul mercato globale una posizione di potere tale da esercitare il controllo sull'accesso alla piattaforma e sul flusso delle informazioni. Per questo sono state così definite come *gatekeeper* riprendendo

20 Comunicazione della Commissione, del 25.5. 2016, COM(2016) 288 final, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, p. 3. V. per questo anche le riflessioni di L. FLORIDI, *The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry*, in *Philosophy and Technology*, 2021, pp. 619-622.

21 Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

22 Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

23 Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

un termine di frequente utilizzato sia in contesti regolatori che antitrust.

Nell'ottica del nostro discorso, che si concentra sulle trasformazioni della regolazione nei mercati digitali e sull'approccio che il legislatore europeo ha scelto per affrontare i controversi comportamenti delle piattaforme digitali, ci soffermeremo in particolare, proprio in forza della sua specificità, sulla legge sui mercati digitali, il DMA. Senza poter condurre qui una analisi complessiva delle norme di questo regolamento, in termini generali il DMA rappresenta lo strumento con il quale la Commissione ha cercato di superare quelli che appaiono i punti di maggiore debolezza dell'antitrust nei mercati digitali: l'estrema lentezza dell'approccio *case-by-case*²⁴ e la scarsa capacità di 'mordere' con i tradizionali rimedi che l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE affidava ad una procedura *ex post*. Tuttavia persegue, come esplicitamente dichiara, finalità non del tutto coincidenti con quelle del diritto antitrust ma complementari.

Infatti il DMA ha come obiettivo non solo assicurare la contendibilità (*contestability*) ma anche l'equità (*fairness*) dei mercati digitali. Fin dalle premesse il DMA dichiara di perseguire un obiettivo complementare, sebbene non analogo, alla protezione della concorrenza cioè il carattere equo e contendibile dei mercati dove sono presenti *gatekeeper*²⁵ e di integrare l'applicazione del diritto della concorrenza lasciando impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE.

A partire da queste premesse il DMA prefigura per i *gatekeeper* che offrono servizi di piattaforma di base un "catalogo" di obblighi e divieti di immediata applicazione che non richiedono ulteriori specificazioni (art.5) oppure che le permettono (art.6) e che riproducono per lo più condotte anticoncorrenziali finora sanzionate *ex post*, ma che sono qui fissati in modo da indirizzare preventi-

24 Basta qui ricordare che nel caso Google Search (Shopping), ad esempio, la Commissione è arrivata soltanto nel 2017 a sanzionare comportamenti anti-competitivi posti in essere del 2008. Inoltre la chiusura effettiva del procedimento è giunta con la sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 10.9. 2024 a seguito di impugnazione per annullamento della sentenza del Tribunale UE del 10.11.2021.

25 Un fornitore di servizi di piattaforma di base (la nozione è definita solo con l'elenco dei servizi inclusi nella categoria) può essere designato come *gatekeeper* se soddisfa tre requisiti: ha un impatto significativo sul mercato interno, fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un importante punto di accesso (*gateway*) affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, e detiene una posizione consolidata e duratura o è prevedibile che l'acquisisca nel prossimo futuro. La qualificazione come *gatekeeper* è presunta per le piattaforme che superano certi limiti di fatturato o numero di utenti, ma può essere decisa dalla Commissione anche per imprese che non rientrano in questi stessi limiti. Allo stato attuale sono stati individuati sei *gatekeeper*: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft.

vamente i comportamenti degli stessi *gatekeeper*²⁶. E' quindi evidente che, pur in un contesto di complementarità con la normativa antitrust, il DMA opta per una regolazione *ex ante* dei mercati digitali seguendo le nuove prassi che avevano iniziato a ridisegnare il ruolo della regolazione di fronte all'innovazione utilizzando il modello della cd "*anticipatory regulation*"²⁷.

In tal senso la disciplina del DMA persegue, per un verso, l'obiettivo di prevenire la messa in atto di pratiche anticoncorrenziali e scorrette da parte dei *gatekeeper*. Per un altro, sembra prefiggersi di rafforzare la contendibilità della loro posizione sui relativi mercati proprio con la introduzione di meccanismi di regolazione *ex ante*. In sintesi, riguardo il primo aspetto, la nozione di "*fairness*", qui in gioco, sembra superare un approccio basato esclusivamente su obblighi di trasparenza; per il secondo sembra che in questo caso la contendibilità non abbia come esito di promuovere l'accesso ai mercati dominati dalle piattaforme-*gatekeeper* (*competition inter-platforms*) quanto ad accrescere la concorrenza potenziale all'interno delle piattaforme (*intra-platform*), sul mercato 'chiuso', grazie agli obblighi di correttezza nelle relazioni tra piattaforma e utenti commerciali²⁸.

Una motivazione essenziale della scelta per un regime di regolazione *ex ante* è che in tal modo, per un verso, si possono disegnare le condotte dei *gatekeeper* in anticipo prima che un danno possa prodursi. Per un altro, si può dare forma ai mercati, proprio in quanto quelli digitali sono caratterizzati da una elevata dinamicità che non consente il tradizionale approccio regolatorio per così dire *top-down*²⁹. Proprio in considerazione di questa dinamicità sembra op-

26 Sul punto, tra l'altro, v. P. LAROCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *J. of EU Competition Law & Practice*, 7, 2021, p. 546.

27 Per la caratterizzazione di questa regolazione come: *inclusive and collaborative; future-facing; proactive; iterative; outcome-based; experimental*, v. H. AMSTRONG, CH. GORST, J. RAE, '*Anticipatory regulation*' in *an age of disruption*, Nesta, March 2019; ed anche A. CHUBINIDZE, C. JEITLER, J. VELIC - Regional Academy on the United Nations, *The Development of Anticipatory Regulation for Emerging Technologies: Harnessing Artificial Intelligence for the Greater Good*, 2020.

28 V. L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, p. 392.

29 Una conferma riguardo l'uso della regolazione *ex ante* come strumento per disegnare le condotte dei *gatekeepers* in quanto unico strumento in grado di modellare i mercati digitali caratterizzati da estrema dinamicità, si veda il rapporto di COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *A new pro-competition regime for digital markets*, December 2020, punti 3.11 e 3.12 (disponibile sul sito dell'autorità inglese Competition & Markets Authority).

portuno il coinvolgimento dei *gatekeepers* e in generale degli operatori privati nella definizione delle regole che il mercato non è capace di costituire *via self-regulation* compensando così, almeno in parte, la profonda asimmetria informativa a discapito del regolatore pubblico.

Dal momento che i mercati digitali in quanto altamente dinamici richiedono una regolazione aperta, flessibile e a prova di futuro³⁰, i regolatori non solo debbono decidere se e quando intervenire o quale strategia regolatoria utilizzare, ma in particolare quali attori coinvolgere ed in quale modo anche con l'obiettivo di ridurre la crescente asimmetria informativa che rischia di accrescere il potere e la pervasività degli operatori digitali.

Si tratta allora di ridefinire i modi di interazione tra gli attori della regolazione valorizzando il modello di una co-regolazione tra soggetti pubblici e operatori privati³¹. In questa prospettiva il coinvolgimento delle piattaforme nella regolazione fa intravedere indiscutibili vantaggi soprattutto perché queste hanno accesso ad enormi masse di dati e godono così di un importante vantaggio informativo rispetto ai regolatori. Lo scambio di informazioni tra regolatore pubblico e mercato alimenta una regolazione dinamica che consente di ottimizzare il fattore tempo, cruciale in un ambiente caratterizzato da costanti innovazioni.

Al momento della sua progettazione il DMA aveva creato non poche aspettative di introdurre un approccio di co-regolazione costruito su un effettivo “dialogo” tra Commissione e *gatekeeper*. Questo avrebbe potuto facilitare, almeno nel caso degli obblighi che consentono ulteriori specificazioni, interventi più mirati a seconda dei diversi modelli di business e più adattabili alle singole condotte con la garanzia, coerente con gli obiettivi di questo approccio, di una certa proporzionalità delle misure regolatorie pur senza compromettere gli auspicati effetti della regolazione *ex ante*. Con questo non vogliamo dire che sia stata completamente omessa una qualche forma di collaborazione tra Commis-

30 Su questo tema v. S. RANCHORDAS, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, Cheltenham, 2014; M. HELDEWEG, *Experimental legislation concerning technological & governance innovation - an analytical approach*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2015 (<https://doi.org/10.1080/20508840.2015.1083242>)

31 Sul tema della co-regolazione v. L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Cost.*, 3, 2023, p. 1461 ss. e la bibliografia ivi contenuta.

sione, *gatekeeper* ed anche *stakeholder* come imprese concorrenti e consumatori ma non è previsto un vero e proprio contraddittorio³², neppure dove è riconosciuto il “diritto ad essere ascoltati”³³.

In termini più generali il quadro di relazioni che si delinea affida al regolatore la definizione degli obblighi che orientano attività e scelte imprenditoriali degli operatori. Inoltre richiede al regolato di adeguare o meno il proprio modello di business al perseguimento degli obblighi integrandone il contenuto nella sua strategia imprenditoriale. In più gli *stakeholder*, coinvolti in una fase di consultazione, possono presentare delle osservazioni sulle misure in questione.

5. Elementi di un diverso modello di regolazione

A questo punto del nostro discorso sembra utile riassumere gli elementi che emergono e sembrano indurre un ripensamento del modello della regolazione economica ereditato dalla fase di costruzione o di apertura dei mercati dei servizi (e non solo) disegnato negli anni 80 dello scorso secolo³⁴. L'idea di una regolazione che aveva espunto ogni componente “finalistica” e ogni collegamento con una politica economica statale interventista era alla radice del nuovo ruolo dello “stato regolatore”³⁵, nato come portato del paradigma neo-liberista,

32 Il termine dialogo si ritrova nel cons. 65 laddove si afferma che per garantire l'efficacia degli obblighi previsti dal regolamento “può in determinati casi risultare opportuno che la Commissione, a seguito di un dialogo con il *gatekeeper* interessato e, dopo aver consentito a terzi di formulare osservazioni, specifichi ulteriormente alcune delle misure che il *gatekeeper* dovrebbe adottare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi che possono essere oggetto di ulteriore specifica o, in caso di elusione, di tutti gli obblighi”. Così laddove i *gatekeepers* necessitano di un confronto con la Commissione per verificare il livello di *compliance* delle misure relative agli obblighi censiti nel regolamento possono richiedere l'apertura di un procedimento finalizzato all'adozione di un “atto di esecuzione che specifica le misure” da adottare oppure richiedere di avviare una sorta di discussione alla Commissione stessa che decide discrezionalmente “se avviare questo processo”.

Sul punto tra l'altro v. J. CREMER, D. DINIELLI, P. HEIDHUES, G. KIMMELMAN, G. MONTI, R. PODSZUN, M. SCHNITZER, F. SCOTT MORTON, A. DE STREEL, *Enforcing the Digital Markets Act: Institutional Choices, Compliance, and Antitrust*, Digital Regulation Project, Yale Tobin Center for Economic Policy, Policy Discussion Paper No. 7, 1 December 2022 (disp. <https://ssrn.com/abstract=4314848>); G. MONTI, *Procedures and institutions in the DMA*, in CERRE (Centre on Regulation in Europe), *Effective and proportionate implementation of the DMA*, January 2023, p. 163 ss. (disp. <https://ssrn.com/abstract=4323647>).

33 V. art. 34 del DMA: Diritto di essere ascoltati e accesso al fascicolo.

34 Su questo v. R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford Univ. Press, 2012.

35 Per una trattazione di questa nozione v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.

e di una regolazione “condizionale”³⁶ diretta a garantire alle imprese un *level playing field*. Questo modello è stato messo inizialmente in discussione, almeno in parte, con la crisi finanziaria del 2008 e più radicalmente dal prepotente ingresso sui mercati degli operatori digitali³⁷. L'ingresso delle tecnologie digitali ha modificato significativamente la struttura dei mercati mettendoci di fronte ad un pesante fallimento della regolazione tradizionale, in quanto intesa perlopiù come risposta ai fallimenti del mercato.

Il contesto regolatorio che abbiamo adesso di fronte è caratterizzato, in termini generali, principalmente, da due elementi rilevanti. Il primo è riconducibile al ruolo di guida delle attività economiche e degli operatori assunto dallo stato al fine di indirizzare i meccanismi di mercato verso obiettivi predefiniti. Il secondo si manifesta nella necessità che le condotte degli operatori siano dirette a perseguire nuovi interessi pubblici quali la sostenibilità, oltre gli interessi consolidati nel diritto di impresa e societario, o l'equità, oltre la contendibilità quale obiettivo tradizionale del diritto della concorrenza. E questo richiede di prefigurare i loro comportamenti imponendo obblighi dettagliati a differenti livelli.

Proprio in considerazione di questo secondo elemento si fa strada una torsione nelle modalità della regolazione economica nei diversi settori in quanto si apre alla inclusione di interessi altri al di là di quelli tradizionalmente consolidati e si sviluppa nel bilanciamento di questi diversi interessi. E ancora, estremizzando l'impatto di questo elemento sulla regolazione si può ipotizzare che suo oggetto prioritario non sia più il mercato nella astratta visione neo-liberale o i diversi mercati reali, ma l'impresa. Così che le imprese, nella prospettiva di internalizzare interessi di rilevanza pubblicistica, sono indirizzate ad assumere comportamenti conformi o coerenti anche con gli obiettivi della sostenibilità o della *fairness*. Di conseguenza, nelle reciproche relazioni e in quelle con gli altri attori, configurano esse stesse la struttura dei mercati di riferimento invece

³⁶ La distinzione tra regolazione finalistica e condizionale segnala il passaggio dal vecchio al nuovo modello di governo dell'economia per descrivere l'evoluzione della regolazione dei mercati. V. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Giuffrè, 1986, p. 49 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, 1992. E ancora v. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2002, p. 265 ss.

³⁷ Per una interessante riflessione sulla crisi del modello, v. M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rin. Reg. Mercati*, 1, 2018.

di conformarsi al disegno del mercato predefinito dalla tradizionale regolazione di stampo pro-concorrenziale.

Nel contesto di mercati caratterizzati da una crescente complessità del quadro normativo i soggetti regolati incontrano serie difficoltà a porre in atto strategie di *compliance*. Conseguentemente sembra necessario affinare l'interazione tra i diversi attori dei mercati valorizzando le nuove prassi che ridisegnano una regolazione finalizzata alla predisposizione collaborativa delle regole con l'obiettivo di ridurre l'asimmetria informativa e promuovere una efficiente *compliance*. In questa prospettiva si possono estrarre alcune suggestioni dalla teoria della “*responsive regulation*” elaborata da Ayres e Braithwaite all'inizio degli anni 90 che ha disegnato un modello atto a rafforzare forme di collaborazione tra regolatori e attori privati. Il regolatore deve essere capace di ‘reagire’ ai comportamenti del regolato facilitando una adeguata *compliance* dove questa sia ricercata oppure assicurandola grazie all'imposizione di sanzioni di diverso peso e proporzionali alla condotta in questione³⁸.

Come già detto più volte, nei mercati digitali si è sviluppata una regolazione partecipativa strutturata su un modello di interazione con tre poli che coinvolge, oltre alla Commissione nella sua veste di regolatore e alle imprese digitali, quali le piattaforme-*gatekeeper*, gli *stakeholder*, soggetti terzi tra cui imprese concorrenti e consumatori, in quanto portatori di interessi diversi da quelli delle imprese oggetto della regolazione, ma capaci di influenzarne i comportamenti e di entrare a pieno titolo nel gioco della regolazione.

L'approccio del “dialogo con gli *stakeholder*”, come definito dalla direttiva CSDDD, innerva anche la normativa europea riguardo la rendicontazione (CSRD) e la due diligence di sostenibilità nel senso che, analogamente a quanto detto per i mercati digitali, gli interessi di cui gli *stakeholder* sono portatori possono incidere sulle strategie e sugli assetti organizzativi delle imprese³⁹.

Nel primo caso, come ricordato in precedenza, la direttiva, con una ulteriore specificazione degli obblighi di informativa di sostenibilità, richiede una

38 I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992.

39 Sulla diversità di interessi e obiettivi tra azionisti e *stakeholders*, v. tra l'altro R. COSTI, *Sostenibilità e scopo della società*, in *Banca Impresa e Società*, n.3, 2023 (doi: 10.1435/109108).

descrizione non solo delle strategie relative alla gestione dei rischi di sostenibilità ma anche del modo in cui il modello e la strategia aziendali dell'impresa tengono conto degli interessi di terzi *stakeholder*⁴⁰.

La direttiva in materia di diligenza incide in modo più sostanziale sugli assetti organizzativi. Infatti nell'adempimento degli obblighi di rilevazione dei rischi per i diritti umani e ambientali presenti lungo le catene di attività, le imprese sono sollecitate ad una revisione degli assetti attraverso una apertura al confronto con gli *stakeholder* con l'attivazione di canali di dialogo⁴¹. In sostanza, la direttiva definisce un vero e proprio diritto di informazione degli *stakeholder* conferendo a questi un ruolo rilevante nel quadro regolatorio delineato dalla normativa⁴².

Ritorniamo ora in conclusione al tema relativo al rafforzamento dell'intervento pubblico nell'economia e al ruolo di indirizzo di attività economiche e imprese assunto dallo stato. Questo ha comportato notevoli trasformazioni della governance europea anche rafforzando il ruolo della Commissione come regolatore nei confronti dei regolatori nazionali. In effetti, il ruolo di guida assunto dalla Commissione e, nello stesso tempo, dai governi nazionali, grazie anche all'adozione di strumenti e meccanismi di programmazione, ridefinisce, almeno in parte, il modello ideale del rapporto tra politica e regolazione. Entra così in collisione con il modello di una regolazione definita da scelte di natura tecnico-economica affidate ai regolatori indipendenti. Se questo è vero, la ri-espansione dell'intervento pubblico va a confliggere con il carattere di indipendenza costitutivo dei regolatori che, nelle scelte loro affidate, sono indotti a tenere conto degli orientamenti dei soggetti politici e a basare le loro scelte discrezionali su una ponderazione di interessi⁴³.

40 Art 19 bis, c. 2 della direttiva UE 2022/2464. Sul punto v. anche M. RESCIGNO, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile. Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *AGE*, 1, 2022; ed anche S. A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce di nuovi artt. 9 e 41 comma 3, Cost.)*, in *AGE*, 1, 2022.

41 Art. 13 della direttiva (UE) 2024/1760.

42 Per una prima analisi delle criticità relative allo svolgimento di un dialogo "significativo" con gli *stakeholder* in particolare in relazione alla composizione degli interessi degli azionisti con quelli delle terze parti, v. G. SCHNEIDER, *L'impresa tra scopo di lucro e istanze ESG*, cit., p. 286 ss.

43 Su questo tema v. F. DONATI, *La regolazione economica nel nuovo modello europeo di disciplina dei mercati*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2024; L. AMMANNATI, *La sostenibilità come obiettivo per la regolazione dei mercati*, in A. ANTONUCCI, S. CAVALIERE, A. DAVOLA (a cura), *Sostenibilità. Finanza Mercati Ambiente*, Bari, Cacucci, 2025.

D'altra parte nel ribilanciamento del rapporto tra stato e mercato che è all'origine della revisione attuale del modello di regolazione, come abbiamo cercato di far vedere, sono emersi nuovi interessi pubblici che sembrano ridefinire gran parte delle politiche e delle aree dell'economia, dalla politica industriale alla politica antitrust, dalle politiche del lavoro a quelle di coesione e di localizzazione degli investimenti.

In questo contesto mi limiterò a ricordare il dibattito aperto a seguito delle iniziative della Commissione europea e di alcune autorità nazionali sulla possibile integrazione degli obiettivi ambientali nella politica antitrust. In effetti, fin dall'inizio, si sono levate alcune voci che, una volta messa in discussione una politica della concorrenza incentrata unicamente sul principio della efficienza economica, hanno valutato con favore un approccio finalizzato a perseguire obiettivi come lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente⁴⁴.

Anche sul fronte dei mercati digitali si sta progressivamente facendo strada un sistema di cooperazione tra il diritto della concorrenza ed altre normative. A questo proposito un esempio paradigmatico è rappresentato dal caso "Meta-Facebook – Bundeskartellamt" e dalla decisione della Corte di Giustizia⁴⁵ che consacra l'integrazione tra diritto della concorrenza e norme in materia di protezione dei dati personali. Senza entrare qui nel merito della sentenza, possiamo ricordare in estrema sintesi che, sebbene la violazione dei principi a tutela dei dati personali non possa porsi come condizione di un illecito antitrust può, tuttavia, costituire un indice di abuso di posizione dominante⁴⁶. Infatti la Corte ha sostenuto che l'autorità garante della concorrenza di uno stato non

44 C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. Reg. Mercati*, 1, 2021, p. 73 s.; sempre sulla opportuna relazione tra antitrust e sostenibilità ambientale, v. A. PEZZOLI, *Come era verde il mio cartello*, in *AGE*, 1, 2022. Per alcune riflessioni sulla crisi del diritto antitrust europeo e non solo, v. M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, ivi, 2, 2020; inoltre ID., *Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2024.

45 CORTE GIUST. (GRANDE SEZIONE), 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc., già Facebook Inc., contro Bundeskartellamt*, disponibile in (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794957>).

46 In tal senso la decisione afferma che "nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa su un dato mercato, può risultare necessario che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato esamini anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme in materia di protezione dei dati personali previste dal RGPD" (punto n. 48).

controlla l'applicazione né assicura il rispetto del regolamento sulla protezione dei dati al fine di tutelare diritti e libertà fondamentali degli individui ma al fine di garantire che questo non abbia "l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"⁴⁷.

In ogni caso le torsioni di una politica come quella della concorrenza non emergono solo nei mercati digitali dove l'obiettivo della *fairness* è riconosciuto come complementare, sebbene diverso, da quello della contendibilità in quanto la disciplina antitrust non è di per sé idonea a garantire una struttura del mercato in grado di ingabbiare il potere incontrollabile delle imprese digitali.

Anche su un altro versante, ad esempio quello della politica industriale, nell'intento di orientare gli operatori economici e finanziari verso scelte coerenti con l'obiettivo della sostenibilità oppure a promuovere la competitività o l'autonomia strategica dell'industria europea si riscontra una ulteriore torsione della disciplina della concorrenza. Infatti non sono mancate, da parte della Commissione europea, sollecitazioni ad "ammorbidire"⁴⁸ l'interpretazione di alcune discipline ed in particolare quella sugli aiuti di stato o le concentrazioni. A questo proposito è ancora aperto il dibattito non solo politico ma anche tra esperti, sulla necessità di creare i c.d. "campioni europei" a difesa della competitività dell'economia europea e la conseguente revisione della stessa disciplina in materia di concentrazioni.

In considerazione di queste profonde trasformazioni, una prima osservazione ha origine dalla considerazione dell'integrazione di interessi di diversa origine (quelli consolidati per ogni disciplina e quelli 'eccentrici') perciò finalizzati al perseguimento di obiettivi di diversa natura potenzialmente anche in conflitto. Questo produce un complesso intreccio tra approcci e politiche differenti di

47 Punto n. 47. Per un interessante riflessione sulla sentenza, v. A. LICASTRO, *Meta Platforms Inc., già Facebook Inc. v. Bundeskartellamt: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea apre (finalmente) all'integrazione fra diritto antitrust e data protection*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2, 2023.

48 L'espressione riprende la definizione usata da M. RAMAJOLI, per cui la tutela della concorrenza nella sua interazione con la politica industriale è soggetta ad un effetto di "contenimento e ammorbidimento", diversamente da quanto accade nella interazione con la regolazione riguardo i mercati digitali dove subisce una "trasformazione in senso adattivo" proprio in considerazione della sua non idoneità a garantire mercati equi e contendibili (*Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, cit.).

cui esempi paradigmatici sono quelli tra antitrust e regolazione (il caso delle piattaforme digitali) o tra antitrust e politica industriale (il caso degli aiuti di stato o delle concentrazioni).

Una seconda osservazione, di stampo più generale, è che la regolazione sta estendendo il proprio raggio di azione oltre gli ambiti tradizionali come nel caso dei mercati digitali o dei sistemi di intelligenza artificiale. Tuttavia questo ampliamento del suo perimetro di azione è possibile in quanto la regolazione stessa ha progressivamente ridefinito la sua natura e superato la sua connotazione costitutiva di intervento successivo, reattivo e finalizzato a risolvere i fallimenti del mercato.

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

LA REGOLAZIONE GIURIDICA OLTRE IL MODELLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

LEGAL REGULATION BEYOND THE FRAMEWORK OF INDEPENDENT REGULATORY AUTHORITIES

SINTESI

Nel saggio si analizza il concetto di regolazione giuridica oltre il tradizionale riferimento alle autorità amministrative indipendenti, evidenziando la natura trasversale e diffusa del fenomeno regolatorio, tanto nel diritto pubblico quanto in quello privato. Si mette in discussione il primato delle strutture formali del diritto amministrativo e civile attraverso un confronto storico-critico con la dottrina tedesca e con le trasformazioni del metodo giuridico italiano. Particolare attenzione è riservata al rapporto tra concettualismo, tecnicismo giuridico e nuove tendenze regolatorie, come l'uso alternativo del diritto e il diritto privato regolatorio. La regolazione è, tuttavia, un fenomeno tipico del diritto amministrativo, in cui i principi rivestono un ruolo essenziale, sia nella dinamica interna alla procedura amministrativa, sia nella costruzione della decisione. L'evidenza giuridica del fenomeno regolatorio si riflette, infine, sul contenuto di molti concetti fondanti del diritto amministrativo "classico" – come quello di discrezionalità – e sulla loro attuale crisi. Si avverte pertanto la necessità di un ripensamento del loro significato alla luce di una semantica concreta dell'interesse pubblico, al fine di ridefinire il ruolo della regolazione nel rapporto fra libertà e potere pubblico.

ABSTRACT

This essay analyzes the concept of legal regulation beyond the traditional reference to Independent Regulatory Authorities, highlighting the crosscutting and widespread nature of regulatory phenomenon in both public and private law. It challenges the dominance of formal structures in administrative and civil law through a historical and critical comparison with German legal theory

and the transformations of Italian legal methodology. Particular attention is given to the relationship between conceptualism, juridical technicality and new regulatory trends, such as the alternative use of law and regulatory private law. Regulation, however, is primarily a phenomenon of administrative law, where principles play a central role both in the internal dynamics of administrative procedures and in the construction of the administrative decision. The legal relevance of the regulatory phenomenon ultimately impacts many foundational concepts of “classical” administrative law – such as discretion – and their ongoing crisis. This leads to the need to rethink their meaning through a concrete semantics of the public interest, in order to redefine the role of regulation in the relationship between freedom and public authority.

PAROLE CHIAVE: Regolazione giuridica – Principi giuridici – Autonomia privata – Diritto amministrativo – Interesse pubblico.

KEYWORDS: Legal regulation – Legal principles – Private autonomy – Administrative law – Public interest.

INDICE: 1. Il fenomeno giuridico della regolazione oltre il modello delle autorità amministrative indipendenti. – 2. Progresso ed efficacia delle teorie scientifiche. – 3. La dottrina italiana di fronte al così detto *Modell Deutblond*. – 4. Il tecnicismo giuridico. – Le tendenze anti-concettualistiche (l'uso alternativo del diritto ed il diritto privato regolatorio) ed i loro limiti. – le ragioni della difesa del concettualismo nel diritto civile. – 7. La regolazione come tema e come problema nel diritto amministrativo. – 8. Semantica di interesse pubblico.

1. Il fenomeno giuridico della regolazione oltre il modello della autorità amministrative indipendenti

Quando si parla dell'attività giuridica di regolazione, si è soliti ritenere che ci si debba per forza riferire ad un modello organizzativo attraverso il quale l'ordinamento giuridico interviene in settori sensibili dell'economia, a mezzo di organizzazioni pubbliche indipendenti.

È stato, però, giustamente sottolineato che il lemma «*regolazione*» ha una pluralità di rimando di significati che possono attenersi sia all'attività giuridica di porre regole generali, e di farle rispettare, sia a quella particolare a porre regole in settori tradizionalmente riservati all'attività privata¹.

Quest'ultima accezione è ritenuta pertinente al modello sopra ricordato, ma tale narrazione risulta essere per difetto, ossia per averne limitato la portata

¹ Sul punto si veda per tutti A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, Jovene, 2013, pag. 3 ss.

semantica, non del tutto convincente².

La regolazione, invero, è un fenomeno giuridico che innerva l'ordinamento giuridico: esso può attenersi, come si è appena visto, alla formazione ed al contenuto di una norma giuridica generale ed astratta oppure di una norma individuale e concreta. Sicché, tale fenomeno non può essere circoscritto al modello delle autorità amministrative indipendenti, anche se con lo stesso lo si rende particolarmente evidente.

Per ciò che qui interessa, è rilevante il margine delle norme individuali e concrete, piuttosto che quello delle norme generali ed astratte; così che le riflessioni che seguono si attestano su questa linea.

Il termine «*regolazione*» o «*regolamentazione*» nel settore del diritto pubblico, e segnatamente in quello del diritto amministrativo, è stato usato dalla dottrina oggettivistica con riguardo al così detto processo lavorativo che si svolge attorno ai pubblici interessi; il quale è presieduto e sviluppato da e mediante regole tecniche e, appunto, giuridiche, la cui validità è saggiata in rapporto al raggiungimento dell'obiettivo a cui tendono³.

Nell'ambito dell'attività negoziale privata, le parti con l'accordo, regolano reciprocamente i propri interessi, in rapporto all'obiettivo che hanno conseguito ad esito delle trattative.

In generale, una volta compiuta la regolazione (o regolamentazione), con l'avvenuta definizione e compimento dell'obiettivo, la regola che ne deriva si traduce nella «*misura*» dei comportamenti che i soggetti interessati possono tenere.

Tale misura definisce la «*regolarità*» che deve essere intesa, in senso kantiano, come condizione della realtà giuridicamente rilevante, il cui perimetro è circoscritto attraverso un atto giuridico, formale od informale, che può essere espresso tanto dai privati quanto dalle pubbliche amministrazioni.

La regolazione, quindi, può essere autodeterminata, a mezzo dell'autonomia privata oppure eterodeterminata, mediante la decisione amministrativa. Questo schema è, in ogni caso, approssimativo: vuoi perché la distinzione fra

² Sul tema si rimanda alle riflessioni contenute in A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore*, cit. pag. 8 ss.

³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pag. 435 ss. e pag. 440.

pubblico e privato non è e non può essere netta⁴; vuoi perché la rilevanza dello stesso concetto di autonomia privata è sottoposta da tempo, come si vedrà più avanti, a critiche e proposte di superamento.

Non di meno, si reputa valido lo schema per comprendere il diverso ruolo e le diverse ricadute sul sistema di tutela dei diritti fondamentali che la regolazione può avere.

Per chiarezza, è d'obbligo precisare che il dare evidenza e rilievo al fenomeno in questione (tanto nel diritto privato, quanto nel diritto pubblico) non è un'operazione neutrale, poiché interessa questioni attinenti al metodo giuridico e qui entrano in gioco le forme di precomprensione⁵ che attengono alla concezione del diritto che il giurista assume⁶.

Inoltre, qualsiasi narrazione che, in generale, abbia per oggetto il metodo è in definitiva una riflessione sulle teorie scientifiche e sugli obbiettivi che esse si pongono, come ipotesi di lavoro; la qual cosa vale tanto per le scienze epistemologiche quanto per quelle giuridiche.

2. Progresso ed efficacia delle teorie scientifiche

Molte vie possono portare al risultato sperato (ovvero il conseguimento dell'obbiettivo posto a fondamento di una teoria scientifica), ma gli esiti possono essere molto differenti: esistono strade che postulano la fedeltà al metodo con il quale la scienza si è formata e ce ne sono altre che tentano, più o meno, di congedarsi da essa; ritenendo che i suoi presupposti siano d'ostacolo al raggiungimento dei risultati auspicati, in relazione alle precipue necessità del momento storico.

Si potrebbe essere tentati di definire: coloro che seguono la prima con l'appellativo di «*conservatori*», mentre quelli che seguono la seconda via con la parola «*progressisti*».

Così facendo, però, non solo si peccherebbe di approssimazione, ma si cadrebbe, non di meno, in errore.

⁴ Cfr. G. BERTI, *Diritto e stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, pag. 164 ss.

⁵ Sul concetto si veda H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), trad. it., *Verità e metodo*, XII ed., Milano, Bompiani, 1999, pag. 312 ss.

⁶ Sul punto si veda R. ORESTANO, *Metodologia e diritto* (1981), ora in *Scritti*, vol. III, Napoli, Jovene, 1998, pag. 1223 ss. in specie pag. 1232 ss.

Con riguardo alla persona che partecipa e contribuisce al sapere scientifico, infatti, la distinzione sopra fatta risulta essere fallace; dal momento che lo stesso concetto di «conservazione» risulta essere estraneo (almeno dal punto di vista metodologico) a questo particolare settore dinamico della conoscenza. Ciò non toglie che la medesima persona, in privato, possa essere o ritenersi (con riguardo alle strutture sociali e politiche esistenti oppure alla tradizione⁷) conservatore piuttosto che progressista (od il contrario), a seconda della particolare visione della vita di cui è partecipe in quel determinato momento storico.

In ambito scientifico, però, il progresso è inteso in senso funzionale; quindi, non nell'accezione autentica del lemma, come avvicinamento alla verità, ma in quella più ristretta di efficacia delle teorie scientifiche.

Per progresso scientifico deve, quindi, intendersi quell'accrescimento delle conoscenze, rispetto al dato di partenza che rende possibile, all'interno di un paradigma, la soluzione di problemi.

In generale, esso è graduale e postula nel tempo l'accrescimento di conoscenze senza soluzioni di continuità.

Tuttavia, come insegna Thomas Kuhn, lo sviluppo scientifico non può essere sempre cumulativo: a fronte di scoperte che non si possono conciliare con i concetti in uso, prima che esse venissero alla luce, si assiste ad un cambiamento rivoluzionario di paradigma⁸.

Si è sempre in presenza di un progresso, ma esso non è dato tanto dal fluire di teorie che progressivamente si modificano, ma quanto da una brusca interruzione senza accumulazione⁹.

Se l'assunto può essere ritenuto valido per le scienze sperimentali, la medesima affermazione può essere fatta, sebbene con maggiore cautela, per le

⁷ In questo caso il lemma deve essere inteso nell'accezione data da E. ZOLLA, *Che cos'è la tradizione*, Milano, Adelphi, 1998.

⁸ Cfr. T.S. KUHN, *What Are Scientific Revolutions?* (1981), trad. it., *Che cosa sono le rivoluzioni scientifiche?* in *La tensione essenziale e altri saggi*, Torino, Einaudi, 2006, pag. 159 ss.; T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 2009. Per una diversa impostazione della relazione fra conoscenza e teorie scientifiche si veda E. NAGEL, *The Structure of Scienze* (1961), trad. it., *La struttura della scienza. Problemi di logica della spiegazione scientifica*, V ed., Milano, Feltrinelli, 1984, pag. 115 ss. Sulla posizione di Kuhn, si veda fra gli altri C.R. KORDIG, *The Justification of Scientific Change* (1971), trad. it., *La giustificazione del cambiamento scientifico*, Roma, Armando Armando, 1982, pag. 171 ss.

⁹ Si veda in proposito la voce *Progresso scientifico*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed., Torino, Utet, 2001, pag. 869.

scienze umane, delle quali è parte il diritto¹⁰.

Il tutto per la ragione che esso, financo nei periodi cumulativi, è conformato ad una “razionalità storica”; dal momento che essa è condizionata, e sempre condizionabile dalle contingenze, dai valori e dai disvalori emergenti in ogni particolare momento storico.

Il diritto, pertanto, non è solo l’oggettivazione di classi di azioni e d’interessi (storicamente definiti); poiché il medesimo è necessitato dalla imprescindibile relazione esistenziale con la persona.

Essa, tra l’altro, postula che l’effettività giuridica non sia ridotta a semplice attuazione del diritto, ma come compimento dello stesso con riguardo all’effettività dell’esistenza umana, intesa quest’ultima come «*l’essere di volta in volta*» (ossia «*l’esserci qui ed ora*»), il quale consiste nella libertà della persona di scegliere il proprio modo di essere in guisa autentica¹¹, mediante l’esercizio di pretese giuridicamente protette¹².

3. La dottrina italiana di fronte al così detto «*Modell Deutschland*»

Nella prima del secolo decimonono, la cultura giuridica italiana, benché scossa dai venti della restaurazione, rimase fedele ai principi scaturiti dalla rivoluzione francese e portati in parte a compimento nell’epopea napoleonica¹³.

Essa ebbe, soprattutto negli studi del diritto amministrativo, un suo stile e certamente fu un «*grande stile*»¹⁴: dal canone eclettico¹⁵ di Gian Domenico Romagnosi¹⁶ all’analisi strutturale di Giovanni Manna¹⁷.

10 Cfr. F. BENVENUTI, *Il diritto come scienza umana*, in *Jus*, 1983, pag. 344 ss.

11 Sul punto riprende lo schema di ragionamento proprio dell’esistenzialismo (tenuto conto che il diritto è prasseologia e non ontologia), in particolare ci si riferisce al testo dell’ultimo corso friburghese che Martin Heidegger tenne nel 1923 di postuma pubblicazione, cfr. M. HEIDEGGER, *Ontologie (Ermeneutik der Faktizität)* (1988), trad. it., *Ontologia. Ermeneutica della effettività*, II ed., Napoli, Guida, 1998, pag. 38 s.

12 Sul punto si veda B. LEONI, *Obbligo e pretesa* (1961), ora in *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2004, pag. 29 ss.

13 Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte prima, *contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2011, pag. 7 ss.

14 Sul concetto si veda C. MAGRIS, *L’anello di Clarisse*, Torino, Einaudi, 2014, pag. 13.

15 Sulla nozione si veda L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica dell’ottocento*, in *Quad. fior.*, 2010, 156 s.

16 Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo*, IV ed., Prato, Tipografia Guasti, 1839.

17 Cfr. G. MANNA, *Principii di dritto amministrativo*, III ed., Napoli, Jovene, 1876. Sull’opera di Giovanni Manna, cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, vol. I,

All'indomani dell'unità d'Italia, la dottrina continuò a rimanere ancorata a quella francese e fu eccessivamente appiattita sul metodo esegetico: la letteratura amministrativistica, dal suo canto, rimase oltremodo livellata su quella civilistica¹⁸ ed alla fine, una volta esaurita la forza propulsiva del «grande stile» pre-unitario gli studi, soprattutto con Lorenzo Meucci¹⁹ arrivarono ad un punto morto sul tema dell'emancipazione del diritto amministrativo dal diritto civile²⁰.

Per i motivi sopra esposti, la cultura giuridica italiana, a partire dalla civilistica, fu agitata negli ultimi anni del diciannovesimo secolo da un'aspra polemica intorno all'oggetto della scienza giuridica.

In primo luogo, era ritenuto fallace il tradizionale approccio esegetico (portato dalla dottrina francese) al fenomeno giuridico²¹; il quale era tendenzialmente improntato ad una metodologia casistica, seguendo pedissequamente l'ordine di esposizione del codice civile, senza alcuna pretesa di costruzione del discorso giuridico²².

Eppure, il «*Code Napoleon*» lasciava spiragli per esiti diversi rispetto alla mera esegesi della legge.

Là dove l'art. 4 statuiva la responsabilità del giudice, per denegata giustizia, qualora lo stesso si fosse rifiutato di giudicare, per lacune od oscurità della legge, la dottrina si trovava di fronte a due vie: la prima, forse più semplice, di fare ricorso, in tali ipotesi, al diritto naturale ed all'equità²³; la seconda, più complessa, di provvedere alla costruzione di un sistema che potesse essere idoneo per far fronte a siffatte necessità. La dottrina francese, però, volendo rimanere fedele al metodo esegetico, non colse l'opportunità.

Milano, Giuffrè, 1998, pag. 164 ss.

18 Sul punto cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pag. 202 ss.

19 Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Bocca, 1898.

20 Sul tema si vedano le osservazioni che si possono ritenere definitive di G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pag. 263 ss.

21 Cfr. N. IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB* (1996), in *Scuole e figure del diritto civile*, cit., pag. 159 ss.; N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Scuole* cit. pag. 281 ss. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2022, pag. 15 ss.; A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco. In Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, Cedam, 2002, pag. 90 ss.

22 Cfr. F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, II ed., Padova Cedam, 2013, pag. 273 ss.

23 Cfr. F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit. pag. 275.

In secondo luogo, era opinione comune che gli studi fossero eccessivamente contaminati da saperi estranei alla cultura giuridica, con l'effetto di ritorno di impedire la costruzione di una verace scienza giuridica.

La soluzione a questo problema era a portata di mano e proveniva dalla Germania: partendo dagli assunti della filosofia idealistica e da quelli della tradizione pandettistica²⁴, si era formato un forte movimento che andava sotto il nome di «*giurisprudenza dei concetti*» («*Begriffjurisprudenz*»²⁵).

Essa si basava sull'idea che il diritto fosse un sistema logico – deduttivo, costituito da concetti giuridici astratti collegati fra di loro in maniera rigorosa: su questi presupposti era possibile creare un sistema chiuso, dotato di una logica interna rigorosa che avrebbe dovuto avere il pregio di garantire l'autonomia del diritto e della scienza giuridica rispetto alle discipline esterne ad esso, come la filosofia²⁶, l'economia, la sociologia ecc.

Il compito della scienza del diritto non era solo quello di predisporre l'adeguato strumentario logico per la corretta interpretazione delle norme giuridiche (perché se unicamente questa fosse stata l'incombenza, la giurisprudenza dei concetti altro non sarebbe stata che una variante sofisticata dell'esegesi francese), ma anche e soprattutto fu di individuare, o meglio di costruire, i concetti giuridici fondanti il sistema e di applicarli in maniera coerente.

La giurisprudenza dei concetti pur assumendo un ruolo prevalente mai fu egemone nella cultura giuridica germanica; essa subì considerevoli attacchi e

²⁴ Cfr. A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, pag. 592 ss. e 603 ss.; G. IMPALLOMENI, *Pandettistica* (1965), ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 1996. Pag. 123 ss.

²⁵ Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, pag. 19 ss. Sull'ambiente culturale che portò alla formazione della *Begriffjurisprudenz* si veda G. CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Torino, Fratelli Bocca, 1880, pag. 344 ss.

²⁶ Sebbene, il giurista germanico non sempre rinunciò a volgere lo sguardo al sapere filosofico; soprattutto perché in quegli stessi tempi, la filosofia fu scossa da correnti di rinnovamento come la fenomenologia. Ciò suscitò l'interesse, non solo fra i cultori del diritto pubblico, ma pure fra quelli del diritto civile cfr. A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* (1913), trad. it., *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990. Sul punto si veda, G. STELLA, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano, Giuffrè, 1990, pag. 51 ss. Per quanto ancor allora l'approccio fenomenologico al diritto potesse costituire un contemperamento non necessariamente radicale alla giurisprudenza dei concetti (non rinunciando ad un approccio logico) ed una valida alternativa alle correnti, per certi versi irrazionalistiche, che si opponevano a quest'ultima, esso recitò un ruolo assolutamente, ma ingiustificatamente, minoritario nel dibattito culturale del tempo.

serrate critiche, fra gli altri, tanto dagli appartenenti alla «*scuola del diritto libero*» («*Freirechtsbewegung*»²⁷) quanto dai seguaci della «*giurisprudenza degli interessi*» («*Intressenjurusprudenzt*»²⁸).

4. Il tecnicismo giuridico

Sulla scorta della dottrina germanica prevalente, in Italia si formò un movimento di pensiero che coinvolse ogni settore della scienza giuridica: partendo dal diritto civile sino ad arrivare al diritto penale.

Si trattò di una svolta metodologica²⁹ (ossia un mutamento di paradigma

²⁷ In proposito si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pag. 206.

²⁸ Sul punto si veda A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2008, pag. 210 ss. Secondo alcuni, la giurisprudenza degli interessi non rappresentò un fenomeno sostanzialmente diverso ed alternativo alla scuola del diritto libero, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, cit. pag. 214. Secondo altri, la giurisprudenza degli interessi rimaneva pur sempre nell'ambito della dogmatica (quindi distante dalla scuola del diritto libero), ma di una dogmatica di carattere concreto rispetto a quello astratto della giurisprudenza dei concetti. Ciò non implicava necessariamente, quanto meno nel margine del diritto penale, che non vi potessero essere, in linea di principio e con tutte le riserve possibili, delle interazioni fra le due, cfr. G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986, pag. 73 ss. e pag. 78.

²⁹ C'è chi sostiene che, in realtà, la svolta non vi fu, quanto meno nel diritto pubblico. Così che la ricostruzione del diritto amministrativo, secondo criteri tecnici, rimaneva in linea di continuità con lo stile ed il metodo della letteratura giuridica ottocentesca (da Romagnosi in avanti). Inoltre, sempre per questa tesi, la pandettistica (germanica) non avrebbe avuto alcun ruolo decisivo nello sviluppo della scienza giuridica italiana, la quale al contrario sarebbe rimasta fedele al rapporto originario con la dottrina francese. Il tema è declinato con più lavori da Marco Mazzamuto, per comodità ci riferisce ad uno solo di questi ossia a M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pag. 21 ss. Per quanto questa tesi sia declinata con rigore e con completo rimando alle fonti, essa, almeno a parere di chi scrive, non è del tutto convincente e ciò per più motivi. In primo luogo, la ricostruzione del diritto secondo criteri tecnici non fu un fenomeno circoscritto alla scienza del diritto amministrativo, ma interessò ogni ambito della scienza giuridica, come si è avuto modi di precisare. Per raggiungere tale obiettivo, la dottrina italiana guardò al logicismo germanico (sul punto si veda pure G. CIANFEROTTI, *Germania guglielmina e scienza tedesca nella filologia classica e nella giurpubblicistica italiana*, in *Le carte e la storia*, 2, 2016, pag. 33 ss.) e non più all'esegesi francese (sulla sostituzione del metodo francese con quello germanico si veda per tutti U. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica italiana*, in *Stud. Sen.*, 1914, pag. 209 ss., in specie pag. 212 e 254 ss.). Tanto è vero che negli ambiti della scienza ove non fu possibile affermare completamente l'indirizzo tecnico giuridico, come nella penalistica, la qual cosa fu rilevata e puntualizzata proprio dalla dottrina amministrativistica, così S. ROMANO, voce *Giuristi* (1944), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, Giuffrè, 1983, pag. 113 ss. Peraltro, nel caso della penalistica la situazione era maggiormente complessa rispetto alle altre scienze giuridiche; poiché lì il tema non era tanto il superamento del metodo esegetico, ma quanto, attraverso la pretesa neutralità della tecnica, quello di oltrepassare la frammentazione di scuole ove ideologie opposte lottavano per affermare differenti modelli di diritto penale come nel caso della scuola classica, di quella positiva e della così detta *terza scuola*, sul punto e fra gli altri si vedano le osservazioni critiche U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, II ed., Torino, Bocca, 1932, pag. 106 ss. In secondo luogo, la preferenza per il concettualismo,

scientifico), annunciata in grande stile con una serie di prolusioni ai corsi accademici, che ebbe come protagonisti le menti più brillanti del tempo; farne un elenco completo è impresa che oltrepassa lo spazio che può prendere il presente discorso, a titolo di esempio si può ricordare: Scialoja, Fadda e Bensa nel diritto civile; Chiovenda nel diritto processuale civile; Orlando, Romano, Zanobini e Bracci nel diritto pubblico; Rocco, Manzini e Vannini nel diritto penale³⁰.

Il nuovo indirizzo metodologico (appellato con il sintagma «*tecnico giuridico*»³¹) si poneva lo stesso traguardo raggiunto dalla dottrina germanica; ovvero

piuttosto che per l'esegesi, manifestata per prima dalla civilistica, non significava continuare ad asservire gli altri margini dell'esperienza giuridica (diritto amministrativo compreso) al diritto civile, come in parte era accaduto solo alcuni anni prima, nonostante gli sforzi ricostruttivi di Lorenzo Meucci; dal momento che, proprio grazie alla pretesa neutralità ed absolutezza del concettualismo, ogni settore della scienza giuridica riuscì in qualche modo ad affermare la propria autonomia. In taluni casi, come in quello del diritto amministrativo, la strada non fu semplice. Ad esempio, la costruzione del concetto di atto amministrativo fu graduale e si partì comunque dalla nozione di negozio giuridico, per ovvi motivi, per poi sottoporla a critica e superarla, in questo senso S. ROMANO, voce *Atti e negozi giuridici* (1945), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 3 ss. La svolta concettuale non significò, almeno per il diritto amministrativo, la negazione di ogni contatto o riferimento alla letteratura giuridica francese e ne è prova proprio Santi Romano che fu debitore dell'istituzionalismo di Maurice Hauriou, per la costruzione della teoria dell'ordinamento giuridico.

30 Sulla dottrina civilistica si rimanda a N. IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB*, cit., pag. 162 s.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860 – 1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 73 ss.; L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica* (1973), ora in *Scritti*, vol. I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 149 ss.; G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la "vertenza Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi sen.*, 1988, pag. 725 ss. Per il diritto romano cfr. V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane*, in *Arch. Giur.*, 1881, pag. 486 ss. Per il diritto civile, fra gli altri, si veda G. P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (1882), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, pag. 52 ss. Il quale, però, pur postulando l'allontanamento dalla dottrina francese, riteneva impraticabile il definitivo congedo dalla stessa, sul punto cfr. A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, cit., pag. 89 s. Per il diritto pubblico si veda V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), Modena, presso l'Università degli Studi, 1925, pag. 1 ss. Sulla prolusione orlandiana si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pag. 28 ss. Per il diritto processuale civile si veda G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1902), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Del sistema degli studi del processo civile* (1907), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., pag. 230 ss. Per il diritto penale si veda A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Casa Editrice del Foro Italiano, 1933, pag. 263 ss., O. VANNINI, *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole classica, positiva, eclettica e giuridica*, in *Riv. pen.*, 1926, pag. 227 ss.

31 Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* (1939), rist., Padova, Cedam, 1990, pag. 20 ss.; A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto* (1930), ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, pag. 43. Per alcuni rilievi si veda A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963, pag. 347 ss.

di costruire una scienza giuridica che fosse pura ed allo stesso tempo avalutativa, mediante l'uso di concetti giuridici altrettanto puri e presupposti alla norma giuridica positiva.

Su questa linea l'opera della scienza giuridica, nel riconoscere (o meglio nel forgiare) il sistema, doveva precedere quella del legislatore (perché, in caso contrario, la dottrina sarebbe rimasta impantanata nella mera esegesi); così che la legge, come sottolineava Vittorio Emanuele Orlando, "supponesse già il sistema scientifico del diritto" e non viceversa³².

L'atteggiamento della scienza giuridica italiana non fu, però, di mera suditanza nei confronti della dottrina germanica. Non si voleva incorrere nello stesso errore commesso con riguardo a quella francese (che aveva immiserito la scienza, come aveva sottolineato in maniera impietosa Friedrich Karl v. Savigny nel resoconto della visita effettuata alle università degli stati italiani³³), ma si riteneva che, anche grazie al concorso dell'insegnamento impartito dalla scienza giuridica germanica, fosse possibile operare una ricostruzione originale del sistema giuridico italiano³⁴.

Se in Germania la "giurisprudenza dei concetti" dovette, come si è visto in precedenza, affrontare critiche radicali provenienti da più fronti, la stessa cosa non avvenne in Italia.

Qui, il "tecnicismo giuridico" navigò in acque tranquille³⁵ (con la sola eccezione del diritto penale); le voci dissonanti, pur provenendo da illustri giuristi, rimasero in ogni caso marginali, come testimonia la vicenda esistenziale ed intellettuale di Lodovico Mortara.

Tuttavia, quello che sembrava essere il punto di forza del sistema giuridi-

32 Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1908, pag. 14. Sull'opera di Vittorio Emanuele Orlando, si veda G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, pag. 139 ss. Per un raffronto fra questo e Santi Romano si vedano le interessanti notazioni di Attilio Brunialti che rimase estraneo alla cesura operata dal tecnicismo giuridico, nel propugnare un metodo diverso, ovvero politico giuridico, per gli studi del diritto pubblico in generale e per il diritto amministrativo in particolare, cfr. A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1912, pag. 172 ss.

33 Cfr. L. LACCHÉ, *Il canone eclettico*, cit. pag. 160 ss.

34 Sul punto si veda A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, cit., pag. 85 ss.

35 Sebbene vi fossero giuristi che, pur facendo parte di quell'ambiente culturale, sostituirono la dogmatica con la speculazione, cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928), ora in *Diritto metodo ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, pag. 59 ss. Sui profili del pensiero di Emilio Betti si veda P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., pag. 85 ss.

co, ossia il concetto, mostrò sin da subito segni di cedevolezza.

Il concetto, nell'ottica del primo tecnicismo giuridico, non doveva avere solo la funzione di descrivere e classificare, ma doveva presiedere alla derivazione deduttiva ed alla connessione logica dei dati che costituiscono il sistema giuridico³⁶.

Siffatti dati, però, attenendo a classi di azioni giuridicamente rilevanti, per alcuni risultavano essere frutto di formazioni arbitrarie che (per il fatto di irrigidire quel variabile che è costante solo relativamente) mutavano il simile nell'identico. Per questo motivo, Benedetto Croce ridusse i concetti giuridici in pseudoconcetti³⁷.

Nonostante ciò, è utile sottolineare che il tecnicismo giuridico, per la sua impronta liberale, proprio per la pretesa di assolutezza ed astrattezza del sistema giuridico, recitò un ruolo non irrilevante nella difesa della persona nei confronti del potere pubblico durante il regime fascista, per quanto ciò fosse possibile³⁸; non è un caso che molte voci si levarono contro quell'indirizzo a favore della così detta «nuova scuola», più consona alle intenzioni di quel regime³⁹.

Tali voci rimasero, in ogni modo isolate, tanto è vero che le importanti riforme normative, effettuate negli anni Quaranta del secolo scorso furono con-

36 Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma, Casa Editrice del Foro Italiano, 1946, pag. 4; F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, cit., pag. 82 ss.

37 Sul punto si veda N. IRTI, *Presentazione*, in *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. X s. Peraltro, Benedetto Croce nega autonoma rilevanza al diritto e lo ricomprende nel momento economico dell'attività umana, con l'effetto di ridurre la filosofia del diritto a filosofia dell'economia, cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), Milano, Giuffrè, 2016.

38 Interessante è l'applicazione temperata che, in alcuni casi, la magistratura riuscì ad effettuare delle leggi razziali, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le leggi razziali e i giudici: considerazione sugli spazi dell'ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le carte e la storia*, 1, 2016, pag. 107 ss.

39 Fra gli altri si veda C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. I, Padova, Cedam, 1933, pag. 285 ss. La necessaria compressione delle libertà individuali nell'ottica della costruzione dello stato totale in Italia e di quello totalitario in Germania ebbe come effetto di ritorno, financo, la messa in discussione del ruolo che la legge doveva assumere nel sistema delle fonti del diritto, cfr. W. CESARINI SFORZA, *Crisi della libertà e crisi della legge* (1945), ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1956, pag. 181 ss. Achille Starace, nel periodo in cui fu segretario del partito nazionale fascista, costituì un gruppo giuristi, definito ironicamente "accademia dei soloni" con lo scopo di agire in concorrenza con il Guardasigilli, al fine di creare il tessuto normativo idoneo ad imputare al partito, sul modello nazionalsocialista e sovietico, le competenze e le responsabilità proprie degli organi dello stato cfr. D. GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bologna, Il Mulino, 1985, pag. 479. Sull'ambiente culturale ostile al tecnicismo giuridico si veda pure M. A. CATTANEO, *Sergio Panunzio e la codificazione civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 445 ss.

dotte secondo il metodo tradizionale e non su quello della nuova scuola.

Non fu quindi un caso che per la redazione del codice civile e di quello sul processo civile, Dino Grandi non solo contravvenne all'accordo Ciano – Ribbentrop (per il quale Italia fascista e Germania nazionalsocialista avrebbero dovuto provvedere alle riforme normative secondo linee di principio comuni), ma addirittura affidò la stesura dei nuovi codici a giuristi sicuramente non fascisti quali furono Filippo Vassalli, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti⁴⁰.

Sicché, quello che, parimenti, appariva, verso la fine tumultuosa della prima parte del secolo scorso, un punto di crisi del tecnicismo giuridico (ovvero lo svelamento della “mancata assolutezza del concetto”⁴¹), poteva in realtà costituire una possibilità di apertura ad un nuovo inizio.

In questo senso, lo svelamento della verace natura relativa e storica dei concetti giuridici⁴² poneva la dottrina di fronte alla consapevolezza del nesso imprescindibile del concetto con il fatto sociale ove la norma trova effettività.

Pertanto, l'attività della scienza non poteva essere limitata alla selezione e sistemazione delle attività umane giunte ad evidenza giuridica, come si è visto; ma essa doveva essere volta, successivamente, a ridurne l'astrazione mediante un processo ermeneutico attraverso la loro vivificazione alla luce delle pretese concrete che si giocano nella vita di relazione.

Soprattutto dopo il crollo del regime fascista, la fine del secondo conflitto mondiale, l'avvento della Repubblica e l'entrata in vigore della costituzione, ciò rappresentò un'opportunità; ovvero quella di proteggere l'autonomia privata e l'ordine delle libertà, come portato del liberalismo, dando vitalità ai concetti giuridici: da un lato, nel rapportarli alle mutevoli e progressive esigenze dell'esistenza umana e, dall'altro lato, nell'arricchirne il contenuto col bilanciamento fra i diritti di prima generazione, di origine liberale, ed i diritti sociali di secon-

40 Cfr. D. GRANDI, *Il mio paese*, cit., pag. 483 ss. Per una riflessione sui lavori preparatori al codice civile si veda R. BONINI, *Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 49 ss.

41 Per rendersi conto di ciò è sufficiente svolgere lo sguardo ai saggi di Salvatore Pugliatti, (*Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* del 1935; *la logica e i concetti giuridici* del 1941), di Arturo Carlo Jemolo (*I concetti giuridici* del 1940; *Ancora sui concetti giuridici* del 1945) e di Guido Calogero (*La natura dei concetti giuridici* del 1945) tutti ripubblicati in *La polemica sui concetti giuridici* cit.

42 Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici* (1941), in *la polemica sui concetti giuridici* cit., pag. 155 ss.

da generazione⁴³.

Molti giuristi raccolsero questa sfida, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Essi, quindi, non seguirono acriticamente il metodo tradizionale, ma lo connotarono in senso realistico mediante il circolo ermeneutico: norma astratta – fatto individuale – fatto sociale – norma effettiva.

In questo modo, la regolazione del rapporto giuridico poteva essere, ancora, lasciata all'autodeterminazione delle parti; pur se col tempo essa sarebbe stata erosa, per adeguare le disposizioni contenute nel giovane codice civile ai principi contenuti nella costituzione repubblicana.

Se la qual cosa fu ed è ancora fattibile per il diritto civile, la stessa cosa non poté e non può dirsi per altri settori della scienza giuridica come quello del diritto amministrativo.

Su questo campo, le forme di precomprensioni proprie del tecnicismo giuridico rendevano impossibile qualsiasi forma di decostruzione del sistema che si continuava a ritenere assoluto.

Per effetto di ciò, la regolazione degli interessi delle parti, che entravano in contatto con la pubblica amministrazione, rimaneva pacificamente di esclusivo appannaggio dei poteri pubblici, senza alcuna possibilità di partecipazione.

Non si trattava, quindi, di congedarsi dalla logica, ma di affermare, da un lato, il superamento dei presupposti politico – giuridici che hanno fondato il diritto amministrativo moderno, in Italia ed in Francia, a partire dalle riforme napoleoniche e, dall'altro lato, asserire la centralità della persona nell'esperienza giuridico amministrativa per il tramite della costruzione di procedure amministrative, sul modello dell'Austria e della Spagna prefranchista.

Così che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, con Feliciano Benvenuti⁴⁴ si formò una nuova scuola che postulò l'oltrepassamento del tradizionale paradigma fondato sul binomio «*autorità – libertà*»⁴⁵.

⁴³ Si è parlato in questo senso di *autonomia privata socialmente orientata* cfr. G. BERTI, *Diritto e stato*, cit., pag. 216.

⁴⁴ Sull'opera di Feliciano Benvenuti e su come essa abbia avviato il processo di oltrepassamento dell'assolutismo giuridico nel diritto amministrativo, si veda per tutti L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pag. 99 ss.

⁴⁵ Su ciò si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, specie pag. 35 ss.; M. BELLAVISTA, *Amministrazione per fini pubblici, organizzazione e procedure. Un percorso*, in *Persona e amministrazione*, 1, 2021, pag. 175 ss.

5. Le tendenze anti-concettualistiche (l'uso alternativo del diritto ed il diritto privato regolatorio) ed i loro limiti

Le posizioni della dottrina cominciarono a mutare a partire dagli anni Cinquanta; sebbene ancora per un decennio le posizioni dommatiche rimanesero prevalenti⁴⁶.

La situazione, tuttavia, non fu la stessa nel decennio successivo; la riflessione della dottrina cominciò a soffermarsi sulle così dette tutele asimmetriche contenute nel codice civile: il quale fu accusato di essere improntato esclusivamente alla logica dell'impresa ed a quella proprietaria.

Il progressivo e talvolta caotico sviluppo economico dell'Italia della ricostruzione aveva certamente creato un benessere diffuso, ma come contraltare erano, anche, aumentate le disuguaglianze.

Disuguaglianze che cominciarono a rendersi evidenti quando, prima, il ciclo economico segnò lo stallo e, dopo, arrivò la recessione.

Il codice fu ritenuto insufficiente a fornire risposte sufficienti alle incombenti esigenze di quel tempo: sia per i motivi sopra esposti sia per l'assenza di una disciplina normativa coerente del diritto del lavoro (lo statuto dei lavoratori arriverà nel 1970).

Di conseguenza, fu ritenuto non al passo coi tempi l'approccio dottrinario tradizionale legato alle consuete categorie ed al primato della legge.

Facendo leva sul principio di eguaglianza sostanziale (contenuto nell'art. 3, co 2, della costituzione repubblicana), spesso con il filtro dell'equità⁴⁷, fu ritenuto che l'applicazione della norma positiva dovesse scontare il tema della validità, nel caso concreto, attraverso il confronto col principio costituzionale ricordato, qualora una delle parti del rapporto giuridico fosse eccessivamente debole rispetto all'altra.

Tale orientamento della dottrina fu appellato con l'espressione «uso alternativo del diritto»⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. R. SACCO, *Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, Cedam, 1991, pag. 1001 ss.

⁴⁷ Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁴⁸ Sull'uso alternativo del diritto si veda M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, Eut, 2011, pag. 15 ss.; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006, pag. 76 ss.; P. BARCELLONA, *Dialoghi tra generazioni ... A proposito dell'uso alternativo del diritto*, in

L'applicazione alternativa del diritto era possibile, ad ogni buon conto, solo a condizione che ci fosse una verace solidarietà fra dottrina e giurisprudenza.

La dottrina doveva creare un nuovo impianto teorico al quale il giudice poteva attingere per poter costruire una decisione giurisdizionale di contenuto diverso rispetto a quella che ordinariamente avrebbe congegnato, se il caso concreto non avesse evidenziato una posizione oltremodo svantaggiata in quel particolare rapporto giuridico.

La dottrina, in questo caso, non si appellava alla necessità di una rivoluzione scientifica, almeno non subito, ossia alla necessità di un cambio di paradigma; visto che non vi era il congedo definitivo dal sistema giuridico tradizionale, ma solo una sua temporanea sospensione, a seconda della particolarità del caso concreto. Si trattava, dunque, solo di validità «*intermittente*» del medesimo: in via ordinaria, l'autonomia privata nella definizione del regolamento d'interessi, in ragione del rapporto giuridico continuava ad essere protagonista dell'esperienza giuridica; in via di eccezione, la stretta equità – sentenza cancellava ogni rilevanza della vitalità del rapporto giuridico. Alla fine, però, tale impostazione non ebbe il successo sul quale facevano affidamento i suoi propugnatori e col tempo perse d'importanza.

Diverse sono le vicende attuali della corrente di pensiero che sta sotto il nome di «*diritto privato regolatorio*».

Essa recita un ruolo rilevante nella cultura giuridica odierna, poiché designa un modello giuridico aperto; sul quale recitano un ruolo centrale le disposizioni costituzionali.

Non si tratta in questo caso, solamente, di provvedere all'interpretazione delle norme codicistiche in guisa costituzionalmente orientata; poiché ciò da sola non sarebbe sufficiente, visto che tale tipo di approccio è oramai patrimonio comune della dottrina civilistica: pure per quella parte che si ispira al metodo tradizionale; dal momento che essa, progressivamente, si è liberata dal mito del diritto civile come ordine chiuso ed autoreferenziale e da quello dell'assolutezza del concetto giuridico.

Questo margine dell'esperienza giuridica, in siffatta ottica, deve essere let-

La civilistica italiana, cit., pag. 985 ss.

to nel più ampio quadro di legalità delineato dalla costituzione repubblicana⁴⁹.

Su questa linea, la legalità costituzionale imporrebbe dei limiti in chiave solidaristica alla tradizionale espansività dell'autonomia privata.

Il controllo pubblico sul regolamento d'interessi, come espressione compiuta dell'accordo che costituisce il contenuto del rapporto giuridico, non dovrebbe essere intesa come espressione arbitraria del potere pubblico; perché esso risponderebbe alla necessità di bilanciare interessi diversi, in caso di posizioni eccessivamente asimmetriche nel rapporto giuridico stesso.

Su questa linea vi è, come nel caso dell'uso alternativo del diritto, una stretta relazione fra norma giuridica e sentenza; la quale finisce per depauperare il contenuto dell'accordo fra le parti, rimettendo al giudice la funzione di esprimere un giudizio di adeguatezza sul contenuto di questo.

Per ottenere tale risultato, si è fatto ricorso all'applicazione massiva, da parte del giudice, di principi quali la ragionevolezza⁵⁰, la buona fede, la proporzionalità, l'effettività⁵¹, l'equità, l'affidamento⁵² ecc.; tale utilizzo, però, ha l'effetto di determinare stati di incertezza che aggravano la situazione attuale ove il ricorso al giudice, come è stato giustamente sottolineato, diviene sempre più complesso, difficile e costoso. Sicché il sacrificio dell'autonomia privata rischia di diventare un prezzo troppo alto da pagare. Se si considera, infatti, che la regolazione del giudice, alla fine, incide solo sugli accordi autentici, frutto di trattativa autentica fra le parti; rimanendo la medesima, al contrario, inattuabile là dove, come nei contratti di massa, trattativa non esiste⁵³. Poiché, in quest'ultima ipotesi, l'equilibrio può essere ristabilito solo mediante un intervento del legislatore interno o comunitario oppure da una pronuncia della Corte costituzionale, come dimostrano le vicende che hanno portato all'emanazio-

49 Su questo profilo l'opera di Pietro Perlingeri è rilevante ed estesa, a titolo di esempio si citano solo le seguenti opere: P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo – comunitario delle fonti*, III ed., Napoli ESI, 2006; P. PERLINGERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in L. PELLEGRINI (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, vol. II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pag. 1591 ss.

50 Cfr. N. LIPARI, *Diritto e ragione*, Milano, Giuffrè 2919.

51 Cfr. G. VETTORI, *Effettività, fra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 2020.

52 Ma l'elenco censito dalla dottrina civilistica potrebbe essere maggiormente corposo, cfr. G. D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pag. 141, nota 67.

53 Su questo punto insiste G. D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, cit., pag. 141 s.

ne del così detto codice del consumo.

6. Le ragioni della difesa del concettualismo nel diritto civile

Una delle implicazioni, se non la più rilevante, del modello posto dalla dottrina (che potremmo definire maggioritaria) è quella di tendere ad «*amministrativizzare*» il diritto civile. Per fare ciò, non di meno, il prezzo da pagare è la depauperazione, da un lato del diritto civile (tramite la riduzione ai minimi termini della forza vitale dell'autonomia privata) e, dall'altro lato, del diritto amministrativo; che, al contrario è, e deve rimanere, lo spazio procedurale giuridico ove, nel rispetto delle libertà personali, si gioca la dialettica fra diritti della prima generazione (individuali) e diritti della seconda generazione (sociali).

Con altro modo di dire, il diritto amministrativo, si potrebbe affermare da sempre⁵⁴, è il solo luogo ove sono presenti gli strumenti giuridici per la corretta applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; in ragione della difesa e valorizzazione delle diversità sino a quando esse non divengano intollerabili, ovvero costituiscano disagio.

Questo è il ruolo che solo il diritto amministrativo (e la pubblica amministrazione) può recitare⁵⁵; atteso che il giudice ordinario (al di là delle questioni che investono il principio della separazione dei poteri) né ha le conoscenze necessarie, né ha le capacità per poterlo fare.

In definitiva, portata alle, estreme conseguenze, la regolazione nel diritto civile rischia di assumere il ruolo di un modello giuridico inutilmente autoritario.

Proprio per questi motivi, una parte rilevante della dottrina⁵⁶ continuano ad operare secondo il metodo tradizionale, non perché nostalgici del sistema giuridico chiuso, non per la ragione di essere ostili all'applicazione dei principi; ma per il motivo che il ricorso eccessivo all'applicazione dei principi⁵⁷ e la chia-

⁵⁴ Quanto meno a partire dall'opera di Gian Domenico Romagnosi, ma sul tema si permetta l'ulteriore rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, cit. pag. 29 ss.

⁵⁵ Cfr. G. D. COMPORTI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, cit., pag. 146 ss.

⁵⁶ Si vedano per esempio M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1968.

⁵⁷ Cfr. A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2014, pag. 747 ss. Ma, pure, avverso il ricorso eccessivo alla pronuncia sulla nullità da parte del giudice cfr. G. GABRIELLI, *sul tintinnare troppo frequente di dichiarazioni di nullità nella giurisprudenza civile: esempi*

mata dal giudice ad esercitare una funzione regolatoria del contenuto dell'accordo giuridicamente rilevante avrebbero portato inevitabilmente allo svuotamento di contenuto dell'autonomia privata.

Ciò non significa che il giurista dovesse essere avulso dalla realtà ed insensibile all'affermarsi di nuovi bisogni di tutela; perché proprio i mutamenti sociali richiedevano vigile attenzione ed impegno costante nel riempire di contenuti sempre nuovi i concetti giuridici non più assoluti, ma relativi.

Proprio quest'opera di continuo adeguamento ha portato loro a rilevare che, pure, nel codice civile italiano (sul modello del *BGB*) vi erano possibilità per affermare l'esistenza del concetto giuridico di pretesa (a connotazione individualistica e sovra-individualistica) che poteva fungere da strumento di adattamento del sistema.

Sembrerebbe che oggi, più che ad uno scontro, si assista ad una concorrenza fra metodi che, comunque, mantengono molti punti di contatto fra di loro⁵⁸; il dialogo rimane aperto e questo è una fortuna per tutta la scienza giuridica, non solo per quella civilistica.

7. La regolazione come tema e come problema nel diritto amministrativo

Se la determinazione e la costituzione del regolamento di interessi è evidente nel diritto civile, per via del rilievo e della tutela che il codice offre all'autonomia privata, e se è altrettanto evidente l'erosione a cui l'autonomia delle parti (o di una parte) può essere sottoposta, col modello particolare del diritto privato regolatorio, per opera del giudice attraverso l'applicazione massiva di principi, la stessa cosa non può dirsi per il diritto amministrativo. Con altro modo di dire, nel margine dell'esperienza del diritto amministrativo, la regolazione come fenomeno, ma pure come concetto rimane velata e, perciò, la si può solo intravedere ed immaginarne il contenuto e la portata, sullo sfondo dei concetti tradizionali del diritto amministrativo, quali quello di discrezionalità.

Così che nelle riflessioni della dottrina non è dato trovare alcun riferi-

recenti in campi diversi, in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 261 ss.

58 S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pag. 48 ss.

mento, salvo rare eccezioni⁵⁹, che inquadri la regolazione sul piano generale dell'attività amministrativa, anziché isolare la stessa nel ristretto margine dell'azione delle autorità amministrative indipendenti.

Eppure, il diritto amministrativo è il terreno della regolazione per eccellenza: vuoi perché la funzione amministrativa implica che l'attività dell'amministrazione non possa essere considerata come mera applicazione della norma generale positivamente posta, ma che la stessa debba essere intesa come «cura» differenziata di eterogenei interessi, mediante l'applicazione di principi (e l'uso di principi implica la regolamentazione e non il semplice provvedere); vuoi per la ragione che per effetto della «cura» si determina, attraverso la decisione amministrativa, un regolamento di interessi con il quale (a fronte degli interessi differenziati già definiti) si individua il contenuto dell'interesse pubblico concreto.

La ragione dello scarso interesse che si riscontra nella letteratura amministrativistica per la regolazione come fenomeno è comprensibile; giacché il suo svelamento porta in evidenza con sé delle implicazioni che pongono ancora più in evidenza la crisi che concetti centrali e tradizionali, primo fra tutti quello della discrezionalità, soffrono da decenni.

Parlare di regolazione sul piano della formazione della decisione sostanziale, vuol dire porre in luce la dinamica dell'attività amministrativa; ma essa implica, a sua volta, l'evidenza sul piano giuridico del «potere reale» esercitato dai soggetti interessati, in relazione agli obbiettivi che si pongono, mediante le pretese introdotte nella procedura amministrativa.

La circostanza che in alcune ipotesi, l'ordinamento giuridico non permetta alle persone di regolare i propri interessi autonomamente e sin da subito (poiché assieme a questi è necessaria la cura dell'interesse pubblico concreto), non significa che le medesime non debbano avere alcun ruolo per la definizione eterodeterminata del regolamento di interessi.

Se non si è in presenza di un mero «provvedere», ma di una verace «regolazione», l'amministrazione non può tenere conto solamente del contenuto formale delle pretese stabilite dalle parti interessate; giacché essa è tenuta a con-

⁵⁹ Fra di essi si veda, pur con un'accezione divergente rispetto a quella proposta nel testo, D. SORACE – S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, XI ed., Bologna, Il Mulino, 2023, pag. 63 ss.

templare, soprattutto, gli obbiettivi che esse perseguono mediante le pretese medesime.

La parola «obbiettivo» (od «obiettivo») deriva dal lemma «obietto», il quale a sua volta, nell'accezione originale, indica una «cosa posta» o «gettata innanzi».

Ciò che le parti non possono accudire in autonomia, devono «gettarlo innanzi» all'amministrazione; dato che la cura dell'interesse proprio può essere effettuata solamente sotto il presidio del potere pubblico.

A sua volta, l'amministrazione, nell'esercizio del potere, in forza dei principi di «imparzialità» e «buon andamento» (inteso come effettività) è tenuta ad accogliere e curare ciò che gli è gettato innanzi dalle parti interessate.

Mediante la decisione⁶⁰, l'amministrazione determina, applicando il principio di «ragionevolezza», la misura della cura di ciò gli è stato gettato innanzi e che ha raccolto.

La «regolarità» e «l'equilibrio» che ne scaturisce, in forza della decisione, altro non è che il contenuto dell'interesse pubblico concreto.

Per quanto nell'ambito della procedura amministrativa, tramite il contraddittorio (come emanazione del principio del «giusto procedimento») le parti interessate possano porsi in antagonismo con l'amministrazione procedente, esse condividono l'equilibrio della regolarità data dalla decisione.

Senza equilibrio non può esserci regolarità e se essa manca la decisione e tutto il percorso che ha portato ad essa risulta essere viziato.

Con le osservazioni fatte, non s'intende affermare la necessità del completo congedo dalla logica propria del tecnicismo giuridico, ma si mira a rilevare la necessità di decostruire l'assolutezza del sistema giuridico, per come esso era pensato e realizzato a partire dalla svolta orlandiana e di ripensare il contenuto di concetti (anch'essi non più assoluti, ma relativi) portanti come quello della discrezionalità⁶¹.

⁶⁰ Su particolari profili della decisione amministrativa si veda L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in questa rivista, 1, 2017, pag. 3 ss.; M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, in questa rivista, 1, 2017, pag. 45 ss.; E. ZAMPETTI, *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Dir. soc.*, 4, 2017, pag. 810 ss.

⁶¹ Sul punto si vedano le osservazioni di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in questa rivista, 1, 2024, pag. 69 ss.; L.R. PERFETTI, *Complexity, Discretion, Public Intest*, in questa rivista, 1, 2023, pag. 1 ss.

8. Semantica di interesse pubblico

Le osservazioni fatte possono avere una loro coerenza solo a condizione che l'interesse pubblico venga inteso in senso concreto e non astratto.

Per meglio dire, la regolazione, per essere tale, implica una concezione concreta e non astratta dell'interesse pubblico.

Così che, sembra utile portare un ulteriore contributo al ragionamento svolto sino a qui. Il sintagma «*interesse pubblico*» è costituito da due lemmi ove il secondo ha la funzione di individuare la connotazione essenziale del primo.

Il significato della parola «*interesse*» può rimandare ad un «*vantaggio*» o a un «*riguardare da vicino*» oppure a «*destare attenzione*»; mentre quello del termine «*pubblico*» richiama un qualcosa che «*è di tutti*» e non di pertinenza esclusiva di un soggetto o di una mera collettività.

Su questa linea, per indicare il senso del sintagma, si potrebbe usare la seguente proposizione descrittiva: «*è un fatto che una certa cosa sia di vantaggio per tutti*» oppure «*è un fatto che una certa cosa desti l'attenzione di tutti*».

Sul piano meramente descrittivo, la proposizione desta un atteggiamento semplicemente cognitivo; il che significa che l'osservatore, in questo caso, può solo esprimere un giudizio sulla verità o la non verità del suo contenuto.

Al contrario, se essa costituisse un enunciato normativo prescrittivo («*quella cosa deve essere a vantaggio di tutti*»; «*quella cosa deve essere posta all'attenzione di tutti*»), il suo contenuto non potrebbe essere posto al giudizio sopra esposto, perché costituirebbe un comando.

Il vero è che la locuzione «*interesse pubblico*» in senso giuridico assume connotazioni prescrittive solo nel momento in cui entra nell'ambito di una decisione pubblica («*l'interesse pubblico qui ed ora*»), mentre al di fuori di essa assume una funzione meramente descrittiva.

Tutto ciò ha un vantaggio, dal momento che proprio grazie al momento descrittivo della medesima è possibile incontrare il significato autentico, in senso giuridico, dei lemmi che costituiscono il sintagma «*interesse pubblico*».

Il lemma «*interesse*», che deriva dalla omonima voce dotta latina, è costituito dal morfema «*inter*» e dal lessema «*esse*».

Il morfema normalmente si riferisce un significato spaziale («*fra*», «*in mezzo a*») oppure temporale («*durante*», «*nel corso di*»); in maniera più precisa esso può essere un complemento di luogo oppure di tempo.

Il morfema, soprattutto in questo caso, svolge funzione servente rispetto al lessema; per questa ragione per comprenderne la portata è necessario accostarlo al significato autentico del secondo.

Il lessema «*esse*» richiama la voce verbale «*essere*» oppure «*esistere*», «*verificarsi*», «*avere luogo*». Se si accosta il morfema al lessema, ci si può rendere conto che il complemento di tempo non svolge una funzione servente soddisfacente; mentre il complemento di luogo svela il significato autentico del lessema stesso.

In questo senso, il lemma «*inter-esse*» afferma «*l'essere in mezzo a qualcosa che esiste*» oppure «*a qualcosa che si è verificato*».

È utile precisare che il termine in questione denota il *qui ed ora* della tensione della persona verso un certo oggetto; la quale a sua volta è pertinente all'ambito della percezione che la persona medesima ha di un fatto rispetto ad un certo bene della vita.

Ne consegue che il lemma in considerazione ha normalmente una connotazione soggettiva con riguardo alla sequenza «*persona-bene della vita-fatto*»; nel caso di specie, però, l'ambito di significazione si amplia per effetto del ruolo che, all'interno del sintagma, l'aggettivo svolge nei confronti del sostantivo.

Il lemma «*pubblico*» deriva dalla voce dotta latina «*publicum*» che è accostata a «*populus*» ed a sua volta alla parola derivata «*publicare*» che vuol dire «*esporre al pubblico*» oppure «*svelare*».

L'aggettivo comporta la perdita del riferimento soggettivo del sostantivo, ma ciò non determina solo la conformazione oggettiva dello stesso; ossia «*l'inter-esse pubblico*» come «*l'essere in mezzo a qualcosa che è di tutti*», poiché il risultato non sarebbe in sé soddisfacente.

Per avvicinarsi al significato autentico del sintagma, è necessario spostare l'attenzione al lemma latino derivato «*publicare*»; così che esso designa «*l'essere in mezzo a qualche cosa che è esposta al pubblico*» oppure «*che è svelata*».

Quale è, dunque, l'oggetto dello svelamento, ma più di tutto in rapporto

a che avviene lo svelamento?

Se la *cosa* deve essere svelata, essa non può avere una connotazione «*immaginaria*» ed «*astratta*», ma deve essere «*reale*» e «*concreta*»; perché ciò sia possibile è necessario il verificarsi di un «*fatto*».

A sua volta il fatto deve essere rilevante per il diritto, deve cioè determinare l'avvio di quel percorso giuridico che porta ad un epilogo giuridico.

Il percorso giuridico è appunto il procedimento amministrativo e l'epilogo è la decisione amministrativa.

Pertanto, solo a seguito della decisione, sarà possibile pronunciare l'enunciato normativo prescrittivo «*quell'interesse è pubblico*».

Così che, l'interesse pubblico non può essere predeterminato dalla norma giuridica, ma può essere determinato solo con la decisione giuridica; la norma giuridica statuisce delle competenze dell'amministrazione su determinate materie, finalizzate alla cura interessi pubblici concreti.

Ne consegue che qualsiasi enunciato normativo che contiene l'espressione interesse pubblico ha natura meramente descrittiva; dal momento che il luogo ove siffatta espressione entra a fare parte di un enunciato normativo di natura prescrittiva è quello della decisione giuridica concreta.

FABIO G. ANGELINI

Professore associato di diritto amministrativo e pubblico nell'Università UniNettuno di Roma
fabiogiuseppe.angelini@uninettunouniversity.net

**LA REGOLAZIONE DEGLI ATTORI DIGITALI TRA
CONFORMAZIONE AI DIRITTI FONDAMENTALI E
PRESERVAZIONE DELLA STRUTTURA
CONCORRENZIALE DEI MERCATI**

**REGULATION OF DIGITAL ACTORS BETWEEN COMPLIANCE
WITH FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRESERVATION OF THE
COMPETITIVE STRUCTURE OF MARKETS**

SINTESI

L'approccio *rights-driven* seguito dal legislatore europeo nella regolazione dell'economia digitale, avallando alcune letture degli artt. 41-47 Cost. proposte dalla dottrina, si caratterizza per porsi in funzione di garanzia rispetto al godimento dei diritti fondamentali della persona, operando in termini di conformazione a tali pretese della libera iniziativa economica che si svolge (anche) sui (o attraverso i) mercati digitali, ponendo dunque un limite esterno. Trattasi di un'attività di regolazione posta in essere dai pubblici poteri alla luce della riconosciuta inadeguatezza e dei pericoli insiti nell'autoregolazione da parte degli stessi attori digitali che, tuttavia, più che nell'esercizio di una funzione amministrativa di regolazione (dei mercati), si traduce in una attività (dai confini ben più ampi) di conformazione di determinate attività svolte attraverso le nuove tecnologie al fine di raggiungere obiettivi sociali che, in sua assenza, non verrebbero raggiunti. La regola(menta)zione del fenomeno digitale risulta perciò difficilmente circoscrivibile esclusivamente all'interno del perimetro di una funzione amministrativa di regolazione, qualificandosi più propriamente come un'attività di normazione, talvolta supportata da un'attività attuativo-esecutiva in sede amministrativa dai confini variabili e una di *enforcement* posta in essere da autorità amministrative (centrali o periferiche) dotate di specifici poteri sanzionatori, ovvero, aventi come scopo quello di conformare determinate attività economiche, realizzate mediante gli strumenti tecnologici o attraverso l'accesso ai mercati digitali, ai diritti fondamentali della persona alla luce del complessivo

quadro di garanzie costituzionali emergenti dall'ordinamento eurounitario. La posizione che si intende sostenere in questo lavoro è che un discorso a parte meriterebbe, invece, il Digital Market Act. Esso sembra infatti operare pur sempre in funzione di conformazione delle attività economiche private, incidendo però sul diverso piano della struttura organizzativa dei mercati digitali, ponendo in essere un'attività di regolazione amministrativa dei mercati avente come scopo quello di preservare l'operatività (all'interno di essi) del principio concorrenziale in funzione, non della ricerca dell'efficienza in senso economico bensì, della tutela di un assetto economico e sociale pluralistico da intendersi quale necessario presupposto del nostro assetto democratico-costituzionale fondato sul principio di sovranità popolare.

ABSTRACT

The rights-driven approach followed by the European legislator in regulating the digital economy, endorsing some interpretations of Articles 41-47 of the Constitution proposed by the doctrine, is characterized by acting as a guarantee with respect to the enjoyment of fundamental rights of the person, operating in terms of conformity to such claims of the free economic initiative that takes place (also) on (or through) digital markets, thus placing an external limit. This is a regulatory activity carried out by public authorities in light of the recognized inadequacy and dangers inherent in self-regulation by the digital actors themselves which, however, rather than in the exercise of an administrative function of regulation (of the markets), translates into an activity (with much broader boundaries) of conformity of certain activities carried out through new technologies in order to achieve social objectives that, in its absence, would not be achieved. The regulation of the digital phenomenon is therefore difficult to limit exclusively within the scope of an administrative regulatory function, qualifying more properly as a standardization activity, sometimes supported by an administrative implementation-executive activity with variable boundaries and an enforcement activity carried out by administrative authorities (central or peripheral) with specific sanctioning powers, or, having as their aim that of conforming certain economic activities, carried out through technological tools or through access to digital markets, to the fundamental rights of the person in light of the overall framework of constitutional guaran-

tees emerging from the European Union system. The position that this work intends to support is that the Digital Market Act, instead, deserves a separate discussion. In fact, it seems to still operate in order to shape private economic activities, but it impacts on the different level of the organizational structure of digital markets, by implementing an administrative regulation of the markets with the aim of preserving the operation (within them) of the competitive principle in order not to seek efficiency in an economic sense but rather to protect a pluralistic economic and social structure to be understood as a necessary prerequisite of our democratic-constitutional structure founded on the principle of popular sovereignty.

PAROLE CHIAVE: Mercati digitali; Regolamentazione; Diritti fondamentali; UE; Concorrenza; Economia digitale; Big Data; Potere.

KEYWORDS: Digital Markets; Regulation; Fundamental Rights; UE; Competition; Digital Economy; Big Data; Power.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La regolazione dei mercati tra potere (pubblico e privato) e diritti fondamentali. – 2.1. Il sistema tracciato dagli articoli 41 e 43 della Costituzione e la “regolazione” come concetto plurisenso. – 2.2. La regolazione dell’economia come attività propriamente amministrativa e le sue diverse gradazioni con riferimento dall’art. 41 Cost. – 2.3. Gli indizi sulla fondatezza dell’interpretazione rights-driven della costituzione economica alla luce della regolazione europea del fenomeno digitale. – 3. La multidimensionalità dei (nuovi) poteri digitali e le caratteristiche della “regolazione” europea della privacy, dei servizi digitali e dell’intelligenza artificiale. – 3.1. Il GDPR. – 3.2. Il Digital Services Act, il Data Governance Act e il Data Act. – 3.3. L’AI Act. – 3.4. La regola(menta)zione rights-driven come attività di conformazione dell’economia digitale ai diritti fondamentali e lo spazio a geometria variabile dell’autonomia privata. – 4. Il DMA e l’approccio rights-driven alla regolazione dei gatekeeper sui mercati digitali. – 4.1. La regolazione dei mercati digitali come attività propriamente amministrativa che si colloca al confine tra autonomia privata e soggettività pubblica. – 4.2. I gatekeeper come «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica» ascrivibili alla categoria della auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà. – 4.3. La preservazione del principio organizzativo concorrenziale dei mercati digitali quale fondamento costituzionale della funzione amministrativa di regolazione dei mercati. – 5. Riassumendo.

1. Premessa

Prendendo spunto da alcune delle suggestioni che emergono dalla lettura di un recente lavoro di Luca R. Perfetti¹ pubblicato su questa rivista, il presente contributo – seppur in via di prima approssimazione – intende provare a seguirne l’impostazione teorica con l’obiettivo di proporre una possibile chiave interpretativa delle diverse forme di “regolazione” che l’ordinamento europeo ha adottato in risposta alle sfide poste dall’economia digitale.

Ripercorrendo la lettura della struttura dei diritti fondamentali e della sua relazione con il potere in tale sede proposta da Perfetti², questo contributo

1 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2023, 45 ss.

2 *Ibidem*, 76-94.

intende perciò sottoporre all'attenzione del lettore un'analisi della regolazione europea del fenomeno digitale incentrata sulla distinzione tra ciò che attiene più propriamente alla attività di conformazione normativa dei poteri digitali e ciò che invece attiene più propriamente alla funzione amministrativa di regolazione dei mercati, evidenziando come l'approccio *rights-driven*³ seguito dal legislatore europeo sembri trovare, sul piano dell'ordinamento interno, la propria base costituzionale nell' "utilità sociale" di cui all'art. 41, c. 2 Cost. e, più in generale, nella prospettiva che qui si intende suggerire, negli artt. 1 e 2 Cost. che delineano la struttura necessariamente pluralistica del nostro assetto economico, sociale ed istituzionale, funzionale all'effettivo esercizio della sovranità popolare⁴.

Come è stato opportunamente rimarcato dalla letteratura internazionale, la regolazione europea dell'economia digitale si pone in funzione di garanzia rispetto al godimento dei diritti fondamentali della persona⁵, operando in termini di conformazione a tali pretese della libera iniziativa economica che si svolge (anche) sui (o attraverso i) mercati digitali, ponendo dunque un limite esterno. Trattasi dunque di un'attività di regolazione posta in essere dai pubblici poteri alla luce della riconosciuta inadeguatezza e dei pericoli insiti nell'autoregolazione⁶ da parte degli stessi attori digitali. Essa, tuttavia, più che nell'esercizio di

3 In questo senso, A. BRADFORD, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, New York, Oxford University Press, 2023; F.G. Angelini, *L'approccio rights-driven nella regolazione dei mercati digitali come precipitato della circolarità tra verità, cultura e costituzione*, in *Rivista Politica.eu*, 2, 2024, 11 ss. Parlano a questo proposito, non a caso, di "costituzionalismo digitale" G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, n. 1, 41 ss.; O. POLLICINO, *Data Protection and Freedom of Expression Beyond EU Borders: EU Judicial Perspective*, in *Data Protection Beyond Borders*, F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn, London, Bloomsbury, 2021; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. Pubbl.*, 2021, 3, 739-760.

4 cfr. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, 101, secondo cui "la relazione tra diritti fondamentali e sovranità deve (a mio avviso) esser ricercata nella relazione tra l'art. 2 e l'art. 1 Costituzione". Sul punto si segnala anche L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, 1 ss.

5 A. BRADFORD, *cit.*, 9-10. Secondo tale approccio la regolazione dell'economia digitale dovrebbe essere funzionale a sostenere i diritti fondamentali degli individui, preservare le strutture democratiche della società e garantire un'equa distribuzione dei benefici della transizione digitale; la tecnologia deve essere sfruttata per l'emancipazione umana e con l'obiettivo di salvaguardare l'autonomia politica dei cittadini digitali.

6 E.C. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2023, 245 ss. Come evidenziato da L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione*

una funzione amministrativa di regolazione (dei mercati), si traduce in una attività (dai confini ben più ampi) di conformazione di determinate attività svolte attraverso le nuove tecnologie al fine di raggiungere obiettivi sociali che, in sua assenza, non verrebbero raggiunti.

La regola(menta)zione del fenomeno digitale risulterebbe perciò difficilmente circoscrivibile esclusivamente all'interno del perimetro di una funzione amministrativa di regolazione, qualificandosi più propriamente come un'attività di normazione, talvolta supportata da un'attività attuativo-esecutiva in sede amministrativa dai confini variabili e una di *enforcement* posta in essere da autorità amministrative (centrali o periferiche⁷) dotate di specifici poteri sanzionatori, ovvero, aventi come scopo quello di conformare determinate attività economiche, realizzate mediante gli strumenti tecnologici o attraverso l'accesso ai mercati digitali, ai diritti fondamentali della persona alla luce del complessivo quadro di garanzie costituzionali emergenti dall'ordinamento eurounitario.

La posizione che qui si intende sostenere è che un discorso a parte meriterebbe, invece, il Digital Market Act. Esso sembra invece operare pur sempre in funzione di conformazione delle attività economiche private, incidendo però sul diverso piano della struttura organizzativa dei mercati digitali, ponendo in essere un'attività di regolazione amministrativa dei mercati⁸ avente come scopo quello di preservare l'operatività (all'interno di essi) del principio concorrenziale in funzione, non della ricerca dell'efficienza in senso economico bensì, della tutela di un assetto economico e sociale pluralistico da intendersi quale necessario presupposto del nostro assetto democratico-costituzionale.

Diversamente da altre forme di regolazione dei poteri digitali, per le quali

digitale, in Riv. Trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1101 ss., da un lato, “è apparsa subito evidente l'insufficienza delle misure adottate per controllare la diffusione di contenuti violenti o osceni, offensivi della dignità umana, di contenuti illeciti secondo le regole dell'ordinamento generale, di contenuti volti a influenzare o a manipolare l'opinione pubblica” e, dall'altro, “le piattaforme tendono ad assumere, così, i tratti tipici di un ordinamento giuridico, autonomo dall'ordinamento generale, con il rischio che siano proprio le piattaforme, dopo aver invocato la libertà di espressione come giustificazione per l'assenza di eteroregolazione, ad assumere misure che possono incidere significativamente sulle libertà, senza che siano previsti rimedi o correttivi idonei”.

⁷ Sul punto v. B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione Europea e il ruolo della Commissione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2024, 1096 ss.; G. DI COSIMO, *Regolazione e paradigma centro-periferia*, in Osservatorio sulle fonti, 1, 2024, 271-284.

⁸ Nel senso suggerito da A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, Enc. Dir., Annali, 2010, 805-816. Cfr. tuttavia, in senso più restrittivo, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), Enc. Dir., Funzioni Amministrative, Milano, 2022, 292 ss.

sarebbe per la verità più corretto parlare di regolamentazione, a parere di chi scrive, il DMA delinea quindi una funzione amministrativa di regolazione dei mercati digitali, integrativa rispetto a quella tipicamente *ex post* svolta dalle autorità amministrative in presenza degli illeciti antitrust⁹, tesa ad operare quale limite interno (anziché esterno) ai mercati digitali al fine di preservarne – alla luce delle forti spinte oligopolistiche/monopolistiche che caratterizzano il funzionamento dell'economia digitale¹⁰ – la struttura concorrenziale e, dunque, quell'assetto pluralistico dell'economia e della società funzionale (anche) al corretto funzionamento dei processi democratico-sociali e alla piena attuazione del paradigma costituzionale emergente dagli artt. 1 e 2 Cost.

2. La regolazione economica tra potere (pubblico e privato) e diritti fondamentali

Gli attori dell'economia digitale, il cui operato non si limita solo ai contesti tecnologici, estendendosi ai mercati tradizionali al punto da modificarne le dinamiche di funzionamento, sono i protagonisti di un processo di cambiamento che tocca in profondità l'assetto delle libertà e dei diritti fondamentali alla base dei nostri ordinamenti democratico-costituzionali. Come è stato opportunamente evidenziato¹¹, gli attori del capitalismo digitale (Facebook, WhatsApp, Instagram, Google, YouTube, Amazon, X, OpenAI, Alibaba, TikTok, per fare alcuni esempi) hanno conosciuto un periodo di grande espansione potendo in gran parte beneficiare di un sistema di sostanziale esenzione rispetto a talune fondamentali (almeno per quella che è la nostra tradizione democratica)

9 Come evidenziato da C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 122-123, la denominazione tradizionale di disciplina "antitrust" trae origine dal fatto che la prima legislazione in materia, lo Sherman Act statunitense (1890), nel vietare cartelli e monopolizzazioni, mirava ad evitare l'uso dello strumento del trust per aggirare le disposizioni impeditive alle società per azioni di essere azioniste di altre società e quindi vietava non tanto il trust, quanto il suo uso contrario alle norme.

10 cfr. M. BOTTA, P.L. PORCU, *Concorrenza e regolazione nei mercati digitali. Note introduttive*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2022, 3 ss.; G. COLANGELO, *Regolazione dei mercati digitali e neutralità dei gatekeepers: il tramonto dell'antitrust? Il caso della dottrina dell'essential facility e della dipendenza economica*, in *Annali AIDA* (2023), Milano, 2024, 3-14; V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Il controllo delle operazioni di concentrazione dei mercati digitali: spunti di analisi*, in *Annali AIDA* (2023), Milano, 2024, 116-150.

11 L. TORCHIA, *cit.*; per un'analisi approfondita del fenomeno si rinvia a E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023.

garanzie costituzionali¹², che ha trovato giustificazione, a seconda degli ordinamenti giuridici interessati, nell'esaltazione della libertà di espressione (il cosiddetto “*free speech*”), elevata al rango di valore supremo al fine di supportare lo sviluppo della rete, ovvero, nel sostanziale controllo su tali soggetti esercitato direttamente o indirettamente dallo Stato e, dunque, nella loro funzionalità rispetto al perseguimento dei fini stabiliti da quest'ultimo.

La crescita delle dimensioni di tali soggetti e la loro operatività ben al di fuori dai confini nazionali o geografici ha dato però luogo a un'enorme concentrazione di potere che, alla luce delle sue peculiari caratteristiche, ha progressivamente sensibilizzato le istituzioni europee sull'esigenza di approntare strumenti in grado di tutelare i numerosi diritti e interessi individuali, collettivi e pubblici¹³, ivi inclusa la stessa libertà d'impresa e la libertà di espressione, ponendo limiti e regole a un potere digitale – che può assumere, indifferentemente e con esiti non meno allarmanti, carattere privato o anche pubblico – dotato di un altissimo grado di autonomia e di indipendenza rispetto al paradigma costituzionale della sovranità rovesciata¹⁴ rinvenibile negli artt. 1 e 2 della nostra Costituzione e che sembra rievocata proprio dalla Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, laddove pone la persona al cen-

12 Rileva in proposito G. DI COSIMO (*Co-regolazione e paradigma centro-periferia*, Osservatorio delle fonti, n. 1/2024, 272) “*All'inizio dell'era digitale si riteneva che un carattere distintivo del cyberspazio fosse costituito dal principio dell'end-to-end, che impedisce il controllo da parte di chi occupa il centro del sistema su chi si trova alla periferia. Lessing parla di “un'architettura che ha disabilitato chiunque fosse al centro per controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi”. Questa concezione, secondo cui sarebbe precluso il controllo centrale, rimanda a una lettura in chiave libertaria del paradigma centro-periferia. Tuttavia, ormai sappiamo che le cose sono andate diversamente, perché il mercato è dominato da poche tech companies (collocate al centro) potenzialmente in grado di limitare la libertà dei clienti (posti alla periferia)*”.

13 E. CREMONA, *cit.*, 75 ss; P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. Stanzione (a cura di), I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy, Torino, 2022, 1.

14 G. BERTI, *Sovranità*, in Jus, 54, n. 2-3, 2007, 267-296 e Id., *Perennità della Costituzione*, ora in Scritti scelti, Napoli, 2018, I, 117. La sovranità per Berti è il necessario complemento di una comunità di individui retta dal principio di uguaglianza, che a sua volta non rappresenterebbe un aggregato amorfo, bensì un sistema di esperienze e di coscienze individuali che con-tribuiscono alla differenziazione della società, nella quale accanto alla sfera del politico convivono tante altre sfere (economica, religiosa, artistica, e così via) di eguale dignità, ugualmente portatrici di un particolare tipo di bene comune. L'Autore (in *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 1996, 16) sottolinea il fatto che «*la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente alla società*». Ne deriva, pertanto, che laddove si riconosca la sua funzionalità all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili l'amministrazione non pare più rappresentabile «*come un'immagine dello stato*», bensì, come «*forma della società*».

tro della relazione tra potere pubblico e potere privato e, dunque, entrambi in funzione della sua piena realizzazione.

La delicata relazione che intercorre tra potere pubblico e potere privato rappresenta uno dei problemi centrali dello stato costituzionale – inteso quale forma giuridica della democrazia pluralistica il cui fondamento è rinvenibile nel riconoscimento giuridico delle libertà fondamentali e nella limitazione del potere – laddove la risposta a questo problema chiama direttamente in causa la specifica funzione che l'ordinamento costituzionale svolge a garanzia del principio pluralistico, quale presupposto necessario ai fini del raggiungimento di un equilibrio tra potere pubblico e privato tale da preservare l'effettività dei diritti fondamentali.

La questione, richiamando l'insegnamento di Giuliano Amato¹⁵, riguarda tanto l'esigenza quanto le modalità attraverso cui limitare il potere economico privato che è esso stesso espressione di una libertà fondamentale dell'individuo e, sul fronte opposto, il potere politico. Se, da un lato, il potere privato risulta essere privo di legittimazione e, nonostante ciò, capace di influenzare i processi decisionali pubblici in ragione della sua forza prevaricatrice e delle sempre possibili collusioni con il potere politico; dall'altro, il potere pubblico, che al contrario è dotato di legittimazione in virtù della sua attribuzione da parte dell'ordinamento a determinati soggetti in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, non è comunque immune da possibili disfunzioni. Per usare le parole di Amato, il dilemma della democrazia liberale consisterebbe perciò, da un lato, nell'impedire che il potere privato diventi una minaccia per le libertà degli altri e, dall'altro, nell'impedire che, a sua volta, il potere politico assuma caratteristiche e forme tali da comprimere quelle stesse libertà e diritti fondamentali che quest'ultimo dovrebbe proteggere¹⁶, determinando così la fuoriuscita da quel modello democratico-sociale che caratterizza le cosiddette democrazie stabilizzate.

La possibile risposta a tale dilemma è stata storicamente rinvenuta nell'esigenza di ancorare lo sviluppo della democrazia liberale entro binari de-

¹⁵ Il riferimento è a G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

¹⁶ *Ibidem*, 8-10.

terminati¹⁷, il primo dei quali è rappresentato dalla sussistenza delle condizioni di legittimazione del potere privato (specie quello relativo all'esercizio delle libertà economiche) e, il secondo, da quella linea di demarcazione superata la quale deve ritenersi illegittimo il (legittimo) potere politico-amministrativo. All'interno di questi confini, che spetta all'ordinamento costituzionale delineare, trattandosi tuttavia di confini sempre contingenti, di opzioni opinabili e suscettibili di variazione a seconda del contesto culturale, economico e sociale di riferimento, le culture politiche hanno da sempre offerto un contributo essenziale allo sviluppo della dialettica democratica tra chi teme più il potere privato e perciò è propenso a combatterlo dando più spazio a quello pubblico e chi, all'opposto, teme più l'espandersi di quello pubblico ed è per questo maggiormente propenso a tollerare quello privato¹⁸.

La nostra Costituzione economica, così come integrata dall'ordinamento eurounitario, risponde a tale dilemma rendendo operativi due principi procedurali. Si tratta di due criteri ordinatori dei processi di scambio che si svolgono all'interno dell'ordinamento democratico, rispettivamente sulla sfera privata e sulla sfera pubblica, la cui funzione è quella di determinare un equilibrio (sempre dinamico) tra ordine politico e ordine economico. Essi sono la concorrenza e la stabilità finanziaria, laddove tali beni pubblici vengono tutelati non quali valori in sé bensì in quanto strumentali alla preservazione di un determinato assetto democratico fondato sul riconoscimento dei diritti fondamentali¹⁹.

Soffermandoci in questa sede solo sul primo dei suddetti principi procedurali, alla luce delle premesse teoriche alla base del presente contributo, lo sviluppo di questa prospettiva sul terreno della regolazione dei mercati digitali sembra proprio confermare che l'operatività del principio concorrenziale e la sua concretizzazione attraverso la funzione amministrativa, lungi dal realizzare

17 Per una lettura della concorrenza e sulla stabilità finanziaria come binari di natura costituzionale entro cui, nell'ordinamento eurounitario, è chiamata a svilupparsi la dinamica democratica e quella capitalistica sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, Napoli, 2020; ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, 2020.

18 G. AMATO, *cit.*, 9.

19 F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, *cit.*, 233 ss.; con particolare riferimento alla stabilità finanziaria v. ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, *cit.*

una funzionalizzazione dei pubblici poteri (esclusivamente) alla ricerca dell'efficienza degli scambi di mercato, tragga il proprio fondamento nell'ordinamento costituzionale²⁰, rispondendo all'esigenza di massimizzazione dei diritti fondamentali della persona²¹ che emerge da quest'ultimo, sia ponendosi in termini strumentali rispetto all'esercizio della sovranità popolare e, dunque, dei diritti fondamentali della persona, sia operando sul piano della preservazione di un certo pluralismo²² economico e sociale da intendersi quale presupposto di funzionamento stesso delle nostre democrazie liberali.

Una volta posta in questi termini la questione, è allora certamente più agevole cogliere quella che circolarità tra disciplina della concorrenza e Costituzione²³ o, detto in altri termini, la stretta strumentalità esistente tra l'assetto democratico-costituzionale, la disciplina dell'economia e l'esercizio dei poteri pubblici con riferimento al sistema economico in funzione dell'effettiva attuazione dell'assetto democratico-costituzionale prescelto²⁴.

2.1. Il sistema tracciato dagli articoli 41 e 43 della Costituzione e la "regolazione" come concetto plurisenso

Il sistema tracciato dagli artt. 41 e 43 della Costituzione riconosce la li-

20 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. Aines, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 597-614.

21 v. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., secondo cui "se solo ci si pone nella prospettiva della sovranità [...] si dovrà affermare che il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona umana" (ivi, 126). Cfr. anche F.G. ANGELINI, *Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, P.A. Persona e Amministrazione, 1, 2021, laddove è stato evidenziato come "il modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della società – si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità" (ivi, 316-317).

22 Con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, v. F. RIMOLI, *Pluralismo*, in Enc. Giur. Trecc., XXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1997, 5.

23 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit., 597-614.

24 F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, in *Power and Democracy*, 2, 2022, 138 ss.

bertà di iniziativa economica ponendola all'interno di una relazionalità²⁵ che emerge dalla trama costituzionale delineata dai primi tre articoli della Costituzione²⁶ ed in funzione della quale è sottoposta a diversi gradi di limitazione, dovendosi necessariamente relazionare con l'esistenza di altri diritti fondamentali, con l'utilità sociale, con i fini sociali, con i fini di interesse generale e con la previsione di più o meno ampi poteri di intervento pubblico²⁷.

Il richiamo all'utilità sociale è, dunque, perciò da un lato esemplificativo di quella relazionalità a cui si è fatto cenno e che corrisponde alla necessità di garantire che l'iniziativa economica sia svolta senza pregiudizio dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, attraverso la mera conformazione dell'attività privata alle norme poste dall'ordinamento; dall'altro differisce però in modo significativo rispetto ai fini sociali di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. che rinviano invece a pretese concernenti i diritti fondamentali che possono essere soddisfatte solo a fronte di un intervento pubblico (attraverso l'esercizio di poteri di indirizzo e coordinamento nel rispetto del principio di legalità) che, pur senza modificare la natura privata dell'attività, ne altera sia i fini (privati) sia le dinamiche funzionali alla loro realizzazione (per esempio istituendo contesti organizzativi di "quasi-mercato" come nel caso del Servizio Sanitario Nazionale o accompagnando la transizione da assetti monopolistici verso regimi di libero mercato come avvenuto nel settore dell'energia elettrica o delle telecomunicazione mediante l'esercizio di pervasivi poteri di regolazione settoriale).

Nella prospettiva del secondo comma dell'art. 41 Cost., diversamente da

25 In tema v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e soc.*, 2011, 635 ss.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 67, il quale nega però la qualificabilità dell'iniziativa economica come diritto fondamentale, visto che possiede la caratteristica dell'irriducibilità, al pari dei diritti fondamentali, ma non condivide con questi ultimi la capacità di aprioristica valutazione di corrispondenza al bene comune; M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. e impresa*, 2019, 1255 ss.

26 In questo senso v. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 101-102.

27 Come è stato opportunamente evidenziato da Perfetti (cit., 87) "le norme costituzionali e quelle comunitarie sono tra loro coerenti perché i limiti negativi contenuti nel II comma dell'art. 41 non devono essere confusi con le misure di cui al III ed i fini sociali che in esso sono richiamati. L'iniziativa economica si può svolgere solo a patto di non violare i limiti negativi che nel II comma sono previsti perché essi sono riassuntivi del regime delle pretese immediatamente fruibili dei diritti fondamentali (ai quali utilità sociale, libertà, sicurezza e dignità umana nemmeno troppo implicitamente alludono)".

quanto avviene con riferimento al terzo comma della medesima disposizione, il massimo godimento dei diritti fondamentali non dipende pertanto dalla capacità dell'organizzazione amministrativa di mettere a disposizione dei loro titolari quegli interventi (in forma di prestazioni materiali o di esercizio di poteri amministrativi) necessari a garantirne la piena soddisfazione, quanto invece dalla capacità della società stessa di cooperare efficacemente entro contesti organizzativi e decisionali pienamente radicati nella società (siano essi di mercato o altri ambiti di sussidiarietà orizzontale) e, perciò, funzionali alla loro immediata soddisfazione.

La regolazione – quale concetto plurisenso²⁸ che rinvia all'esercizio di pubblici poteri aventi caratteristiche anche molto diverse tra loro, a seconda dei casi ascrivibili alla mera conformazione normativa, all'amministrazione attiva o allo svolgimento di funzioni paragiurisdizionali in ragione del diverso contesto di intervento nel quale tali poteri vengono esercitati, sia esso esterno o interno alle dinamiche degli scambi economici, sia esso riconducibile al perimetro della società (mercato) oppure a quello della soggettività/oggettività pubblica (servizio pubblico, “quasi-mercato” o monopolio) – si inserisce all'interno della circolarità tra Costituzione e diritto dell'economia²⁹ assumendo di volta in volta caratteristiche (anche profondamente) differenti, sebbene pur sempre in funzione strumentale rispetto alla realizzazione delle finalità costituzionali.

Si è soliti intendere la funzione di regolazione pubblica delle attività economiche³⁰ – con specifico riferimento al modello di intervento pubblico

28 Per una disamina articolata cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, 697 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; N. RANGONE, v. *Regolazione*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, vol V. Milano, 2006, 5057 – 5070. In relazione alle emergenti tecniche di regolazione v. M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2024, 857 ss.

29 Tale prospettiva presuppone una visione di tale disciplina che, rifiutando sia la concezione “totalitaria” che quella “riduzionista”, guarda al diritto dell'economia – come suggerito da G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, in S. Andriani, G. Calabrò (a cura di), *Pensiero giuridico e riflessione sociale. Liber amicorum Andrea Bixio*, Torino, 2017, 426-427 – “quale diritto delle istituzioni rilevanti per il sistema economico. Un diritto di secondo livello, dunque, che va oltre la ricostruzione positiva degli istituti, e che ha a proprio oggetto lo studio delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti per l'economia. [...] e dei rapporti istituzionali intesi questi ultimi come rapporti tra le istituzioni e gli individui. Tali rapporti danno luogo alle posizioni giuridiche fondamentali degli stessi individui nei confronti delle diverse istituzioni con le quali si relazionano giuridicamente”.

30 Con specifico riferimento al connesso modello delle autorità amministrative indipendenti sia consentito il rinvio agli autorevoli contributi di C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative*

nell'economia tipico dello "Stato regolatore"³¹ – come un'attività di produzione di regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale con «l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente se lasciato a sé stesso, alle sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale»³². Tale funzione, da un lato, si inquadra nel passaggio dal modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello Stato imprenditore o gestore a quello dello Stato regolatore e, dall'altro, si connota per la sua strumentalità rispetto ai complessi processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza che hanno interessato diversi settori economici in funzione dell'espansione del ruolo del mercato e della contestuale riconfigurazione delle modalità di tutela dell'interesse pubblico.

Come è stato evidenziato³³ l'affermazione del paradigma dello Stato regolatore si è tradotta nella rinuncia dei pubblici poteri alla pretesa di orientare i

indipendenti, in Riv. trim. dir. pubbl., 1988, 549 ss.; M. MAINETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997, 647 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 145 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002, 143 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, (in particolare) 97 ss.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario*, in Dir. un. eur., 2006, 27 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, in particolare 964 ss., M. RAMAJOLI, *Consolidamento e matabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età dell'incertezza*, in Riv. della regolazione dei mercati, 2, 2018, 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit.

³¹ Sul passaggio, dagli anni '90 in poi, dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore si rinvia, in particolare, a A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Si v. anche R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011.

³² F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 702.

³³ In questo senso, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, 11 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 2, 265 ss.; cfr. anche G. MAJONE, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, 78 ss.

processi economici verso fini predefiniti a fronte dell'assunzione di una diversa funzione – esercitata attraverso il modello delle autorità amministrative indipendenti – concernente la definizione delle regole e delle condizioni ritenute necessarie per un efficiente svolgimento dei processi economici. L'attribuzione della funzione di regolazione in favore di tali nuove autorità di regolazione ha posto però sin da subito diversi problemi in ordine sia alla loro natura propriamente amministrativa che al regime giuridico applicabile ai loro atti e alle modalità di controllo giurisdizionale, ponendo altresì numerosi interrogativi circa la compatibilità di tale modello di amministrazione con il principio democratico e della responsabilità politica secondo il modello di cui all'art. 95 Cost. e con il principio della sovranità popolare.

A tali questioni di carattere generale la dottrina non ha sin qui offerto risposte univoche³⁴. Per di più, per quanto di interesse in questa sede, esse non sembrano fornire una base interpretativa sufficiente per cogliere fino in fondo le peculiari caratteristiche della regolazione dei mercati digitali che si presenta come non strettamente funzionale all'applicazione di logiche di efficienza economica, più interessata alla configurazione dei mercati piuttosto che alla repressione degli illeciti antitrust e, infine, solo in parte riconducibile al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti.

Volendo passare in rassegna solo alcune delle posizioni espresse dalla dottrina, secondo una parte autorevole di essa, l'indipendenza dalla politica delle autorità di regolazione, così come pure l'ampiezza dei poteri normativi e provvedimentali attribuiti a queste ultime, troverebbe la propria ragion d'essere nel modello di intervento nell'economia tipica dello Stato regolatore che – per effetto della Costituzione economica europea – ha accompagnato i processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza di ampi settori economici, laddove lo scopo dei pubblici poteri si risolve nel contrastare i fallimenti del mercato e, dunque, nel permettere il loro efficiente funzionamento, tutelando e promuovendo la parità delle armi tra i soggetti del mercato e la concorrenza tra gli operatori³⁵. Ciò in quanto «la crisi degli anni '30, e l'attenta analisi delle vicende storiche dei vari mercati, hanno dimostrato che, per mantenere un mercato

³⁴ In questo senso, G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Dir. amm. e soc. civ.*, I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, 199; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati, Tecnica, politica e democrazia*, cit., 16 ss.

concorrenziale, non ci si può fidare dell'autonomia privata e delle normazioni codicistiche. I concorrenti, lasciati a sé stessi, tendono a distruggere la concorrenza, a creare monopoli e oligopoli, a stabilire intese anticoncorrenziali, ad approfittare delle diversità e di dimensioni e delle asimmetrie informative per non concorrere ad armi pari. La stessa concorrenza, quando scompare, bisogna ricrearla e, quando non c'è, bisogna inventarla artificialmente con strumenti giuridici³⁶. Sul piano della natura dei poteri esercitati ne discende altresì che «l'attività di regolazione e di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investa sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolatoria o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che costituisce il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa»³⁷. Pertanto, secondo tale orientamento, se da un lato l'indipendenza dalla politica rappresenterebbe un elemento imprescindibile del modello delle autorità di regolazione indipendenti, dall'altro, ai poteri ad esse assegnati andrebbe riconosciuta natura propriamente discrezionale, ponendo tuttavia non pochi problemi in ordine all'assenza di una legittimazione democratica delle scelte politiche operate da tali soggetti³⁸.

Un diverso e altrettanto autorevole orientamento³⁹ ha invece sostenuto il

35 Tale linea di pensiero è ascrivibile a Fabio Merusi. Si v. in particolare F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit.; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit.; nello stesso senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.; E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 99 ss.

36 F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., 16.

37 F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit., 179.

38 In senso critico, M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, 95 ss.

39 Tra i sostenitori di tale indirizzo, con particolare riferimento alla tesi che sostiene il carattere condizionale della funzione di regolazione svolta dalle autorità indipendenti, si segnalano in particolare SABINO CASSESE (*Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1987, 47 ss.; ID., *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss.; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici*, in Econ. pubbl., 5, 1995, 5 ss.; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), CLAUDIO FRANCHINI (*Le autorità amministrative indipendenti*, cit.), LUISA TORCHIA (*Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit.), GIULIO VESPERINI (*Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. banca e mercato finanziario, I, 1990, 415 ss.), MARCELLO CLARICH (*Per uno studio sui*

carattere neutrale della funzione regolatoria negando (almeno in linea di principio⁴⁰) la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione che, alla luce della posizione di neutralità e terzietà che queste ultime assumerebbero rispetto agli interessi in gioco⁴¹, andrebbe invece ricostruita in termini paragiurisdizionali⁴². Per quanto di interesse ai fini della nostra analisi vale la pena sottolineare come tale orientamento, nell'offrire una risposta al problema dell'assenza di legittimazione democratica di tali autorità che discende dal riconoscimento della natura pienamente discrezionale dei relativi poteri, si fonda sull'assunto secondo cui l'esercizio di questi ultimi non implicherebbe affatto l'adozione di scelte politiche in quanto «l'assetto degli interessi rilevanti è definito direttamente dalle legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità»⁴³. Essendo volta a definire le regole e le condizioni per lo svolgimento dell'attività privata, la regolazione condizionale non sarebbe infatti tesa a soddisfare un interesse pubblico bensì «alla garanzia di situazioni soggettive

poter dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit.; *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; ID., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 14/2018) e GIULIO NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005).

40 Le tesi ascrivibili a tale filone sono estremamente articolate e variegate. Tuttavia, proprio la concezione in termini restrittivi della discrezionalità amministrativa in senso proprio nell'ambito della regolazione indipendente pare rappresentare un carattere comune. Nel senso di non escludere completamente la natura discrezionale di taluni poteri delle autorità di regolazione v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., 55 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 419.

41 Si veda al riguardo C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 34, secondo cui le autorità di regolazione operano in «una posizione di estraneità e di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti». Nello stesso senso S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 135 ss.; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, cit., 306 ss.; A. Massera, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 135 ss.

42 In questo senso M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77 ss. *Contra* v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 31; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 180 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 95 ss. In virtù del riconoscimento della natura paragiurisdizionale dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti c'è chi si è chiesto «perché mai, una volta ravvisata la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela altamente specializzato e circondato da speciali garanzie di indipendenza, non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente, per così dire in primo grado, il Garante agli organismi giurisdizionali» (M. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro It.*, V, 1998, 51).

43 L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., 60.

private», controllando che l'equilibrio tra tali situazioni giuridiche soggettive fissato dalle norme «sia raggiunto e mantenuto».⁴⁴ Ne consegue, pertanto, che l'attività di regolazione dei mercati svolta dalle autorità indipendenti implicherebbe – salvo che nei casi in cui sia la stessa norma attributiva del potere ad assegnare ad esse la possibilità di specificare e applicare regolazioni di carattere finalistico o prudenziale, operando scelte politiche sulla base di parametri tecnici – solo accertamenti e valutazioni di carattere tecnico, non potendo tradursi in «un apprezzamento discrezionale per gli interessi in gioco. Tale apprezzamento e l'assetto che ne consegue sono per intero determinati dalla legge: all'autorità indipendente spetta di agire per mantenere e garantire tale assetto»⁴⁵.

Un terzo filone interpretativo⁴⁶ del fenomeno in esame è, infine, quello che negando il carattere neutrale della funzione di regolazione ne afferma invece il carattere pienamente politico-discrezionale⁴⁷, sottolineando come l'esercizio dei relativi poteri implichi sempre e comunque – in quanto necessitato dall'ordinamento costituzionale a garanzia dei diritti protetti da quest'ultimo – la ponderazione di interessi pubblici, e non necessariamente solo sulla base di parametri tecnici. Tale tesi, tuttavia, nel riconoscere la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione in ragione dell'imprescindibilità della ponderazione di interessi pubblici nell'ambito delle relative scelte amministrative⁴⁸, finisce per portare alle estreme conseguenze il problema del *deficit* di legittimazione democratica di tali amministrazioni, la cui soluzione si spinge fino a ritenere l'esistenza di una riserva generale di indirizzo e di controllo del Parlamento e del Governo sull'attività di queste ultime, tale da dar luogo a significative contraddizioni rispetto al modello dello Stato regolatore.

A parere di chi scrive sia il primo che il secondo orientamento elaborato dalla dottrina colgono aspetti senz'altro condivisibili – come la ricostruzione del fenomeno in esame in termini di adattamento della nostra Costituzione

⁴⁴ *Ibidem*, 61.

⁴⁵ *Ibidem*, 63.

⁴⁶ In tale filone interpretativo sono riconducibili le tesi di MICHELA MANETTI (*Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007).

⁴⁷ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 157 ss.

⁴⁸ Secondo Manetti le funzioni esercitate dalle autorità di regolazione avrebbero natura propriamente politico-discrezionale non solo in virtù di quanto previsto dalla norma attributiva del potere ma in ragione del fatto che la tutela degli interessi pubblici costituzionalmente garantiti imporrebbe in ogni caso una ponderazione al fine di evitare il sacrificio di questi ultimi.

economica e delle forme di intervento pubblico nell'economia alla Costituzione economica europea o il carattere di neutralità rispetto agli interessi in gioco che connota senz'altro alcuni aspetti dell'attività di regolazione dei mercati – senza tuttavia giungere ad una spiegazione compiuta e unificante del fenomeno in esame dal punto di vista della natura dei poteri di regolazione e delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio di questi ultimi.

Del resto, a tale risultano non sembra possibile pervenire proprio alla luce della natura pluriforme del fenomeno in esame e dell'impossibilità di sviluppare un'analisi delle attività di regolazione in termini meramente astratti, senza tener conto della profonda diversità delle forme attraverso cui il potere di regolazione si manifesta in concreto. Perciò, con riferimento ai più modesti obiettivi del presente lavoro, le considerazioni poc'anzi esposte portano a ritenere necessario adottare un approccio che guardi in modo specifico ai mercati digitali e che, pur lasciando come sfondo le ricostruzioni del fenomeno proposte dalla letteratura, si sforzi di coglierne i tratti distintivi ritenuti utili ai fini di una rilettura unitaria del fenomeno.

In ogni caso, a prescindere da tale articolato dibattito, i confini della funzione regolatoria, dato il carattere sussidiario di quest'ultima⁴⁹, chiamata ad intervenire in chiave preventiva o risolutiva dei fallimenti del mercato al fine di assicurare il massimo godimento possibili dei diritti fondamentali, inteso quale finalità principale dell'ordinamento democratico-costituzionale, sembrerebbero potersi rintracciare all'interno di due polarità: da un lato la legge e, dall'altro, l'atto amministrativo il quale potrà essere, a seconda dei casi, a contenuto generale o puntuale, assumere carattere discrezionale o vincolato, a seconda del potere amministrativo (esplicito o implicito, come avviene nel caso della *nudge regulation*⁵⁰) di volta in volta esercitato in forza della base legislativa che lo legittima. Si tratta, pertanto, di uno spazio istituzionale⁵¹ particolarmente ampio e variegato, all'interno del quale convivono atti di diritto privato che si radicano all'interno di un contesto decisionale definito dalla regola(menta)zione pubbli-

49 cfr. A.I. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, 46 ss.

50 A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021.

51 In termini più restrittivi, P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuti e regole*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2018, 372 ss. che parla invece di “spazio (interpretativo) che si pone tra la legge e i provvedimenti di vigilanza e sanzione”.

ca⁵², atti amministrativi generali chiamati a dare attuazione sul piano tecnico-discrezionale a disposizioni di legge, atti di indirizzo, atti gestori e, infine, provvedimenti amministrativi a contenuto puntuale aventi, a seconda delle caratteristiche del potere esercitato, natura vincolata o discrezionale. Essa, pertanto, spazia dall'attività di conformazione delle attività economiche ai diritti fondamentali, mediante la legislazione e l'esercizio del potere normativo fino alla regolazione settoriale in virtù della quale alle autorità, nell'esercizio di un potere amministrativo a contenuto discrezionale, è consentito imporre ai destinatari azioni e comportamenti che si traducono in specifici costi e svantaggi, come tali pienamente inquadrabili nel paradigma autorità-libertà su cui si regge la tradizionale funzione amministrativa.

Incidendo sulla struttura organizzativa e sul contesto decisionale all'interno del quale si sviluppano le dinamiche dell'economia digitale e, dunque, influenzando le scelte, i comportamenti e le relazioni che si instaurano tra i vari attori che vi operano, la regolazione dei mercati digitali sembrerebbe posizionarsi proprio nel mezzo di tale ampio spazio – radicandosi nell'art. 41, comma 2, al confine con l'art. 41, comma 3 della Costituzione – in modo non dissimile, rispetto alla *nudge regulation*⁵³ e, sebbene con caratteristiche differenti, alla tradizionale funzione di tutela della concorrenza. Essa, oltretutto, operando all'interno dei mercati digitali e non solo in funzione di limite esterno, si differenzerebbe dall'attività di conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche digitali, ma anche dagli strumenti tradizionali di tutela della concorrenza *ex post*, senza però assumere le sembianze di una regolazione settoriale e, d'altro canto, senza determinare lo scivolamento dei mercati digitali dal terreno dell'organizzazione sociale a quello dell'organizzazione pubblica.

2.2. La regolazione dell'economia come attività propriamente amministrativa e le sue diverse gradazioni con riferimento dall'art. 41 Cost.

La regolazione dei mercati, intesa quale attività propriamente ammini-

⁵² È il caso della *privacy by design* e della co-regolazione a geometria variabile prevista nell'ambito del DSA e del AI Act.

⁵³ La *nudge regulation* e, dunque, “*l'agire amministrativo attraverso il nudge*”, consisterebbe nella “predisposizione di un determinato contesto decisionale” al fine di influenzare i comportamenti e le scelte delle persone: “*ogni volta che vi è influenza, sia pure non cogente, un tale fenomeno evoca immediatamente un fatto riconducibile al potere*” (A. ZITO, *La nudge regulation* ..., cit., 89)

strativa diversa dalla mera attività di normazione, che si inquadra nella dialettica autorità-libertà che caratterizza il rapporto tra il pubblico potere e i soggetti privati, si pone in modo sostanzialmente differente a seconda che ci si trovi nell'ambito del comma 2 o del comma 3 dell'art. 41 della Costituzione.

Essa, con riferimento all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. può porsi sia come mera attività di conformazione, fungendo da limite esterno rispetto alla libertà di iniziativa economica, intervenendo nella fase attuativo-esecutiva del precetto normativo o in sede di esercizio delle funzioni di vigilanza e del potere sanzionatorio; sia, con specifico riferimento ai processi di scambio che si svolgono sui mercati, come attività volta a preservare la struttura organizzativa concorrenziale di questi ultimi, intesa quale condizione essenziale tanto per il loro corretto funzionamento, quanto per la preservazione della struttura pluralistica della società.

Quest'ultimo sembra essere proprio il caso della regolazione concorrenziale dei mercati, laddove l'esercizio del potere amministrativo non traducendosi semplicemente in una mera attività di conformazione ai diritti fondamentali dell'attività privata opera non quale limite esterno quanto piuttosto come limite interno, incidendo cioè sui processi di scambio posti in essere dagli attori del mercato nell'esercizio dei propri poteri privati, al fine di preservare un assetto organizzativo dei mercati funzionale alla cooperazione tra tali attori, siano essi imprese o consumatori, assicurando modalità di interazione tali da garantire la libertà di scelta (e dunque la sovranità della persona) secondo il principio di razionalità economica.

La preservazione del principio organizzativo concorrenziale all'interno dei mercati rappresenta perciò una specifica forma di regolazione amministrativa che non si riduce però in un'attività di conformazione dell'attività privata ai diritti fondamentali, laddove invece il massimo godimento dei diritti fondamentali viene perseguito da tale funzione solo indirettamente, attraverso un esercizio del pubblico potere teso a regolare all'interno delle dinamiche dei mercati, le sfere di autonomia e di libertà dei vari attori coinvolti nei processi di scambio, con l'«obiettivo di reimmettere il mercato, quale istituzione fondamentale in cui si incardina gran parte dell'azione economica che si svolge nelle società contemporanee, dentro la complessa costellazione di valori che caratterizzano

un ordinamento giuridico democratico, il quale ben difficilmente può tollerare la presenza al proprio interno di poteri privati di fatto in grado di ledere o limitare le sfere di eguale autonomia e libertà riconosciute agli attori economici anche nei loro rapporti reciproci»⁵⁴.

In questa prospettiva ben si comprende allora come tale funzione di regolazione, pur operando pienamente all'interno del perimetro della società, secondo l'interpretazione del comma 2 dell'art. 41 Cost. che si è assunta come base di partenza del ragionamento, sia da un lato pienamente inquadrabile come attività amministrativa avente caratteristiche specifiche, non riconducibili alla mera attività di conformazione; e, dall'altro, come essa risulti pienamente compatibile con la disciplina *antitrust*, tanto nella sua versione più tradizionale⁵⁵ quanto, come si dirà meglio in seguito con riferimento al Digital Market Act, in relazione alle nuove forme di regolazione della concorrenza *ex ante* che sembrano farsi strada quale risposta al capitalismo digitale⁵⁶.

Con riferimento invece ai fini sociali di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost., anche quando assume caratteri regolatori, l'intervento pubblico presenta caratteristiche del tutto diverse. In questi casi l'iniziativa economica non cessa di essere privata ma i suoi fini e le modalità attraverso cui essa viene concretamente svolta risultano alterati dall'esercizio di poteri di amministrazione attiva tesi ad imprimere un indirizzo e coordinamento sull'attività privata, nel rispetto della riserva di legge, funzionale al conseguimento di fini sociali che, integrandoli, si sovrappongono a quelli privati⁵⁷. Con la conseguenza che laddove l'esercizio di tali poteri regolatori non sia in grado di conseguire i fini sociali in modo adeguato, a "fini di utilità generale" connessi alla natura di "interesse generale" dell'attività economica privata ritenuta necessaria alla soddisfazione dei di-

⁵⁴ A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 812.

⁵⁵ Sulle diverse concezioni di concorrenza v. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, 2010, Torino, 97 ss., 108.

⁵⁶ Per una panoramica generale si rinvia ai pregevoli contributi pubblicati sul numero speciale (n. 29/2022) della Rivista concorrenza e mercato con particolare riferimento a A.P. MASSARO, *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: a Comparative Perspective between the European Union, Germany, and Italy*, 13 ss. e C. PONCIBÒ, L. ZOBOLI, *Il diritto della concorrenza nei mercati digitali fra eccessi di regolamentazione ed esperimenti normativi: il caso delle Regulatory Sandboxes*, 43 ss.

⁵⁷ È il caso dell'organizzazione economica privata di interesse pubblico (cfr. R. CADERAZZI, *L'organizzazione economica privata di interesse pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 379-393).

ritti fondamentali, non resterà che riservare o trasferire l'attività economica a soggetti pubblici ai sensi dell'art. 43 Cost., determinando così la sottrazione di una data attività di preminente interesse generale, nel rispetto della riserva di legge assoluta, alla libera iniziativa economica e, dunque, una contrazione degli spazi di autonomia della società sebbene pur sempre in funzione del massimo godimento possibile dei diritti fondamentali.

2.3. Gli indizi sulla fondatezza dell'interpretazione rights-driven della Costituzione economica alla luce della regolazione europea del fenomeno digitale

Una volta riportata la questione dell'equilibrio tra poteri pubblici e privati sui binari della circolarità tra diritti fondamentali, Costituzione economica e regolazione amministrativa, il tentativo di parte della dottrina di proporre un'interpretazione (per così dire) “*rights-driven*” degli artt. 41 e 43 Cost., in funzione cioè del regime costituzionale, interno ed eurounitario, dei diritti fondamentali, superando così l'idea secondo cui la garanzia delle pretese concernenti i diritti fondamentali dipenderebbe sempre da «una scelta della maggioranza politica attraverso la legge o l'organizzazione amministrativa, in base ad essa e nei limiti delle sue risorse organizzative e finanziarie, nonché delle sue valutazioni discrezionali ovvero (d)alla sola regolazione nell'interesse del mercato»⁵⁸, appare estremamente sensato specie laddove si guardi alla portata problematica della relazione tra capitalismo digitale e democrazia liberale che è alla base dell'attivismo dell'UE sul fronte della regolazione dei poteri digitali.

Ed è infatti proprio su questo specifico campo che sembrerebbe possibile trarre qualche indizio circa la fondatezza di tale ricostruzione alla luce di tre caratteristiche rinvenibili dall'osservazione della regolazione dei poteri digitali di matrice eurounitaria. La prima riguarda il fatto che tale regola(menta)zione trae il proprio fondamento nella necessità di conformare le attività poste in essere dai poteri digitali ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, sul presupposto dell'insufficienza a tal fine dei soli strumenti di autoregolamentazione⁵⁹ a disposizione di tali attori. Il secondo riguarda il fatto che, trattandosi

⁵⁸ L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit.

⁵⁹ Sul rapporto tra regolazione e autoregolamentazione v. A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 225-227. secondo il quale inquadra tale fenomeno nell'ambito dell'autonomia

appunto di una attività di conformazione, sul piano dell'ordinamento interno tale attività si inquadra pienamente nel modello di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. Essa pone infatti limiti esterni all'autonomia di tali attori economici al fine di preservare la compatibilità delle relative attività con l'utilità sociale e, dunque, senza realizzare alcuna compressione degli spazi di autonomia della società mediante l'esercizio del potere amministrativo, eccezion fatta per quello normativo, di vigilanza, sanzionatorio e di influenza tipico della *nudge regulation*. Il terzo riguarda, infine, la specifica natura e funzione che i nuovi strumenti di regolazione *ex ante* della concorrenza – integrando l'approccio tradizionalmente *ex post* della disciplina antitrust – svolgono sui mercati digitali, con particolare riferimento all'attività delle piattaforme.

L'evidenziata specificità del DMA nell'ambito della regolazione europea dei poteri digitali non nega il suo carattere *rights-driven*, né la sua riconducibilità all'interno del paradigma dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2 Cost. Il DMA non dà perciò luogo ad alcuno scivolamento della tutela della concorrenza sul terreno della regolazione settoriale, confermando invece la natura pienamente amministrativa della tutela della concorrenza e la sua collocazione all'interno della funzione di regolazione dei mercati, intesa non come semplice attività di conformazione delle attività economiche private ai diritti fondamentali, né come attività di regolazione settoriale riconducibile al modello dell'art. 41, comma 3 Cost.

Ciò che caratterizza tale funzione è il fatto che essa, sia quando opera *ex ante* sia quando *ex post*, implica il dispiegamento del potere amministrativo en-

privata collettiva, distinguendo quella libera da quella legittimata (sulla base di una fonte legale). In entrambi i casi, rileva l'Autore, “siamo in presenza di norme poste in essere dagli stessi soggetti destinatari, ma solo nel secondo la produzione avviene in base alla legge, perché nel primo caso la normazione è espressione di una volontaria iniziativa dei privati, non specificatamente autorizzata dalla legge. [...] in base al principio di libera iniziativa economica, fondamento costituzionale dell'autonomia privata (art. 41 cost.), esiste una presunzione di liceità per qualsiasi fenomeno giuridico che si svolge nella sfera dei privati. Ne consegue, altresì, che l'autonomia privata *hors de la loi* (fuori di una specifica autorizzazione legale) non può essere comunque *contra legem*. È possibile, altresì, che l'autonomia privata libera si svolga in ambiti disciplinati da fonti legali: qui si verifica una concorrenza di fonti private e fonti pubbliche. Così, ancora, può accadere che attività collettiva libera li legittimata *ex post* dall'ordinamento giuridico statale” (ivi, 226). Per un'analisi della *self-regulation* dal punto di vista del sistema delle fonti, con particolare riferimento ai codici di condotta, v. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011 e H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

tro il perimetro dei mercati digitali al fine di preservare l'operatività al suo interno del principio organizzativo concorrenziale inteso quale derivazione sul terreno degli scambi di mercato del principio costituzionale pluralistico, necessario presupposto ai fini della realizzazione dei diritti fondamentali della persona. L'esercizio di tale potere è dunque volto a preservare certe caratteristiche strutturarli dei mercati in funzione di garanzia rispetto al conseguimento dei presupposti organizzativi necessari ai fini del pieno spiegarsi delle libertà e dei diritti fondamentali nell'ambito dei contesti di mercato a pieno titolo ascrivibili entro il perimetro dell'organizzazione sociale. Le sue caratteristiche, perciò, non determinano affatto una riduzione degli spazi di autodeterminazione della società, contribuendo piuttosto alla conformazione del contesto organizzativo in cui si sviluppa l'attività economica privata ai diritti fondamentali e, dunque, al *market design* piuttosto che alla più tradizionale *market protection*.

3. La multidimensionalità dei (nuovi) poteri digitali e le caratteristiche della “regolazione” europea della privacy, dei servizi digitali e dell'intelligenza artificiale

Delineato lo sfondo all'interno del quale si intende collocare l'analisi della regolazione dei mercati digitali, con riferimento al crescente potere degli attori economici digitali e dei soggetti che fanno massivo ricorso ai sistemi algoritmici risulta ormai evidente come la risposta al dilemma della democrazia liberale a cui si è fatto riferimento richieda una rinnovata consapevolezza sulla portata costituzionale delle questioni⁶⁰, oltre che strumenti di intervento adeguati alle sfide.

Le sfide poste dalla digitalizzazione dell'economia e dalle caratteristiche dei suoi nuovi attori possono essere ricondotte sostanzialmente a tre questioni di fondo. La prima, come si è già rilevato, riguarda il superamento dell'idea stessa di poter collocare l'azione (non solo economica) dei poteri digitali al di fuori della trama costituzionale, ovvero, di poter sacrificare in nome della libertà di espressione altri valori fondamentali, anch'essi costitutivi delle nostre democrazie liberali. La seconda riguarda la possibilità, una volta riconosciuta l'esi-

⁶⁰ Come già diffusamente argomentato in F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, cit.

genza di stabilire regole e porre limiti ai poteri digitali, di rimettere l'adozione di tali misure alla sola sfera privata, attraverso gli strumenti di *self-regulation*, piuttosto che a quella pubblica dell'eteroregolazione, nella consapevolezza della sua maggiore rigidità, minore flessibilità e incapacità di seguire il passo dell'evoluzione tecnologica. La terza, infine, riguarda la possibilità di delineare forme di co-regolazione in grado di tenere insieme la regola(menta)zione pubblica a fini della conformazione delle attività economiche poste in essere attraverso le nuove tecnologie o all'interno dei contesti digitali con l'autoregolazione, al fine di conseguire tale conformazione anziché mediante l'esercizio diretto dell'autorità, attraverso la (più efficiente sul piano allocativo) spontanea adesione dei destinatari, intervenendo cioè sulla definizione del contesto decisionale (anziché sulla decisione in sé) all'interno del quale gli attori digitali sono chiamati ad esercitare la propria libertà di scelta e, solo in via sussidiaria, mediante il ricorso al potere autoritativo.

Quanto alla prima sfida, guardando più specificatamente al diritto dell'economia e alle sue evoluzioni con riferimento al contesto digitale, ciò rinvia all'esigenza di rifocalizzare l'attenzione sulle sue radici costituzionali al fine di allargare consapevolmente lo spettro degli obiettivi politico-costituzionali alla base della regolazione della *digital economy*, adeguando gli strumenti a disposizione dei pubblici poteri alla varietà dei diritti fondamentali potenzialmente interessati dal fenomeno, alla diversa struttura dei mercati digitali, alla multidimensionalità dei poteri privati che agiscono nel contesto digitale e alle diverse dinamiche che si svolgono sui mercati, sempre nell'ottica di preservare un equilibrio dinamico tra poteri privati e poteri pubblici, funzionale alla tenuta del sistema liberal-democratico.

Nei contesti digitali, del resto, è la stessa dicotomia tra pubblico e privato ad essere destinata ad assumere una portata differente⁶¹ rispetto al passato in ragione della difficoltà di ascrivere i nuovi attori dell'economia digitale, nell'uno o nell'altro campo. La regolazione di tali attori economici in funzione del raggiungimento di quell'equilibrio su cui si è storicamente ancorato il rapporto tra capitalismo democratico e democrazia liberale è infatti resa complicata dalla

⁶¹ cfr. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, DPCE Online, 51, 1, 2022, 253 ss.

difficoltà di applicare, con riferimento alla natura dei soggetti e delle attività svolte da questi ultimi, le categorie giuridiche tradizionali che si fondano proprio sulla dicotomia privato-pubblico. Al netto di tale complicazione di non poco conto, pare però difficile negare il fatto che, pur senza voler mettere in discussione la natura formalmente privata di tali attori e, dunque, il loro radicamento al di fuori della soggettività pubblica, l'attività svolta da tali organizzazioni, sebbene abbia ad oggetto (almeno in via diretta) l'amministrazione di interessi privati – specie alla luce dell'introduzione dei sistemi algoritmici, come l'Intelligenza Artificiale, in grado di generare «contenuti, previsioni, raccomandazioni e decisioni» (art. 3, par. 1, n. 1, AI Act) e, in tal modo, di superare di fatto il monopolio della persona quale unico soggetto agente⁶² –, sia tale da lambire (almeno indirettamente) interessi pubblici finendo, talvolta, anche per concorrere (in positivo così come in negativo) al perseguimento di fini pubblici o all'esercizio delle funzioni amministrative ovvero di attingere a risorse (es. dati) che, sebbene private, in funzione dell'utilizzo che se ne fa possono acquisire uno specifico interesse pubblico. Ciò significa, in altre parole, riconoscere che l'esercizio del potere digitale non afferisce solo alla dimensione squisitamente imprenditoriale, rilevando invece sul piano dell'interesse pubblico e del corretto assetto dei rapporti tra i vari interessi in gioco in funzione dell'attuazione delle finalità dell'ordinamento costituzionale.

La multidimensionalità dei poteri digitali e le implicazioni del paradigma tecnologico sul governo dei flussi informativi comportano anche che il capitalismo digitale sia solo in parte sovrapponibile a quello che abbiamo conosciuto come capitalismo democratico⁶³. Ciò significa che la possibilità che il capitali-

62 D. ANTISERI, *L'individualismo metodologico. Una difesa*, in D. Antiseri, L. Pellicani, *L'individualismo metodologico una polemica sul mestiere dello scienziato sociale*, Milano, 1992, 39 ss.; Y.N. HARARI, *Nexus. A Brief History of Information Networks from the Stone Age to AI*, (trad. It.) Nexus. Breve storia delle reti di informazione dall'età della pietra all'AI, Bompiani, Firenze-Roma, 2024, 21.

63 Con l'espressione capitalismo democratico, riprendendo l'insegnamento di MICHAEL NOVAK (*Lo spirito del capitalismo democratico e il cristianesimo*, Studium, Roma, 1982), si vuole intendere il connubio tra “tre sistemi dinamici e convergenti che funzionano come un tutt'uno”, alimentandosi reciprocamente, e cioè: un'economia prevalentemente di mercato, una forma di governo rispettosa dei diritti della persona alla vita, alla libertà e alla felicità e un sistema di istituzioni culturali animate da ideali di libertà e giustizia per tutto, laddove il pluralismo rappresenta il vero elemento di novità di tale sistema economico rispetto ad ogni altra forma di economia politica. Secondo Novak, il capitalismo democratico non è infatti soltanto un sistema di libera iniziativa: “esso è incastonato in una struttura pluralistica, ove è previsto che esso sia controllato da un sistema politico e da un sistema etico-culturale” (ivi, 63). Per poter funzionare correttamente, “il suo

smo digitale risulti compatibile con la democrazia liberale, con il pluralismo e con il regime della verità su cui si regge lo stato costituzionale rappresenta solo un'eventualità⁶⁴ laddove spetta pertanto proprio alla regolazione il compito di porre il capitalismo digitale sui binari delle democrazie liberali, orientandone le caratteristiche in funzione del pluralismo e della promozione della dignità umana. In questo senso, la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, approvata nel dicembre 2022 dal Parlamento Europeo, dal Consiglio e della Commissione Europea, esprime perciò un impegno diretto da parte dell'Unione Europea verso l'obiettivo di «promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso».

Alla luce di tali considerazioni, con riferimento alla seconda sfida, occorre poi sottolineare come – pur non essendo esente da criticità e rischi – solo l'etero-normazione/regolazione pubblica sembra in grado di fornire una risposta credibile rispetto all'esigenza di tutelare le libertà e i diritti fondamentali e, con essi, la tenuta stessa dei nostri ordinamenti democratici contro i rischi di influenza e manipolazione⁶⁵ dei processi politico-amministrativi.

Tra gli elementi che sembrano avvalorare tale tesi, riprendendo quanto mirabilmente evidenziato da Luisa Torchia, sarebbero da annoverare, da un lato, l'insufficienza degli strumenti sin qui messi in campo dalle piattaforme digitali per controllare la diffusione di contenuti violenti, osceni, offensivi della dignità umana o semplicemente illeciti secondo le regole generali dell'ordinamen-

sistema politico deve svolgere molto ruoli legittimi nella vita economica, da quello di proteggere la solidità della valuta a quello di regolare il commercio internazionale e la concorrenza interna. Anche il suo sistema etico-culturale deve svolgere molti ruoli legittimi e indispensabili alla vita economica, da quello di incoraggiare l'autocontrollo, l'impegno nel lavoro, disciplina e sacrificio in vista del futuro, a quello di insistere su generosità, compassione, integrità e interesse per il bene comune (ivi, 64).

⁶⁴ Allo sviluppo del tema sul piano della circolarità tra verità, cultura e costituzione e dell'impatto del capitalismo digitale è dedicato il lavoro di ricerca promosso dall'Istituto di Studi Politici San Pio V che sarà pubblicato sul numero in uscita della rivista *Power and Democracy* (F.G. ANGELINI, *I poteri digitali nelle democrazie liberali: prospettive economico-costituzionali*, in *Power and Democracy*, in corso di pubblicazione).

⁶⁵ Sul punto si rinvia a L. FABIANO, *Le potenzialità manipolati e della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/2023, 597 ss., la quale dopo aver evidenziato le implicazioni delle odierne ICT sui sistemi democratici, sottolinea *“la necessità di superare l'iniziale, forse oramai ingenuo, approccio liberista e prendere atto che anche nell'eco sistema digitale la teoria della mano invisibile può rivelarsi del tutto fallimentare”*.

to; dall'altro, il rischio stesso che la *self-regulation*, stante l'ampiezza del fenomeno digitale e della sua trasversalità, possa alimentare l'idea di una "sovranità digitale" in capo alle piattaforme tale da rafforzare ulteriormente il potere privato di cui sono detentrici, fino al punto da giungere ad una configurazione dei sistemi di autoregolazione adottati da tali soggetti come veri e propri ordinamenti giuridici in grado di incidere, per le loro caratteristiche, significativamente sulle libertà fondamentali, senza che sia possibile prevedere idonei rimedi o correttivi⁶⁶.

Un approccio consapevole sul piano democratico-costituzionale alla regolazione digitale ha perciò indotto il legislatore europeo a preferire l'etero-normazione/regolazione alla *self-regulation* delineando quello che, non a caso, è stato definito da Anu Bradford un *rights-driven regulatory model*⁶⁷ nel quale proprio la tutela dei diritti fondamentali e la promozione di un mercato concorrenziale rappresentano le linee di fondo⁶⁸.

Esso, con riferimento alla terza sfida, se da un lato testimonia la consapevolezza del legislatore europeo circa le ricadute costituzionali dei problemi posti dall'economia digitale, dall'altro, è però consapevole del ruolo sempre più cruciale dei destinatari della regola(menta)zione pubblica ai fini della sua effettività

66 Il rischio è infatti che la *self-regulation* "finisca per essere una sorta mera devoluzione di potestà normative ai nuovi "poteri privati"; una sorta di rinuncia alla funzione ordinante propria delle organizzazioni pubbliche statali (o sovra-statali) o di acquiescenza generalizzata alla forza dei fatti e alla potenza pratica della *self-rule*, che così torna ad essere al fondo, espressione di sovranità piuttosto che autonomia" (così, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1031 ss.; in questi termini anche L. TORCHIA, *cit.*)

67 A. BRADFORD, *cit.*, 9-10. Il modello UE, rileva Bradford, da un lato, cerca di bilanciare il *right to free speech* con una serie di altri diritti fondamentali, tra cui la dignità umana e il diritto alla *privacy*; dall'altro, è orientato a migliorare e non a limitare i diritti dei cittadini nei confronti sia delle aziende tecnologiche che dello Stato. Tale modello rimarca il fatto che la transizione digitale debba essere saldamente ancorata allo stato di diritto e alla dinamica democratica e, per questo, mostra preoccupazione rispetto al fatto che gli attori dell'economia digitale non comprendano i pilastri della democrazia costituzionale o non rispettino di diritti fondamentali degli utenti, mostrando propensione a che il governo guidi l'economia digitale in funzione della piena attuazione di quei diritti ritenuti fondamentali per una società democratica liberale.

68 Il modello *rights-driven*, secondo Bradford, si sviluppa nei seguenti campi: (i) della salvaguardia dei diritti fondamentali (con particolare riferimento al settore della *privacy*, alle applicazioni dell'intelligenza artificiale potenzialmente sul piano dei diritti della persona e alla protezione della libertà di espressione); (ii) della preservazione e del rafforzamento dei presupposti della democrazia (con particolare riferimento al contrasto alle fake news e agli hate speech e alla preservazione del pluralismo nel settore dei media); (iii) della promozione dell'equità sociale e della solidarietà (con particolare riferimento alla tutela della concorrenza tanto nei mercati digitali quanto in quelli tradizionali interessati dalla transizione digitale, alla tassazione dei giganti della rete e, infine, alla tutela dei lavoratori delle piattaforme digitali).

e, dunque, della necessità di preservare uno spazio più o meno ampio di collaborazione all'interno del processo di normazione/regolazione. Ciò si traduce in una peculiare modalità di regolazione che, pur integrando il passaggio dall'autoregolazione all'eteroregolazione dei poteri digitali⁶⁹, è però in grado di porsi su una linea di confine tra di esse, prevedendo che la conformazione dell'attività economica digitale ai diritti fondamentali si realizzi, nella fase attuativo-esecutiva della regola(menta)zione pubblica, (anche) attraverso il coinvolgimento dei destinatari, con intensità e modalità diverse a seconda del settore di intervento, del grado di rischio e degli interessi di volta in volta in gioco.

3.1. Il GDPR

Il Regolamento (UE) 2016/679, noto come GDPR, in vigore dal 24 maggio 2016 e applicato dal 25 maggio 2018 in sostituzione della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati, è stato il primo rilevante intervento regolatorio europeo destinato ad incidere in modo significativo, pur non avendo direttamente ad oggetto le tecnologie digitali, sulle attività economiche svolte nel contesto digitale. Tale *corpus* normativo risulta poi integrato dalla Direttiva sull'applicazione della legge sulla protezione dei dati (Direttiva n. 680/2016), in vigore dal 5 maggio 2016, e dal Regolamento (UE) n. 2018/1725, in vigore dall'11 dicembre 2018, ove sono definiti i doveri e i poteri del Garante europeo della protezione dei dati.

Il GDPR, codificando molte delle posizioni in precedenza già espresse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁷⁰, mira a proteggere «i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali» (art. 1, comma 2), abbandonando la connotazione

69 Rileva in proposito L. TORCHIA, *cit.* come sebbene le piattaforme abbiano tentato di “dimostrare l'inutilità di una regolazione pubblica [orientandosi verso l'adozione di] misure di autoregolazione, sulla base dell'approccio prevalente dell'ordinamento americano, secondo il quale l'autoregolazione è sempre preferibile all'eteroregolazione, anche in ragione della flessibilità della prima rispetto alla rigidità della seconda”, la constatazione dell'enorme concentrazione di potere accumulato da tali soggetti, unitamente ad altri fattori, ha favorito il passaggio dall'autoregolazione all'eteroregolazione alla luce “sia la necessità di tutelare numerosi diritti e interessi individuali, collettivi e pubblici, anche rispetto alla libertà di impresa e alla libertà di espressione, sia l'opportunità di stabilire regole e limiti rispetto ad un potere privato dotato di un altissimo grado di autonomia e di indipendenza rispetto a qualsiasi potere pubblico”.

70 O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Potere e Costituzione. Enciclopedia del diritto: i tematici*, Milano, 2023, 434-438.

economicamente orientata propria della precedente Direttiva ed assumendo invece una posizione coerente con l'inserimento della *privacy* all'interno della Carta dei diritti fondamentali, tanto nella sua connotazione statica (art. 7)⁷¹ quanto in quella dinamica (art. 8)⁷². Coerentemente con tale riconfigurazione sul piano costituzionale del diritto alla *privacy*, il GDPR ha perciò un ambito di applicazione più ampio rispetto alla normativa precedente e introduce un approccio nuovo alla protezione dei dati: da un lato, esso amplia i diritti riconosciuti in capo ai singoli ai fini del controllo sul modo le loro informazioni personali vengono raccolte e trattate; dall'altro, pone in capo ai soggetti titolari del trattamento di tali dati un maggior numero di obblighi, ampliando le responsabilità in capo a tali soggetti in materia di trattamento e protezione dei dati.

Con il GDPR la tutela dei dati personali assume perciò rilievo in funzione della difesa del singolo rispetto alla raccolta e al trattamento illegittimo dei suoi dati personali che – ove trattati in violazione dei principi di liceità, correttezza, trasparenza, minimizzazione, esattezza, limitazione delle finalità e dei tempi di conservazione, responsabilizzazione del titolare, *privacy by design* e *privacy by default* – potrebbero provocare gravi rischi per i diritti e le libertà degli interessati, quali discriminazioni, pregiudizio alla reputazione, privazione dei diritti e delle libertà, perdita di controllo sui propri dati, trattamento di dati sensibili, creazione e uso malevolo di profili e valutazioni di aspetti personali. Tale funzione di tutela si sviluppa perciò sia sul fronte dell'esclusione degli altri dalla propria sfera privata (diritto di escludere), sia su quello del controllo sulla circolazione dei propri dati (diritto di controllare e di autodeterminazione informativa)⁷³, incidendo così in modo significativo anche sulle attività economiche svolte in ambito digitale i cui *business model* si fondano quasi del tutto proprio sul trattamento dei dati personali.

Per quanto di interesse ai nostri fini, oltre all'introduzione di regole più

⁷¹ Tale dimensione rinvia al rispetto della vita privata e della vita familiare (V.G. MARTINICO, *art. 7*, in Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Mastroianni e altri, Milano, 2017, 116 ss.)

⁷² Tale dimensione rinvia invece alla protezione dei dati di carattere personale (O. POLLICINO, M. BASSINI, *art. 8*, in Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Mastroianni e altri, Milano, 2017, 134 ss.)

⁷³ G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. Stanzione, I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy, cit., 70.

rigorose per la selezione e la nomina del responsabile del trattamento e di eventuali sub-responsabili, all'ampliamento dei diritti degli interessati e all'introduzione di criteri più stringenti per il trasferimento dei dati al di fuori dell'UE, il GDPR introduce il concetto di "*privacy by design*" e di *accountability* del titolare del trattamento dei dati, nonché un approccio *risk-based* in base al quale spetta a quest'ultimo fornire idonee garanzie sull'adeguatezza delle misure di sicurezza adottate alla luce dell'obbligatoria valutazione d'impatto. L'attuazione degli obblighi previsti dal GDPR avviene tuttavia anche attraverso l'adozione di codici di condotta⁷⁴, rispetto ai quali le autorità preposte svolgono una funzione sia di promozione che di controllo.

In particolare, nel modello di regolazione adottato dal GDPR le autorità di preposte esercitano i poteri di cui sono dotate ai fini del controllo sui requisiti soggettivi e oggettivi e, laddove valutata l'adeguatezza dei codici di condotta⁷⁵, della successiva registrazione e pubblicazione. Come è stato evidenziato, si tratta di un modello di regolazione che, pur lasciando alcuni spazi all'autonomia privata, presenta una connotazione marcatamente pubblicistica⁷⁶ in quanto incentrato sul ruolo delle autorità indipendenti, rispetto al quale i soggetti privati non sono liberi di adottare i codici di condotta senza la loro preventiva approvazione.

3.2. Il Digital Services Act, il Data Governance Act e il Data Act

Il Regolamento (EU) 2022/2065, denominato Digital Services Act, contiene una disciplina dei servizi digitali innovativa rispetto alla precedente direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE) che, pur non intervenendo in una prospettiva concorrenziale, coerentemente con la sua base giuridica, rinvenibile nell'art. 114 del TFUE, contribuisce a definire una regola(men-

⁷⁴ "Gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese" (art. 40, par. 1).

⁷⁵ "Le associazioni e gli altri organismi di cui al paragrafo 2 del presente articolo che intendono elaborare un codice di condotta o modificare o prorogare un codice esistente sottopongono il progetto di codice, la modifica o la proroga all'autorità di controllo competente ai sensi dell'articolo 55. L'autorità di controllo esprime un parere sulla conformità al presente regolamento del progetto di codice, della modifica o della proroga e approva tale progetto, modifica o proroga, se ritiene che offra in misura sufficiente garanzie adeguate" (art. 40, par. 5).

⁷⁶ A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1031 ss.

ta)zione dei mercati digitali particolarmente stringente in funzione del «corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo»⁷⁷.

Come si legge nella relazione introduttiva al DSA, tale aggiornamento della normativa sul commercio elettronico si è resa necessaria per effetto della velocità con cui i mercati digitali sono cambiati sia del crescente potere accumulato dalle piattaforme digitali, laddove i mercati digitali hanno profondamente mutato le abitudini di vita delle persone e i servizi digitali hanno offerto grandi innovazioni sul piano tecnologico, tali da determinare una sostanziale trasformazione delle attività economiche, determinando tuttavia nuovi rischi che interessano la società nel suo insieme, i singoli individui e le imprese stesse. Il DSA si pone perciò sia come strumento d'innalzamento dei livelli di salvaguardia e valorizzazione di diritti, libertà, interessi meritevoli dell'ordinamento europeo, sia come elemento di limitazione di altri diritti, libertà e interessi, tra cui – nella prospettiva che rileva ai fini della nostra indagine – la libertà d'impresa.

Non potendoci soffermare in questa sede sull'analisi delle singole disposizioni del DSA⁷⁸, ciò che vale la pena mettere in evidenza è il fatto che il perseguimento di tali obiettivi, sul terreno specifico del contrasto ai contenuti illegali e della moderazione del discorso pubblico⁷⁹, avviene attraverso l'introduzione di un complesso sistema di controllo dello spazio digitale che implica l'introduzione di una serie di obblighi differenziati e asimmetrici in capo alle piattaforme digitali e, con un approccio differente rispetto al GDPR, la cooperazione tra queste ultime e le autorità amministrative preposte alla fase *enforcement*. Si tratta di misure diversificate, bilanciate e proporzionate alle responsabilità e ai doveri

⁷⁷ DSA, art. 1.

⁷⁸ Per una disamina più approfondita sia consentito il rinvio ai diversi contributi presenti nei volumi L. BOLOGNINI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Services Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Milano, 2023; F. PIZZETTI, M. OROFINO, E. LONGO, A. IANNUZZI, S. CALZOLAIO, *La regolazione europea della società digitale*, f1Torino, 2024.

⁷⁹ A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. Casolari, *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, f1Law, Innovation and Technology, f115(1), 2023, 83–106.

di diligenza in capo ai diversi prestatori di servizi digitali che presuppongono però lo svolgimento da parte di questi ultimi di un'attività di *risk assessment*⁸⁰ tesa a identificare, con cadenza annuale, i rischi sistemici connessi ai servizi prestati, con particolare riferimento ai contenuti illegali diffusi o alla violazione dei diritti fondamentali.

L'approccio del DSA è dunque differente rispetto a quella del GDPR⁸¹, caratterizzandosi per il fatto di definire un quadro di responsabilità e di obblighi a carico dei prestatori di servizi digitali (siano essi fornitori di servizi di metro trasporto, di servizi di memorizzazione temporanea o di hosting, piattaforme digitali o social media) che, da un lato, risulta fortemente differenziato a seconda della dimensione dei destinatari, distinguendo tra "piattaforme online", destinatarie delle norme di applicazione generale, e "piattaforme online di grandi dimensioni" nei confronti delle quali, prestando servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio pari o superiore a quarantacinque milioni, trovano applicazione norme specifiche; e, dall'altro, introduce un modello di co-regolazione significativamente differente rispetto a quello – a maggiore connotazione pubblicistica – adottato dal GDPR e incentrato sullo strumento dei codici di condotta per l'attuazione degli obblighi previsti in ambito *data protection*, soggetti a forme di controllo preventivo da parte delle autorità preposte.

Nel caso del DSA si tratta invece di un modello di co-regolazione che, sebbene anch'esso inquadrabile quale attività di conformazione ai diritti fondamentali in funzione attuativo-esecutiva dei precetti normativi, prevede il coinvolgimento dei privati e l'assegnazione alle amministrazioni preposte non solo di poteri di controllo e sanzionatori in funzione di *enforcement*, ma anche poteri di amministrazione attiva in capo alla Commissione, esercitabili nell'ambito di quello spazio di dialogo previsto ai fini dell'adozione dei codici di condotta da parte delle piattaforme online di grandi dimensioni che presentino elevati rischi sistemici.

Il Regolamento (UE) n. 2022/868, denominato Data Governance Act,

⁸⁰ DSA, art. 34

⁸¹ Al riguardo O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 439 ha opportunamente evidenziato come il passaggio dal GDPR al DSA/DMA segna l'avvio di una seconda stagione di costituzionalismo digitale segnata dal diverso approccio seguito dal legislatore europeo, passando da un approccio assiologico-sostanziale a uno procedurale.

in vigore dal 23 giugno 2022 e in applicazione dal 24 settembre 2023, modifica il precedente Regolamento (UE) n. 2018/1724 stabilendo le condizioni per il riutilizzo⁸², all'interno dell'UE, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici e introducendo un quadro di notifica e controllo per la fornitura di servizi di intermediazione di dati. Anche tale regolamentazione, definendo una serie di obblighi per i fornitori di servizi di intermediazione dei dati, volti a garantire l'affidabilità della condivisione e della messa in comune dei dati all'interno del mercato unico, contribuisce a plasmare i confini della libera iniziativa economica sui mercati digitali prevedendo un modello alternativo alle pratiche di gestione dei dati delle piattaforme con l'obiettivo di contrastare la concentrazione di ingenti quantità di dati tali da generare gravi asimmetrie informative suscettibili alterare il funzionamento dei mercati digitali e tradizionali.

Il Regolamento (UE) n. 2023/2854, denominato Data Act, entrato in vigore l'11 gennaio 2024 e applicabile dal settembre 2025, interessa invece le *value chains* dell'economia digitale con l'obiettivo di garantire la migliore allocazione del valore delle informazioni tra i diversi attori economici che operano in tale filiera e di tutelare la sovranità degli Stati membri attraverso la riduzione della quantità di dati che, una volta fuoriusciti dal territorio europeo, possono costituire una risorsa preziosa per le autorità e le imprese extra-europee⁸³.

In particolare, il Data Act introduce garanzie rigorose contro l'uso improprio dei dati con l'obiettivo di proteggere i segreti commerciali, la sicurezza informatica, la salute, la sicurezza e la vita privata, consentendo a cittadini e imprese di esercitare un maggior potere di controllo su tutti quei dati che vengono generati giornalmente nei contesti digitali. Da un lato, esso rafforza il diritto alla portabilità dei dati già previsto dall'art. 20 del GDPR; dall'altro, introduce il divieto per utenti e terze parti di condividere i dati con soggetti qualificati come gatekeeper ai sensi del DMA e, per questi ultimi, di costringere gli utenti a

⁸² Sia consentito il rinvio a uno dei primi lavori in tema del riutilizzo dei dati pubblici v. F.G. ANGELINI, *Pubblica Amministrazione digitale*, in L. Bolognini, D. Fulco, P. Paganini (a cura di), *Next Privacy. Il futuro dei nostri dati nell'era digitale*, Milano, 249 ss. Si v. anche F. GASPARI, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali*, Torino, 2016.

⁸³ Così S. TORREGGIANI, *Il Data Act: una versione europea del Data Nationalism?*, in Riv. it. Inf. e dir., 2, 2023, 139.

condividere o ricevere i dati.

Se il DSA introduce un modello di co-regolazione che lascia maggior spazio alla collaborazione dei destinatari privati nella fase attuativo-esecutiva degli obblighi in esso contenuti, differenziandosi rispetto al modello regolatorio adottato dal GDPR, occorre altresì evidenziare come esso, unitamente al Data Governance Act e al Data Act, contribuisce a delineare un quadro regolamentare volto a porre limiti esterni alle attività economiche digitali, inquadrabile come attività volta alla conformazione di queste ultime ai diritti fondamentali e, come tale, pienamente ascrivibile sul piano costituzionale interno all'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.

3.3. L'AI Act

Nella medesima prospettiva poc'anzi richiamata si pone anche l'AI Act: il Regolamento (UE) n. 2024/1689 del 12 luglio 2024 che sarà applicabile a partire dal 2026. Tale intervento normativo, traendo la propria base legislativa sia nell'art. 114 che nell'art. 16, par. 2 del TFUE, ha come obiettivo quello di affrontare i rischi legati all'utilizzo dell'intelligenza artificiale mediante la previsione di quattro diversi livelli di rischio: inaccettabile, elevato, limitato e minimo.

Non essendo questa la sede per analizzare nel dettaglio le previsioni dell'AI Act⁸⁴, ai più limitati fini del presente lavoro basti evidenziare come anche in questo caso l'approccio seguito dal legislatore europeo è stato quello di introdurre disposizioni generali volte a delineare un quadro complessivo nel quale opereranno i sistemi di intelligenza artificiale ritenuto compatibile con i diritti fondamentali.

Coerentemente con il modello di gestione del rischio articolato su quattro livelli, l'AI Act prevede che i sistemi che presentano un rischio inaccettabile,

⁸⁴ Per una più ampia disamina si rinvia a N. RANGONE, *Regolare con intelligenza. Artificiale?*, in A. Lalli (a cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*. Torino, 2024, 179 – 204; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1085 ss.; B. MARCHETTI, *La regolazione del mercato dell'intelligenza artificiale*, in Riv. della regolazione dei mercati, 1, 2024, J. PONCE SOLE, *Il regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in Riv. trim. dir. pubbl., 3, 2024, 825 ss.; in chiave comparata v. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in Riv. della regolazione dei mercati, 2020, 1, 29; B. MARCHETTI, L. PARONA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale. Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un equilibrio*, in DPCE online, 1, 2022, 237-252.

quali i sistemi di *social scoring* e i sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale, siano vietati. Le disposizioni sull'AI vietata, così come pure quelle relative ai sistemi AI ad alto rischio, sono dunque cogenti e il loro rispetto suscettibile di *enforcement* da parte della autorità competenti. Nel caso dei sistemi AI ad alto rischio per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, il regolamento prevede poi che essi siano soggetti a una procedura di valutazione di conformità *ex ante* che si conclude con l'apposizione della marcatura CE.

Al contrario, per i sistemi AI a basso rischio vengono invece previsti obblighi di trasparenza e incoraggiata l'adozione dei codici di condotta. Il regolamento prevede pertanto l'applicazione di tali obblighi su base volontaria e differita, affidata all'auto/co-regolazione secondo quanto previsto dall'art. 69 dell'AI Act, il quale lascia ampio spazio all'autonomia privata, assegnando alle autorità preposte esclusivamente una funzione di promozione tesa ad incentivare l'applicazione volontaria dei requisiti di cui al Titolo III, capo 2.

Si tratta dunque di un modello di regola(menta)zione ad applicazione graduale, che prevede uno spazio a geometria variabile dell'autonomia privata in funzione della conformazione e, per quanto riguarda i sistemi AI ad alto rischio, un'attività di conformazione di matrice chiaramente pubblicistica in funzione di limite esterno.

3.4. La regola(menta)zione rights-driven come attività di conformazione dell'economia digitale ai diritti fondamentali e lo spazio a geometria variabile dell'autonomia privata

La sommaria ricostruzione degli interventi regolatori sin qui passati brevemente in rassegna sembrano dunque confermare il loro ipotizzato carattere di regola(menta)zione *rights-driven* volta alla conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche a vario titolo interessate dal fenomeno digitale.

Esse trovano la propria giustificazione sul piano dell'ordinamento costituzionale interno nell'art. 41, comma 2 e, dunque, nella clausola generale dell'utilità sociale in funzione di limite alla libertà di iniziativa economica. Esse, operando in un contesto di libero mercato e di autonomia privata, definendone i confini e conformandola ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti,

non pongono in essere regolamentazioni settoriali né configurano contesti organizzativi riconducibili alla sfera pubblica.

I vincoli posti dalla regola(menta)zione europea sono infatti funzionali a garantire che l'iniziativa economica si svolga in funzione della massimizzazione dei diritti fondamentali della persona sulla sfera privata, delineando un equilibrio rispetto al raggiungimento del quale concorre sia il potere amministrativo che, a seconda dei casi, come avviene nel caso della co-regolazione, la stessa autonomia privata, secondo il principio di sussidiarietà.

Pertanto, riconosciuta l'insufficienza degli strumenti di autoregolazione ai fini della conformazione dell'economia digitale ai diritti fondamentali, è possibile ritenere che il legislatore europeo abbia introdotto forme di regola(menta)zione pubblica che, come è stato evidenziato⁸⁵, presentano un perimetro a geometria variabile nel quale l'autonomia privata è chiamata a relazionarsi in chiave giuridico-argomentativa con il potere amministrativo in fase attuativo-esecutiva dei precetti normativi. Tale cooperazione, come si è detto, si atteggia in modo differente a seconda della natura degli interessi coinvolti, del grado di rischio insito in talune attività economiche con riferimento alle loro implicazioni sui diritti fondamentali e dell'approccio verticale o orizzontale seguito dal legislatore per risolvere specifici problemi o colmare determinate lacune dell'ordinamento con riferimento al fenomeno digitale.

Ai fini che qui interessano, segnando una differenza sostanziale rispetto al DMA, vale la pena rimarcare il fatto che gli interventi regolatori sin qui analizzati, anche quando prevedono l'esercizio del potere amministrativo, lo fanno in chiave per lo più di *enforcement* e, solo in limitati casi, di amministrazione attiva, potendo incidere direttamente sui contenuti dei codici di condotta nell'ambito della procedura di co-regolazione prevista dal DSA. Essi seguono perciò un approccio diretto alla tutela dei diritti fondamentali che si concretizza attraverso l'apposizione di limiti esterni alla libera iniziativa economica secondo modalità che, a seconda dei casi, possono risultare più o meno eteronome e prevedere l'esercizio del potere amministrativa in fase *ex ante* o *ex post* con finalità pur sempre attuativo-esecutiva della normazione.

⁸⁵ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 439 ss. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit.

Come vedremo nelle pagine che seguono, pur senza negare il comune carattere *rights-driven* del *corpus* normativo che si è soliti identificare come regolazione europea dei mercati digitali, il DMA sembra invece distinguersi dalle discipline richiamate nelle pagine precedenti per il fatto di seguire una traiettoria parzialmente diversa che guarda, non direttamente alla conformazione delle attività economiche digitali ai diritti fondamentali, quanto al contesto organizzativo nell'ambito del quale esse si svolgono, laddove la conformazione di quest'ultimo ai diritti fondamentali richiede un'attività di regolazione propriamente amministrativa che è chiamata ad operare all'interno (e non all'esterno) dei mercati digitali, al fine di creare le condizioni di organizzative funzionali alla massimizzazione dei diritti fondamentali all'interno dei confini della società, intesa quale interesse pubblico⁸⁶ tutelato dall'ordinamento costituzionale.

4. Il DMA e l'approccio *rights-driven* alla regolazione dei gatekeeper sui mercati digitali

Pur dovendone rimarcare le peculiarità rispetto al GDPR, al DSA e all'AI Act, un altro pilastro importante della regolazione europea dei mercati digitali è rappresentato, come si è già accennato, dal Digital Market Act (DMA)⁸⁷, adottato dal Parlamento Europeo con un'ampissima maggioranza, a conferma di una piena adesione anche sul piano politico-culturale nei confronti di tale disciplina. L'obiettivo di tale regolamento, come si legge nelle sue premesse, è migliorare la concorrenza di mercato limitando talune pratiche commerciali poste in essere dai «gatekeeper» digitali e ritenute anticoncorrenziali, sebbene non direttamente sanzionabili sulla base dei tradizionali strumenti di tutela della concorrenza.

Sul piano della disciplina della concorrenza, l'approccio *rights-driven* introdotto dal DMA si traduce perciò: (i) nella necessità di uscire dalle maglie strette

⁸⁶ È agevole cogliere il riferimento a L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 126 secondo il quale “il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona”.

⁸⁷ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

del *more economic approach*⁸⁸ (spesso usato a giustificazione della non interferenza nei mercati, anche digitali) e, dunque, di adottare strumenti di intervento aventi maggiore flessibilità nell'interpretazione e nell'applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza al fine di adattarsi alle mutevoli circostanze economiche e sociali del contesto digitale; (ii) in una riscoperta delle sue basi costituzionali, che impone di guardare anche al di fuori della regolazione della concorrenza e, dunque, a interventi di vera e propria politica industriale⁸⁹ al fine di non integrare quel paradosso del diritto antitrust evidenziato da Robert Bork⁹⁰; (iii) nel ricorso a nuove modalità di intervento regolatorio in chiave giuridico-argomentativo (e dunque *ex ante* non solo *ex post*) che trovano la loro giustificazione nell'incapacità dei meccanismi consolidati del diritto antitrust (che regolano principalmente *ex post* gli accordi anticoncorrenziali e gli abusi unilaterali di posizione dominante) di garantire alla concorrenza nei mercati digitali

⁸⁸ Tale approccio considera il benessere del consumatore il fine ultimo del diritto della concorrenza, ponendo quest'ultimo quale paradigma per l'interpretazione e l'applicazione della disciplina della concorrenza, qualificando di conseguenza come condotte vietate solo quelle che ne pregiudichino la realizzazione. Tale approccio si fonda sull'applicazione alla disciplina della concorrenza della teoria dell'economia del benessere che risulta fortemente influenzata dalla filosofia utilitaristica di Jeremy Bentham. Il benessere del consumatore si realizza laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione, anche detta di sovranità del consumatore, tutto il *surplus* generato dallo scambio di mercato risulta allocato nella sfera del consumatore finale (H.N. BUTLER, J. SHEPHERD, J.C. COOPER, *Economic Analysis for Lawyer*, Carolina Academic Press, Durham NC, 2014, 73). Per un approfondimento sulla prospettiva espressa dalla Scuola di Chicago v. R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Shughart, W.F. II, 1976. Per una critica del *more economic approach* v. J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019 e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit.

⁸⁹ Sui rapporti tra tutela della concorrenza, regolazione economica e politica industriale v. L. TORCHIA, *I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2024, 315 ss. la quale evidenzia come “le frontiere fra concorrenza, regolazione economica e politica industriale sono dunque mobili e dipendono prima di tutto dalla storia e dal contesto. [...] L'approccio americano che vede la regolazione come un ostacolo alla innovazione ha consentito alle start up tecnologiche di trasformarsi in campioni globali: ma il successo di quella scelta di De regolazione richiede oggi idi ambire approccio e di andare verso una regolazione forse anche più stringente rispetto ad altri settori, in ragione delle dimensioni e della concentrazione di potere che caratterizzano le Big Tech.[...] Che si tratti di tutela della concorrenza, di politica industriale o di regolazione economica, a venire in rilievo è sempre un'attività di esercizio di potere pubblico che porta con sé la necessità di assicurare le dovute garanzie. Queste garanzie non possono però essere assicurate secondo moduli uniformi, perché mentre la legittimazione della regolazione indipendente – sia per la tutela della concorrenza sia per la regolazione economica – è di tipo tecnico e procedurale, quella della politica industriale è di tipo sostanziale” (321-322).

⁹⁰ R. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at war with itself*, Basic Books, New York, 1978.

un'efficace protezione ma anche promozione⁹¹; nonché, (iv) nell'introduzione di nuovi concetti indeterminati, non strettamente ancorati ad una applicazione secondo logiche matematiche, a cui solo le dinamiche dialogico-procedurali che si svilupperanno in sede di applicazione pratica potranno dare un esatto contenuto.

Come è stato evidenziato⁹² si tratta di una ricalibrazione del diritto della concorrenza sui suoi fondamenti normativi, giustificata dalla rilevata natura multidimensionale dei nuovi poteri digitali e che conduce perciò a un cambiamento profondo nel paradigma di tutela della concorrenza il quale non può, tuttavia, oltrepassare quei limiti del potere pubblico imposti dalla Costituzione stessa che darebbero luogo ad ulteriori problemi sul piano degli equilibri tra poteri privati e poteri pubblici.

La regolazione concorrenziale dell'economia digitale, così come pare delinearsi alla luce del DMA, combina perciò gli strumenti tradizionali del diritto della concorrenza con quelli della regolazione settoriale, senza però nello stesso tempo uscire dai binari dello stato di diritto. Ciò si giustifica, come evidenziato nel Considerando n. 11 del DMA, in virtù del diverso interesse giuridico protetto da tale disciplina, in chiave complementare rispetto quello protetto dagli artt. 101 e 102 TFUE e dalle corrispondenti norme nazionali. Non solo «protezione della concorrenza non falsata dal mercato» (e dunque ambito di applicazione della disciplina antitrust limitato ai comportamenti anticoncorrenziali unilaterali e multilaterali e al controllo delle concentrazioni) ma «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale» (Considerando n. 7).

Sono tre, in particolare, le caratteristiche di fondo di questo nuovo paradigma regolatorio. Esso, pur emergendo dal DMA (e dunque con riferimento al ruolo svolto dai gatekeeper nell'ambito dei mercati nel settore digitale), segna

⁹¹ Ciò in quanto se la possibilità di intervento nei processi di mercato risulta completamente dipendente dall'accertamento di un'infrazione (*ex ante*), la tutela della concorrenza sarà in grado di porre rimedio alle imperfezioni dei mercati digitali solo sporadicamente, in modo frammentario e spesso quando il danno derivante dall'uscita di potenziali concorrenti e, dunque, sulla struttura pluralistica dei mercati, non potrà più essere riparato.

⁹² O. ANDRIYCHUK, *EU Digital Competition Law: The Socio-legal Foundations*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Cambridge University Press. Published online 2023, 1-24.

un punto di svolta nei rapporti tra disciplina della concorrenza e diritto costituzionale, che ben può essere rappresentato nei termini di un recupero della consapevolezza circa il contributo del diritto dell'economia alla stabilizzazione democratica e, dunque, rispetto alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione.

La prima caratteristica concerne l'individuazione dei gatekeeper e dei servizi di piattaforme di base rilevanti ai fini del regolamento, laddove si riscontra un approccio asimmetrico nella definizione dell'ambito di applicazione della regolazione della concorrenza dei mercati digitali. Il DMA trova applicazione solo nei confronti delle imprese più grandi il cui potere economico, incanalando la concorrenza sia a valle che orizzontalmente, viene trattato alla stregua di una «*essential facility*» in virtù delle caratteristiche dei servizi di piattaforma di base di porsi come punti di accesso per le imprese al fine di raggiungere gli utenti finali (es. servizi di intermediazione online, motori di ricerca, sistemi operativi, social network, servizi per la condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale, servizi di cloud computing, assistenti virtuali, browser web, servizi pubblicitari online e di intermediazione pubblicitaria). A queste imprese – sulla base di parametri fissati normativamente ma con ampia discrezionalità valutativa e applicativa in capo alla Commissione – viene attribuito lo status di «gatekeeper» e dunque assoggettate a una serie di obblighi e divieti il cui scopo è quello di evitare pratiche commerciali scorrette, squilibri in termini di potere contrattuale e condizioni di mercato inique e, nei termini più generali sin qui affrontati, di limitare il potere digitale alla stregua di quello pubblico, funzionalizzandolo.

Il DMA (art. 3) – prescindendo completamente dall'accertamento di una posizione dominante – prevede che debba essere designato come gatekeeper il fornitore di servizi di piattaforma di base che:

1. ha un impatto significativo sul mercato interno:
 - a. se l'impresa a cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nello spazio economico europeo pari o superiore a 7,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi finanziari o
 - b. se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 75 miliardi

di euro nell'ultimo esercizio finanziario

2. gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali:

a. se l'impresa fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'UE, e oltre 10 mila utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'unione

3. detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro:

a. se le soglie di cui sopra sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari

Si tratta di parametri di tipo qualitativo (articolo 3, paragrafo 1, lettera a), lettera b), lettera c), e di indicatori tipo quantitativo (ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettere a), b) e c), che sono integrati da importanti poteri discrezionali in capo alla Commissione. Gli indicatori di tipo quantitativo, infatti, hanno solo carattere presuntivo e, in quanto tali, possono essere modificati dalla Commissione senza modifiche formali del regolamento (art. 3, par. 7).

La Commissione gode altresì di poteri discrezionali anche con riferimento alla possibilità di escludere la designazione come gatekeeper di soggetti che, pur raggiungendo le soglie quantitative, offrono servizi di piattaforma di base che non soddisfano i parametri di tipo qualitativo (art. 3, par. 4). La stessa Commissione ha poi il potere di designare come gatekeeper qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei parametri qualitativi, pur non raggiungendo le soglie di cui agli indicatori quantitativi (art. 3, par. 8).

Spetta infine alla Commissione elencare, in relazione a ciascuna impresa designata come gatekeeper i servizi di piattaforma di base che costituiscono un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali.

Il medesimo approccio asimmetrico lo si riscontra anche con riferimento alla definizione degli obblighi e dei divieti ai quali è assoggettato il gatekeeper.

Il DMA li suddivide in due gruppi distinti (art. 5, 6 e 7): quelli elencati all'art. 5 non richiedono ulteriore specificazione da parte della Commissione; e quelli elencati agli artt. 6 e 7, per i quali – pur essendo immediatamente esecutivi – si prevede che possano richiedere una ulteriore specificazione da parte della Commissione in funzione del tipo di servizi di piattaforma di base prestato dal singolo gatekeeper, ovvero del tipo di mercato o di mercati nell'ambito dei quali esso opera.

La specificazione degli obblighi imposti ai gatekeeper da parte della Commissione avviene sulla base di un procedimento disciplinato dall'art. 8, che può essere avviato sia su iniziativa della Commissione stessa, sia del gatekeeper.

La Commissione, su richiesta del gatekeeper, può altresì sospendere temporaneamente l'applicazione di uno o più obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 7 quando tali da comportare la compromissione della redditività economica del gatekeeper nell'UE.

La Commissione, d'ufficio o su istanza del gatekeeper, può altresì esentare un gatekeeper da uno o alcuno degli obblighi previsti dagli artt. 5, 6 e 7 in presenza di ragioni di sicurezza pubblica o di salute pubblica.

Di notevole importanza è infine il potere della Commissione, previsto all'art. 12, di integrare l'elenco degli obblighi previsti in capo ai gatekeeper attraverso l'adozione di atti delegati sulla base di un'indagine di mercato ed in ragione della necessità di aggiornare tali obblighi per contrastare pratiche che limitino la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che possano essere ritenute sleali (art. 12, par. 5): (i) ostacolando l'innovazione o limitando la scelta degli utenti commerciali e degli utenti finali (es. barriere all'ingresso per altre imprese, espansione come fornitore di un servizio di base o di altri servizi nel settore digitale); o (ii) in presenza di uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali, in forza del quale il gatekeeper trae un vantaggio dagli utenti commerciali che non è proporzionato al servizio fornito dal gatekeeper.

La seconda caratteristica riguarda il ricorso a concetti indeterminati e dal contenuto più vago: «equo», «contendibile», «proporzionato», «ragionevole», «non discriminatorio» e così via, che offrono un spazio interpretativo/argomentativo decisamente più ampio nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa di tutela della concorrenza. Si tratta di un approccio che, unitamente

all'approccio asimmetrico di cui si è già detto, contribuisce a delineare in senso particolarmente ampio i contorni del potere discrezionale della Commissione nell'ambito del nuovo paradigma della regolazione della concorrenza. Questa importante caratteristica integra l'approccio asimmetrico alla selezione dei destinatari della regolazione con il carattere interpretativo e aperto degli obblighi, la cui portata concreta dovrà essere calibrata nell'ambito di una dinamica giuridico-argomentativa che vede coinvolta la Commissione e i gatekeeper.

Tale dinamica procedurale (o, per meglio dire, giuridico-argomentativa) presenta peraltro alcune caratteristiche peculiari che si evincono dal regime giuridico concernente la responsabilità del gatekeeper in presenza dell'inosservanza degli obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 7 del DMA. Sebbene la violazione degli obblighi integri un'ipotesi di responsabilità per il gatekeeper dal momento della designazione dell'impresa come gatekeeper (*ex tunc*), nel caso in cui, su richiesta del gatekeeper, il procedimento avviato dalla Commissione ai sensi dell'art. 8, par. 2 e 3 si concluda con esito positivo, la violazione rileverà solo per il futuro (*ex nunc*). L'esito della dinamica giuridico-argomentativa a cui la stessa Commissione partecipa impatta pertanto sul momento in cui iniziano a decorrere gli obblighi e sulle relative responsabilità dei gatekeeper per violazione degli stessi.

La terza caratteristica, che deriva dalle prime due e che assume un carattere più generale, riguarda infine la riconfigurazione della tutela della concorrenza in termini non più solo di mera protezione contro comportamenti anti-concorrenziali integranti specifiche fattispecie vietate dalla norma, bensì di vera e propria funzione proattiva di organizzazione dei mercati digitali.

4.1. La regolazione dei mercati digitali come attività propriamente amministrativa che si colloca al confine tra autonomia privata e soggettività pubblica

Questa linea evolutiva della regolazione della concorrenza sui mercati digitali, che potremmo esplicitare nella formula «*from market protection to market design*»⁹³, implica perciò una riconfigurazione in chiave ampiamente discrezionale e proattiva della funzione amministrativa nell'ambito della tutela della concorrenza, quale risposta necessitata proprio dalla volatilità dei mercati digitali e

⁹³ O. ANDRIYCHUK, *cit.*, 16.

dalla velocità dell'evoluzione tecnologica.

Tale riconfigurazione si traduce, sotto un primo profilo, nell'attribuzione di una maggiore flessibilità alle autorità preposte alla tutela della concorrenza tanto con riferimento all'esercizio dei relativi poteri⁹⁴ quanto nell'individuazione e nella dimostrazione della sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere⁹⁵; sotto un altro profilo, essa implica invece che la tutela della concorrenza sia posta in essere in dimensione più dialogica che assiologica, sottoponendo dunque l'esercizio del potere amministrativo a dinamiche giuridico-argomentative funzionali a realizzare obiettivi di conformazione dei mercati⁹⁶ attraverso il confronto con i destinatari e, dunque, integrando una modalità di azione ispirata al principio della sussidiarietà del diritto⁹⁷, laddove quest'ultima – nella prospettiva tanto della teoria delle fonti quanto dell'agire amministrativo – sta ad indicare che la regolazione si pone come il frutto di un processo produttivo che si identifica con l'organizzarsi della società stessa (e dei mercati in particolare) in funzione della promozione dei diritti fondamentali della persona e non viceversa.

Viene pertanto superata l'idea secondo cui l'ordine concorrenziale sia solo un processo di auto-scoperta⁹⁸ e debba perciò essere solo protetto, mai modellato o promosso in modo proattivo. In base a tale visione, i mercati si auto-

⁹⁴ L'indeterminatezza degli obblighi implica che alle autorità preposte sia concessa una flessibilità senza precedenti tanto nell'individuazione dei gatekeeper quanto nell'individuazione dei servizi di piattaforma di base e degli obblighi imposti al fine di conformarli in funzione della contendibilità ed equità dei mercati digitali.

⁹⁵ L'intervento è sempre preceduto da un'indagine di mercato.

⁹⁶ È attribuita una competenza discrezionale per elaborare obblighi *ad hoc* volti a conseguire un lungo elenco di obiettivi definiti in senso lato, all'elaborazione dei quali è chiamato a contribuire lo stesso gatekeeper.

⁹⁷ L'espressione "sussidiarietà del diritto" sta ad indicare che il diritto positivo dello Stato – e quindi anche lo stesso ordinamento costituzionale – è il frutto di un processo produttivo che si identifica con l'organizzarsi della società in funzione della promozione dei diritti fondamentali della persona e non viceversa, come invece certe visioni tradizionali della sovranità lasciano intendere. Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù e torti del diritto nelle società moderne*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007, 111.

⁹⁸ Sul mercato come *locus artificialis*, ossia costruito da apposite norme giuridiche, piuttosto che come *locus naturalis*, appoggiato su sé stesso, si rinvia a F. BOHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, (1936), *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. Forte – F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, 47 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze-Antella, 1997, spec. 16-21; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, IV ed., 17 ss.; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in Riv. reg. merc., 2014, 1, 5 ss.; A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Roma-Bari, Laterza, 2021; F.L. BLOCK, *Capitalismo. Il futuro di un'illusione*, Bologna, 2021.

correggeranno e miglioreranno sempre, a meno che le imprese cospirino, abusino della loro posizione dominante, realizzino operazioni di concentrazione o ricevano aiuti di Stato. Se per queste fattispecie è per lo più sufficiente l'approccio tradizionale *ex post* o, in presenza di fallimenti sistemici del mercato, il ricorso a strumenti di regolazione settoriale, i nuovi poteri privati che si muovono all'interno dell'economia digitale e le trasformazioni dei mercati tradizionali che discendono dalla crescita esponenziale di quest'ultima, non trovano una risposta adeguata nell'ambito di queste due polarità. Ciò giustifica l'attribuzione ai pubblici poteri del potere di plasmare e promuovere caratteristiche specifiche dei mercati digitali al fine di conformarli all'interesse delle persone, degli attori del sistema economico e di quello politico, con modalità però tali da non trasformare questa funzione di organizzazione dei mercati concorrenziali, da intervento pubblico proattivo (in modo complementare rispetto alla tutela *ex post* e alla regolazione settoriale) in un protezionismo dirigistico.

Pur presentando caratteristiche diverse rispetto alla disciplina *antitrust*, la regolazione dei mercati digitali non andrebbe però confusa né con l'attività di conformazione, che caratterizza invece il GDPR, il DSA e l'AI Act, né con la regolazione settoriale. Quanto all'attività di conformazione si è già sottolineato come tali discipline, realizzando una forma di regolazione a geometria variabile, abbiano proprio l'obiettivo di conformare le attività economiche digitali in chiave *rights-driven*. Tale obiettivo è invece perseguito dal DMA solo indirettamente e, dunque, non ponendo limiti esterni tali da sottrarre all'operatore economico digitale, in tutto o in parte, l'autonomia decisionale, quanto piuttosto nel preservare la struttura concorrenziale dei mercati digitali.

Quanto invece alla regolazione settoriale, essa interviene in situazioni di fallimento del mercato, ovvero, laddove sia necessario accompagnare la transizione di determinate attività economiche verso contesti di mercato. Sia la disciplina *antitrust* che la regolazione dei mercati digitali presuppongono, invece, l'esistenza di un mercato rispetto al quale i poteri esercitati dalle autorità amministrative preposte sono funzionali alla correzione delle eventuali imperfezioni, in entrambi i casi, al fine di porre in essere misure in grado di tutelare o di modellare il funzionamento dei mercati digitali al principio organizzativo concor-

renziale⁹⁹.

Ciò significa che la regolazione dei mercati digitali introdotta dal DMA si differenzia dalla disciplina *antitrust* per quanto riguarda gli strumenti a disposizione e, dunque, per la tipologia di poteri amministrativi esercitati, ma non anche sotto il profilo del suo statuto teorico. Ciò in quanto esse sembrano in realtà poter essere ricondotte alla medesima funzione amministrativa svolta all'interno dei mercati, risultando entrambe parimenti ordinate alla preservazione del principio di organizzazione su base concorrenziale delle relazioni di mercato distinguendosi, perciò, in egual misura tanto rispetto dell'attività di conformazione quanto della regolazione settoriale¹⁰⁰.

Le considerazioni poc'anzi svolte sembrano perciò dover dare pienamente ragione alla tesi di Alberto Zito secondo cui la regolazione della concorrenza, da un lato, troverebbe il suo naturale terreno di elezione nel mercato e nella tutela del suo specifico principio organizzativo, appunto concorrenziale, essendo destinata ad operare in tutti i mercati in cui tale principio regolativo delle relazioni tra gli operatori di mercato deve essere salvaguardato; dall'altro, il suo perimetro non potrebbe che ricomprendere anche la disciplina *antitrust* la quale, pur con modalità specifiche che rinviano all'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori, condivide il medesimo obiettivo sul piano politico-costituzionale. Obiettivo quest'ultimo che, secondo tale dottrina, sarebbe comunque da tenere nettamente distinto rispetto a quello perseguito dall'attività di conformazione alla luce del fatto che quest'ultima si caratterizza per il fatto di incidere sulle dinamiche dei mercati dall'esterno, in funzione di limite, anziché di operare all'interno di queste ultime, come avviene nel caso della regolazione della concorrenza¹⁰¹.

La regolazione dei mercati digitali, oltre a presentare caratteristiche peculiari rispetto tanto all'attività di mera conformazione delle attività economiche ai diritti fondamentali quanto alla regolazione settoriale, presupponendo l'esistenza stessa di un mercato (seppure imperfetto), si caratterizza altresì per il fat-

99 A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 809.

100 *Contra*, nel senso di ritenere il DMA assimilabile alla “*regolamentazione di settore in ambito telecomunicazioni, bancario, oppure energia*”, J. MOSCIANESE, *Il Digital Market Act: oltre l'auto-regolamentazione dei gatekeeper*, in J. Moscianese, O. Pollicino, *Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali*, Torino, 14.

101 A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 815.

to di collocarsi all'interno della sfera propria della società e specificatamente sulla linea di confine rinvenibile tra quest'ultima e la sfera pubblica, qualificandosi però, a tutti gli effetti, da un punto di vista oggettivo, come un'attività propriamente amministrativa. Essa, operando all'interno del contesto organizzativo di mercato in funzione della preservazione della struttura concorrenziale di quest'ultimo, realizza un'azione amministrativa a contenuto certamente discrezionale che si fonda sull'esercizio di potere che, in nome di tale specifico interesse pubblico, incide sulle situazioni giuridiche dei destinatari e, dunque sull'autonomia privata, influenzando sui processi decisionali degli attori economici in vista della composizione degli interessi in gioco secondo il principio della razionalità economica, senza tuttavia spingersi fino a imporre un determinato assetto degli interessi in gioco.

La decisione amministrativa assunta nell'esercizio della funzione di regolazione dei mercati digitali, pur incidendo sulla sfera giuridica dei destinatari, a seconda delle caratteristiche di questi ultimi e del loro potenziale impatto sui processi economici che si svolgono nel contesto digitale, è infatti finalizzata a modellare e plasmare un determinato contesto organizzativo e a far sì che tali soggetti assumano comportamenti tali da non mettere a rischio l'operatività del principio concorrenziale, evitando cioè che la neutralizzazione di quest'ultimo possa determinare uno squilibrio tra potere (economico) digitale e potere pubblico a favore del primo e perciò minare l'effettività dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti.

4.2. I gatekeeper come «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica» ascrivibili alla categoria della auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà

Il peculiare rapporto che intercorre tra l'attività svolta da tali organizzazioni espressione dei nuovi poteri digitali e l'interesse pubblico sembra essere alla base della svolta che, a partire dal Digital Service Act e dal Digital Market Act, ha segnato il passaggio dall'iniziale approccio assiologico-sostanziale che aveva ispirato il GDPR¹⁰² a uno giuridico-argomentativo (o procedurale), ritenuto dal legislatore eurounitario maggiormente funzionale a contrastare quell'eccessivo accumulo di risorse, dati e informazioni che è tale da dar luogo a

102 O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 438.

concentrazioni di potere di mercato che, oltre ad essere potenzialmente dannose per il corretto funzionamento dei processi economici e democratici, finiscono per erodere quelle dotazioni culturali che si pongono come parte integrante dell'assetto democratico-costituzionale¹⁰³. Questo nuovo approccio, riscontrabile come abbiamo visto anche nel AI Act, sembra sempre più destinato a consolidarsi, ponendo in tal modo le basi per riflettere sulla possibilità di fornire un inquadramento sistematico delle organizzazioni che esercitano il potere digitale alla stregua (non solo di soggetti imprenditoriali ma) di amministrazioni per fini privati¹⁰⁴ a rilevanza pubblica, astrattamente ascrivibili entro la categoria delle auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà, al pari di quelle che, parte della dottrina, ha definito come amministrazioni per fini pubblici estranee al perimetro della soggettività pubblica.

Tale considerazione sembra trovare fondamento alla luce della classificazione proposta dallo stesso Perfetti¹⁰⁵ secondo il quale, nella prospettiva della sovranità popolare, la teoria dell'organizzazione pubblica andrebbe ripensata alla luce di tre elementi portanti. Il primo sarebbe quello della funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del sovrano (il popolo) ed, in particolare, della sua funzionalizzazione al godimento dei diritti fondamentali della persona come elemento essenziale dell'esercizio della sovranità. Il secondo sarebbe invece quello della identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa. Il terzo sarebbe quello della distinzione tra organizzazione in senso soggettivo – nella parabola che va dai fini pubblici alla soggettività pubblica lungo la sequenza persona giuridica, organo, funzionario – ed oggettivo – secondo l'arco concettuale che muove sempre dai fini pubblici ma li declina lungo procedimento, competenza e decisione amministrativa. Laddove, ai fini che qui interessano, il primo e il terzo elemento sembrano porsi in perfetta sintonia con l'approccio *human-centric and rights-driven* che emergere nell'ambito della regolazione dei poteri digitali¹⁰⁶.

103 v. G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari-Roma, 1997, 16.

104 Per amministrazione, del resto, si intende «qualsiasi soggetto che svolge un'attività rivolta alla soddisfazione di interessi correlati ai fini che il soggetto stesso di propone di perseguire» (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 3).

105 L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Diritto dell'economia*, 2019, 61-62.

106 A. BRADFORD, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, cit., 105 ss.

Sulla base di tali tre elementi ricostruttivi, tale dottrina identifica perciò tre forme di organizzazione amministrativa: a) la prima forma di organizzazione sarebbe quella della auto-organizzazione amministrativa della società, indipendentemente dalla presenza di strutture organizzative dello Stato o di enti pubblici. In questa categoria rientrerebbero le amministrazioni per fini pubblici espressione della sussidiarietà orizzontale e, nella prospettiva del presente lavoro, le «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica»; b) la seconda e più vasta forma di organizzazione amministrativa sarebbe invece quella che si realizza attraverso persone giuridiche pubbliche e/o contesti organizzativi pubblicistici (servizi pubblici, quasi-mercati, industrie regolate) e che, tuttavia, sono diretta articolazione della sovranità popolare e sono rese direttamente funzionali al godimento di diritti fondamentali; c) l'ultima – e più limitata – forma di organizzazione amministrativa sarebbe funzione solo indiretta della società e del suo ordine giuridico, articolandosi lungo il circuito della rappresentanza democratica.

L'inquadramento di taluni attori economici detentori del potere digitale come amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica¹⁰⁷ – e, dunque, come amministrazioni in senso oggettivo per tutto ciò che concerne quelli che potremmo definire gli effetti di *spillover* sul piano pubblicistico dell'esercizio dei poteri digitali, ovvero le ricadute sull'interesse pubblico alla massimizzazione dei diritti fondamentali delle attività per fini privati svolte da tali attori – ha evidenti implicazioni non tanto sul piano descrittivo quanto su quello sostanziale con specifico riferimento alla possibilità di applicare a tali soggetti, limitatamente alle attività (appunto) rilevanti sotto il profilo dell'interesse pubblico e per quanto compatibile con le caratteristiche delle piattaforme digitali e dei sistemi algoritmici, lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica (con particolare riferimento ai principi generali dell'attività amministrativa, agli obblighi di imparzialità e trasparenza, agli obblighi di promozione della concorrenza, al regime di responsabilità verso i terzi, alla tutela dei beni privati di interesse pubblico, agli obblighi di servizio pubblico, alla tutela delle situazioni giuridi-

107 Si pensi, in particolare, alle grandi piattaforme digitali quali attori economici del cyberspazio che, tuttavia, assumendo un ruolo di *gatekeeper*, si configurano come poteri in senso tecnico, spesso esercitando funzioni para-costituzionali (cfr. O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 413).

che dei privati interessati da decisioni automatizzate e, più in generale, dall'esercizio del potere digitale, passando per i temi della sostenibilità ambientale e sociale), funzionalizzando – sulla base del principio di legalità – l'autonomia privata di cui godono tali soggetti (non, ovviamente, all'attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo, bensì) all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili espressione dell'ordinamento costituzionale, secondo il modello di amministrazione riconducibile all'art. 97 Cost.

Una funzionalizzazione che, in ogni caso, pur trovando giustificazione nella sussistenza di interessi pubblici meritevoli di tutela, non potrà comunque tradursi nell'applicazione *sic et simpliciter* a tali soggetti dello statuto giuridico dell'amministrazione pubblica dovendo, quest'ultimo, incontrare un limite invalicabile nell'autonomia privata e, in particolare, nella sua proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, volto al ripristino di quelle condizioni concorrenziali necessarie per preservare la struttura organizzativa dei mercati, senza perciò uscire fuori dalla sfera dell'auto-organizzazione della società civile.

4.3. La preservazione del principio organizzativo concorrenziale dei mercati digitali quale fondamento costituzionale della funzione amministrativa di regolazione dei mercati

Nei recenti interventi del legislatore eurounitario concernenti la definizione delle regole dell'ecosistema digitale, soprattutto con riferimento ai problemi posti dalle concentrazioni di potere economico che si riscontrano sui mercati digitali, sembra dunque emergere un paradigma regolatorio differente rispetto a quello, di matrice strettamente utilitaristica, che ha tradizionalmente caratterizzato la tutela della concorrenza, le cui radici paiono doversi rintracciare in una maggiore consapevolezza in ordine alle implicazioni sul piano democratico-costituzionale del capitalismo democratico. Tali segnali, affinché non si disperdano nelle pieghe dell'ordinamento o, peggio, vengano repressi (o distorti) dalle spinte centrifughe della *digital economy* e delle dinamiche geopolitiche attualmente in atto, richiedono uno sforzo sul piano ricostruttivo in grado di ripensare alcune categorie giuridiche tradizionali a partire, come si è visto, dalla possibilità di inquadramento sistematico dei detentori dei poteri digitali (anche) come amministrazioni in senso oggettivo. Tale sforzo presuppone una più profonda comprensione di tali segnali sul piano della matrice culturale e democratico-

costituzionale su cui si muove tale nuovo approccio regolatorio.

Se guardiamo al continente europeo, nell'attuale contesto di fragilità delle democrazie liberali, l'ordinamento giuridico dell'UE è stato sin qui chiamato a svolgere un ruolo di supplenza rispetto al vuoto lasciato dalle culture politiche non solo, come in passato, nel campo della concorrenza e della stabilità finanziaria ma, più recentemente, sul terreno dell'utilizzo delle nuove tecnologie nelle transazioni commerciali e delle loro implicazioni sulle dinamiche di mercato, delineando progressivamente un nuovo contesto regolatorio per gli attori economici digitali teso a dotare il sistema democratico europeo dei necessari anticorpi per contrastare degenerazioni democratiche e tendenze illiberali, spesso alimentate proprio dalle nuove tecnologie di informazione e comunicazione, che mal si conciliano con quello che è ancora oggi il patrimonio culturale e valoriale dell'Unione Europea. E così, seguendo un approccio *rights-driven*, l'UE si è dotata di un framework regolatorio che, alla luce delle sue caratteristiche, integrando il paradigma tradizionale su cui si è storicamente sviluppato il diritto della concorrenza¹⁰⁸, sembra poggiare su basi politico-costituzionali sensibili rispetto al dilemma della democrazia, testimoniando la preoccupazione e la consapevolezza dell'UE sui possibili impatti della transizione digitale e dei nuovi poteri privati sui processi democratici.

Tale framework regolatorio, come è stato evidenziato nelle pagine precedenti, sembra muoversi proprio dal riconoscimento della circolarità tra Costituzione e diritto dell'economia, rappresentando tale doppia circolarità una condizione essenziale affinché democrazia liberale ed economia digitale possano convivere preservando una società libera, scongiurando cioè il pericolo che le eccezionali trasformazioni a cui stiamo assistendo possano minare l'operatività del principio pluralistico, tanto sulla sfera privata quanto su quella pubblica, of-

108 Per una ricostruzione dell'evoluzione della tutela giuridica della concorrenza nell'ordinamento interno e sovranazionale v., oltre a G. AMATO, *cit.*, 1998, M. RAMAJOLI, *cit.*, 292-319; E. FRENI, *Le discipline della concorrenza*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2020, 138 ss.; M. MAINETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. Aines, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 315-332; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, Milano, 2014; A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, 873 ss.

frendo l'occasione per un ritorno dello Stato con tratti più autoritari e, nello stesso tempo, ancora più esposti che in passato al rischio di collusione con il potere economico.

Il capitalismo democratico¹⁰⁹ si è storicamente radicato sull'alleanza tra mercato e democrazia, sul presupposto che entrambi possano convivere e rafforzarsi a vicenda, nel pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, dando luogo ad un ordinamento delle libertà ispirato al principio cooperativo del *mutual gains from joint commitment to rules*¹¹⁰. Condizione per una tale alleanza è che la struttura dei mercati sia orientata secondo un ordine concorrenziale (e, sul piano istituzionale, sussidiario) nel quale, secondo una visione normativa¹¹¹ e non meramente utilitaristica della concorrenza¹¹², quest'ultima – rinviando al concetto di libertà di scelta (e, dunque, di sovranità della persona verso gli altri e verso lo Stato) – è chiamata ad assumere la funzione di principio procedurale dell'ordinamento democratico fondato sulla libertà individuale e l'eguaglianza politica. La storia insegna, però, che possono benissimo prosperare economie di mercato in contesti non democratici. Ciò in quanto la tutela della libertà individuale e dell'uguaglianza politica, che sono il fondamento della democrazia liberale, non rappresentano una condizione altrettanto essenziale del benessere materiale (in termini di *total welfare*, *consumer welfare*, *industrial growth*, *market integration*, *innovations*, etc.). La libertà, del resto, non è una categoria

109 Tale forma di capitalismo è caratterizzato dall'esistenza di “*tre sistemi dinamici e convergenti che funzionano come un tutt'uno*” (M. NOVAK, *cit.*, 2). Essi, pur nella loro diversità (e anzi, in virtù di essa), sono chiamati a relazionarsi dinamicamente e a operare congiuntamente, connotando il capitalismo democratico quale specifico sistema economico della democrazia liberale. Quest'ultimo, proponendosi di proteggere tutti contro un potere unitario, trova perciò la propria ragion d'essere nella medesima risposta offerta al problema della verità da parte dello stato costituzionale e, dunque, da un lato sulla concorrenza tra diverse verità soggettive e, dall'altro, sulla capacità degli attori coinvolti di cooperare al bene comune (inteso quale bene, nello stesso tempo, di tutti e di ciascuno) all'interno di un quadro di regole condivise.

110 cfr. V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 04/10, Albert Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br., 2004.

111 In questo senso si esprime O. ANDRIYCHUK, *Rediscovering the spirit of competition: on normative value of the competitive process*, EUI Working Papers, Law, 2011/1. Sulla visione normativa della concorrenza espressa dalla teoria ordoliberal e sulla sua rinvenibilità nel paradigma economico-costituzionale eurounitario si rinvia a F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, *cit.*, 142 ss.

112 v. G. PITRUZZELLA, *cit.*, 597-614.

utilitaristica come è invece la ricchezza. Vista in chiave normativa, intesa cioè quale processo competitivo che favorisce l'esercizio della libertà di scelta e l'emergere dei valori di fondo dell'ordinamento democratico-sociale, la concorrenza rappresenta perciò una componente essenziale della democrazia liberale. Essa è infatti presente in molte aree dei rapporti pubblici e privati e tocca aspetti rilevanti della sfera politica, culturale ed economica.

L'inscindibilità del legame tra libertà economica e libertà politica fa sì che la prima si ponga come dimensione essenziale della seconda e, dunque, componente essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nonché, condizione stessa di quella società libera e plurale che è presupposto per il corretto funzionamento dell'ordinamento democratico. Secondo questa sensibilità politico-costituzionale, la concorrenza non dovrebbe quindi essere letta nel contesto dell'ordinamento democratico-costituzionale esclusivamente in funzione degli esiti sociali che essa è in grado di generare. Ciò sul presupposto che relegare la concorrenza entro la sola sfera dell'economia e del mercato, in chiave quindi meramente utilitaristica, negando la sua multidimensionalità (quantomeno sul piano etico-culturale, giuridico-politico e giuridico-economico), rischia di far perdere di vista il suo *ethos* e la sua natura di criterio ordinatore dei processi di scambio che si realizzano sul piano sociale (tanto sul mercato quanto sulla sfera pubblica) e dunque il suo legame costitutivo con la democrazia stessa e che ne giustifica la tutela giuridica.

Una cultura politico-costituzionale che esprima una visione normativa della concorrenza, che la ancori ai valori della libertà e dell'uguaglianza politica piuttosto che in una logica utilitaristica¹¹³, implica il riconoscimento del fatto che la sua tutela giuridica affonda le sue radici non (solo e non) tanto nella ricerca dell'efficienza allocativa nei termini dell'economia del benessere, quanto nel dilemma stesso della democrazia liberale, in relazione alla necessità di garan-

113 Cfr. V.J. VANBERG, *Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik No. 06/2, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br., 2006; A. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundation of European Competition Law: Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Newcastle University, UK, Edward Elgard, 2017, 121 ss. Nella letteratura italiana, v. M. LIBERTINI, *cit.*, 2014, 41 "il bene giuridico "concorrenza" si può tradurre più nel concetto di efficienza dinamica dei mercati, integrato dalla tutela della effettiva libertà di scelta del consumatore, che non nel concetto di consumer welfare, inteso come entità analiticamente misurabile sul piano statico".

tire la convivenza, all'interno dell'ordinamento giuridico, delle libertà individuali e dei diritti fondamentali della persona con l'esistenza stessa del potere economico (espressione esso stesso della libertà economica) e di quello politico (la cui esistenza è in funzione delle stesse libertà e diritti fondamentali della persona). Una siffatta cultura politico-costituzionale permette di inquadrare la regolazione della concorrenza certamente nel solco dell'art. 41 Cost., andando però oltre il suo fondamento nell'utilità sociale¹¹⁴ diventando essa stessa strumento di tutela dei diritti fondamentali e, indirettamente, una manifestazione della sovranità popolare.

L'approccio regolatorio *rights driven* che emerge dall'analisi della regolazione europea dell'economia digitale pone grande enfasi proprio su questa radice politico-costituzionale della tutela della concorrenza in funzione cioè della promozione, nel nuovo contesto della società digitale, dei diritti e delle libertà costituzionali, muovendosi proprio sul terreno del recupero di quelle dotazioni culturali che, pur essendo iscritte nel patrimonio genetico delle democrazie europee, sembrano maggiormente esposte ai segnalati pericoli connessi alla multidimensionalità dei nuovi poteri digitali. Esso sembra perciò guardare ai problemi posti dai poteri digitali privati da una prospettiva giuspubblicistica, sul terreno cioè dei confini del potere delle imprese come parte della questione più generale del ruolo del diritto all'interno di una società e, dunque, della *governance* dei mercati e dell'equilibrio dei poteri come questione di natura politico-istituzionale.

Questo modo tipicamente europeo di regolamentare l'economia digitale, si caratterizza dunque per il fatto di assegnare ai pubblici poteri un ruolo centrale nel governo dell'economia digitale non solo nella prospettiva della tutela della concorrenza quanto della più generale definizione dell'assetto organizzativo dei mercati digitali, preservando l'informazione come flusso decentrato¹¹⁵, in funzione della tutela dei diritti fondamentali, della preservazione della struttura

114 In questo senso I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi*, n. 8, 2020, 55-102. Per una ricostruzione più ampia del dibattito sul fondamento costituzionale della concorrenza si rinvia a F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, cit., 165-172 e alla bibliografia ivi richiamata.

115 Sul delicato rapporto tra informazione e potere nella prospettiva del sistema democratico si rinvia, in particolare, a Y.N. HARARI, cit., 29-30.

democratica della società e dell'equità nella redistribuzione dei benefici prodotti dall'economia digitale¹¹⁶.

5. Riassumendo

L'analisi sin qui svolta, accogliendo la concezione del pubblico interesse secondo cui quest'ultimo consisterebbe solo ed esclusivamente nella composizione e massimizzazione dei diritti fondamentali delle persone, ha inteso suggerire una lettura della regolazione europea dei mercati digitali che muovesse da tale assunto.

Ciò in quanto, come è stato evidenziato, l'approccio *rights-driven* che emerge dall'analisi di tale *corpus* normativo sembra confermare come, nel nostro ordinamento democratico-costituzionale, tanto il potere pubblico quanto il potere privato siano chiamati a concorrere al raggiungimento delle finalità costituzionali che vedono nella composizione e nella massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone il loro vertice.

Su queste basi è stato possibile evidenziare come, dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale interno, la regolazione europea dell'economia digitale pur atteggiandosi in modo diverso a seconda che si tratti di attività di mera conformazione delle attività digitali ai diritti fondamentali o di preservazione della struttura concorrenziale dei mercati, trovi il proprio fondamento costituzionale nell'art. 41, comma 2 della Costituzione e, in particolare, nella clausola generale dell'utilità sociale che – nella prospettiva teorica da cui muove questo lavoro – rinvia a sua volta agli art. 1 e 2 della Costituzione, in funzione sia della limitazione della libertà di iniziativa economica, sia della tutela dell'assetto pluralistico della società (anche digitale) dal mantenimento del quale dipende il funzionamento stesso delle nostre democrazie liberali.

Al di là delle peculiarità rinvenibili e dei differenti approcci emergenti dai diversi interventi di regolazione posti in essere dal legislatore europeo, dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'analisi sin qui svolta ha inteso di porre in evidenza come si tratti pur sempre di forme di intervento pubblico che si radicano all'interno della sfera privata, senza perciò comportare alcuno scivolamento di tali attività economiche nel perimetro soggettivo dell'organizzazione pub-

¹¹⁶ Nei medesimi termini si esprime A. BRADFORD, *cit.*, 105.

blica ovvero, sul piano oggettivo, la sovrapposizione di fini privati con quelli pubblici secondo il modello dell'art. 41, comma 3 Cost.

In via di prima approssimazione, sembra possibile ritenere che l'attività di conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche digitali si realizzi sia mediante l'esercizio del potere normativo, attraverso l'introduzione di obblighi e divieti, *standard* comportamentali o procedure, sia mediante l'esercizio del potere amministrativo in funzione di *enforcement* della normativa o in fase attuativo-esecutiva di quest'ultima, ricorrendo a forme di autoregolazione, come nel caso dei sistemi AI a basso rischio, a forme di co-regolazione, come nel caso del DSA, che presuppongono un esercizio dell'autonomia privata entro i confini definiti dalla regolazione pubblica e, infine, forme di regolazione *ex ante* che rinviino all'esercizio di poteri autoritativi che possano avere, a seconda dei casi, contenuto vincolato o tecnico-discrezionale.

L'attività di regolazione della concorrenza sui mercati digitali, pur presentando caratteristiche diverse rispetto alla tradizionale attività volta alla repressione degli illeciti *antitrust*, si colloca anch'essa all'interno dell'art. 41, comma 2 Cost., segnando tuttavia il passaggio dal *market protection* al *market design*. Il compito di tale regolazione è da rintracciarsi nell'interesse pubblico a modellare e plasmare il contesto organizzativo di mercato facendo sì che gli attori economici digitali assumano comportamenti tali da non mettere a rischio l'operatività del principio concorrenziale, evitando cioè che la neutralizzazione di quest'ultimo possa determinare uno squilibrio tra potere (economico) digitale e potere pubblico a favore del primo e perciò pregiudicare la possibilità di realizzare, sulla sfera privata, quelle finalità costituzionali rispetto alle quali l'interesse pubblico alla composizione e massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali della persona costituisce la più elevata espressione. Pur dovendosi parlare di regolazione della concorrenza per distinguerla dalla tradizionale funzione di tutela della concorrenza, gli strumenti previsti dal DMA – operando all'interno dei mercati digitali in funzione della preservazione al loro interno del principio organizzativo concorrenziale – non andrebbero tuttavia confusi con la regolazione settoriale.

L'approccio *rights-driven* che emerge dall'analisi della regolazione europea dell'economia digitale, pur risultando pienamente coerente con una certa lettu-

ra della nostra Costituzione economica, sembra tuttavia destinato a scontrarsi sul piano geopolitico con approcci ad esso profondamente ostili, come quelli *market-driven*¹¹⁷ incentrati sulla predominanza della libera espressione¹¹⁸ del pensiero e sulla fiducia nelle capacità di autoregolazione del mercato e quelli *state-driven* che guardano invece con favore a una gestione autocratica del mercato in funzione degli interessi del potere politico. Il rischio reale di tale scontro è però che per contrastare le esternalità¹¹⁹ prodotte da tale approccio l'UE possa, a seconda dei casi, scegliere di radicalizzare la propria tendenza all'ipertrofia regolatoria con inevitabili effetti sul piano della competitività dell'economia del continente europeo¹²⁰ o, all'opposto, di cedere alle pressioni dei nuovi attori dell'economia digitale abbracciando la strada della *deregulation* al fine di non perdere terreno sul piano geoeconomico.

Entrambe queste soluzioni produrrebbero tuttavia effetti potenzialmente dannosi rispetto alle garanzie dei diritti fondamentali che costituiscono la base dei nostri ordinamenti democratico-costituzionali. Occorre perciò prestare attenzione alle implicazioni sul piano geopolitico della regolazione dell'economia digitale, perseguendo la strada della sussidiarietà del diritto e utilizzando tutto il peso economico del continente europeo per proseguire il cammino sin qui intrapreso, privilegiando però l'intelligibilità dei testi normativi e un percorso attuativo della regolazione sempre più giuridico-argomentativo e meno burocratico, in grado di favorire l'integrazione virtuosa tra regolazione eteronoma e autoregolazione e la cooperazione tra gli attori coinvolti nei processi economici, concentrando gli sforzi sulla preservazione di quella struttura pluralistica della società (digitale) che rappresenta l'autentico presupposto delle nostre democra-

117 Per una critica a tale approccio v. G. MASSAROTTO, *Regulating Tech Titans: What American Antitrust Can Learn from Europe* (November 11, 2024). U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 24-33, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5021134>.

118 G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in DPCE Online, Numero speciale, 2021, 1455 ss.

119 A. BRADFORD, *The False Choice Between Digital Regulation and Innovation*, Northwestern University Law Review, Vol. 118, Issue 2, October 6, 2024, <https://ssrn.com/abstract=4753107>, nega tuttavia che la regolazione inibisca necessariamente l'innovazione e la crescita economica.

120 Come recentemente evidenziato da Mario Draghi nel suo discorso al Parlamento Europeo del 18 febbraio 2025 sulle novità intervenute dopo la presentazione del suo Rapporto sulla competitività europea del settembre 2024.

zie liberali, in assenza del quale il principio di sovranità popolare – inteso quale possibilità di effettiva soddisfazione dei diritti fondamentali¹²¹ e, dunque, espressione della sovranità delle persone e dei loro diritti anziché dello Stato¹²² – sembra destinato ad essere travolto dalle nuove dinamiche del capitalismo digitale.

121 Come sottolineato da LUIGI FERRAJOLI (*La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 44), i diritti fondamentali ricomprendono i diritti politici e i diritti civili, la cui effettività è condizione di legittimità sul piano formale dei processi democratici; nonché i diritti di libertà e i diritti sociali la cui tutela, rientrando essi nell'ambito della sfera del non decidibile, risulta essere condizione di legittimità sostanziale delle stesse decisioni adottate nell'ambito dei processi democratici. In questo senso, Luigi Ferrajoli definisce i diritti fondamentali come frammenti di sovranità di tutti e di ciascun cittadino sul presupposto che “la ‘sovranità’ o ‘volontà popolare’ richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all’istruzione”.

122 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 92 il quale evidenzia che “non ci sono ragioni per assegnare la sussistenza e garanzia dei diritti fondamentali alla sovranità dello Stato ed agli atti di potere che ne discendono; è piuttosto vero il contrario: la sovranità popolare esclude l’attribuzione della sovranità allo Stato che, semmai, sarà legittimato all’esercizio di quei soli poteri (come il sistema degli artt. 41 e 43 Cost. conferma) che siano strettamente funzionali ad assicurare soddisfazione alle pretese che ne sono espressione”. In questo senso v. anche G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

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 eurounionali, 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 “opporle” 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.

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. ROPPO, *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 & Taylor, 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 temperare 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 procedurali, 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 tracimazione 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.*, 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 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'Espresso*, 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.ambienteditritto.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. Altresì: 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 tracimazione 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 co-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 pross. 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 supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, cit.

90 L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori 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.

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

⁹³ E. 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 annuari 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 ergersi 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.

MARCO CAPPALÀ

Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso Università degli Studi di Roma Tre;
Abilitato all'esercizio delle funzioni di Professore universitario di II fascia

marco.cappala@uniroma3.it

BILANCIARE I PRINCIPI DI COERENZA E CERTEZZA DEL DIRITTO NELLA REGOLAZIONE INDIPENDENTE

BALANCING THE PRINCIPLES OF CONSISTENCY AND LEGAL CERTAINTY IN INDEPENDENT REGULATION

SINTESI

Nella regolazione indipendente dei mercati la funzione-tipo di normazione nasce concettualmente distinta da quella di vigilanza. Complice l'impiego di formule semanticamente ambigue – come il termine «vigilanza regolamentare», tipico del settore bancario-finanziario – le due funzioni perdono sempre più la propria autonomia e finiscono per confondersi. Alcuni recenti sviluppi ordinamentali accelerano la tendenza, come lo strumento regolatorio del «*Single Rulebook*» (o «*corpus* unico di norme»), accompagnato dall'applicazione diretta, da parte di Autorità europee, del diritto unionale e del pertinente diritto nazionale di recepimento o esecuzione. I casi di studio esaminati stimolano una riflessione, più generale, su quale debba essere il più corretto bilanciamento tra i principi di coerenza e certezza del diritto nella regolazione indipendente dei mercati (e oltre).

ABSTRACT

In independent market regulation the law-making function is conceptually distinct from the supervisory one. However, the use of semantically ambiguous formulas – such as the term «regulatory supervision», namely in the banking and financial sectors – contributed to blur this dividing line. Some recent developments accelerated the trend, such as the regulatory instrument of the «*Single Rulebook*», together with the direct application by European authorities of EU law and relevant (transposing or implementing) national law. The case studies examined stimulate a more general reflection on what should be the most appropriate balance between the principles of consistency and legal certainty in independent market regulation (and beyond).

PAROLE CHIAVE: Regolazione indipendente – Principio di coerenza – Certezza del diritto.

KEYWORDS: Independent Regulation – Principle of consistency – Legal Certainty.

INDICE: 1. La regolazione indipendente dei mercati, tra funzione normativa e funzione di vigilanza; 2. Dalla «vigilanza regolamentare» alla «regolazione per vigilanza» (*regulation by supervision*); 3. Lo strumento del *Single Rulebook* (o *corpus* unico di norme); 4. L'applicazione diretta, da parte di Autorità europee, del diritto unionale e del pertinente diritto nazionale di recepimento o esecuzione; 5. Crisi della legge e crisi della regolazione indipendente

1. La regolazione indipendente dei mercati, tra funzione normativa e funzione di vigilanza

Il concetto di «regolazione» ha confini molto estesi. Nella sua accezione più ampia, il termine abbraccia «all forms of social or economic influence—where all mechanisms affecting behaviour—whether these be state-based or from other sources (e.g. markets)»¹. Vi si fanno confluire interventi legislativi; atti amministrativi a carattere normativo e a contenuto generale, ivi comprese le pianificazioni; provvedimenti amministrativi a carattere individuale; atti di regolazione flessibile o *soft law*; *standard* e codici di condotta elaborati da soggetti di diritto privato².

Si è osservato che, declinato in termini così ampi, il concetto perde di utilità, finendo per esaurire l'intero diritto pubblico (e privato) dell'economia³.

Da cui la proposta di far riferimento, più opportunamente, alla sola regolazione pubblica e, all'interno di questa, alla «regolazione indipendente», con ciò alludendo non solo all'oggetto della funzione – *i.e.* conformazione di comportamenti – ma anche alla natura dell'Amministrazione che esercita il potere⁴.

1 R. BALDWIN - M. CAVE - M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, New York, II ed., 2012, 3, ove si aggiunge che «regulation is often thought of as an activity that restricts behaviour and prevents the occurrence of certain undesirable activities (a 'red light' concept). The broader view is, however, that the influence of regulation may also be enabling or facilitative ('green light')».

2 Muove da questa impostazione, ad esempio, S. AMOROSINO, *Le regolazioni delle attività economiche: nozioni generali*, in C. San Mauro (a cura di), *Manuale di diritto delle reti nei mercati regolati*, Giappichelli, Torino, 2024, 1 ss.

3 S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, G. Tesaro - M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, 12 ss.

4 A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 807-808: «la regolazione si palesa come sinonimo di conformazione e per tale via non esprime alcun tratto qualificante tale da fare assurgere la medesima ad autonoma nozione utile a fare discendere conseguenze significative ed innovative sul terreno dei principi giuridici applicabili, tanto ai procedimenti attraverso i quali si esplica e agli atti in cui trova puntuale estrinsecazione, quanto alle situazioni giuridiche dei privati che con essa vengono a contatto. ... Dunque, se si vuole usare il termine in senso non descrittivo, si dovrebbe parlare correttamente non già di regolazione del mercato o dei mercati bensì di regolazione indipendente (in quanto attribuita ad un'autorità pubblica così qualificabile) del mercato o dei mercati». In una

Il regolatore indipendente, infatti, si distingue dal modello di Amministrazione «servente» il Governo di cui all'art. 95 Cost. per la tangibile e apprezzabile distanza dall'influenza del potere politico, che lo porta nell'alveo degli artt. 5 e 97 Cost.⁵.

Questo attributo è tipico delle Autorità amministrative indipendenti, mentre non risulta pienamente soddisfatto nel modello, mediano, delle «agenzie» governative⁶. Come indica il nome, questi ultimi soggetti godono di una certa indipendenza di fatto, derivante dal tecnicismo dei compiti svolti. Sul piano strutturale-organizzativo, però, essi restano assoggettati a controllo governativo.

Nell'ordinamento europeo il corretto inquadramento del concetto di regolazione indipendente richiede alcuni adattamenti, alla luce del peculiare assetto istituzionale. In tale diverso contesto, infatti, le funzioni che nel diritto nazionale sono affidate alle Autorità indipendenti possono essere svolte, in tutto o in parte, anche da strutture, uffici od organismi complessi interni a una Istituzione o a essa collegati, purché si tratti di una Istituzione che svolge principalmente (ma non esclusivamente) attività di natura tecnica⁷. Si pensi, rispettivamente, alla DG COMP della Commissione europea, per il diritto antitrust, o al Consiglio di vigilanza (*Supervisory Board*) della Banca centrale europea (BCE), titolare di compiti di vigilanza prudenziale nel quadro del Meccanismo Unico di Vigilanza (MVU)⁸. Inoltre, le Agenzie europee di «terza generazione» – modello affermatosi con le Autorità europee di vigilanza (cc.dd. ESAs), isti-

prospettiva simile, F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, n. 3/2018, 701-702 e 706, ove si sottolinea che per attribuire un significato utile al termine occorre far riferimento alla «regolazione» «pubblica» «dei settori economici», aggiungendo che tale compito è stato affidato, in Italia, ad Autorità amministrative indipendenti.

5 M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/1985, 163-164.

6 Per un inquadramento, G. ARENA, *Agenzia amministrativa*, in *Enc. giur.*, I, Treccani, Roma, 1998, 1 ss.; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2003, 393 ss.

7 Come noto, la Commissione costituisce una delle due teste dell'Esecutivo europeo, mentre la BCE è titolare di funzioni di politica monetaria in grado di incidere sul ciclo economico. Proprio per evitare indebite sovrapposizioni tra politica monetaria e vigilanza prudenziale è stato istituito il Consiglio di vigilanza. Cfr. decisione BCE del 17 settembre 2014 «sull'attuazione della separazione tra le funzioni di politica monetaria e le funzioni di vigilanza della Banca centrale europea» (BCE/2014/39).

8 Art. 26 Regolamento (UE) n. 468/2014 della BCE.

tuite nel 2010 sulla scia della crisi finanziaria del 2008⁹ – si caratterizzano per crescenti spazi di indipendenza, anche strutturale¹⁰. Proprio su tali basi parte della dottrina ha riconosciuto in esse una tendenziale corrispondenza, *mutatis mutandis*, al modello nazionale delle Autorità indipendenti¹¹.

Ai fini della presente indagine, dunque, si faranno rientrare nel concetto di regolazione indipendente europea gli atti assunti dalle Agenzie europee e da uffici o strutture interni a Istituzioni che sono affidatarie di compiti (per lo più) tecnici.

Da un punto di vista contenutistico, la regolazione indipendente (sia essa nazionale o europea) può esplicarsi in due funzioni-tipo, cui se ne aggiunge una terza, a cavallo tra le prime due¹².

La prima funzione consiste nell'adozione, nei casi previsti dalla legge, di atti a contenuto normativo¹³.

In ossequio alla visione «sostanzialista» – che muove dalla natura «atipica»

9 Autorità bancaria europea (ABE o, nell'acronimo inglese, EBA); Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi aziendali e professionali (AEAP o ESMA); l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM o EIOPA): in avanti, in riferimento alle ESAs si utilizzerà l'acronimo inglese, poiché più diffuso nell'uso comune.

10 E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2010, 57 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti - A. Natalini (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, Bologna, il Mulino, 2012, 137 ss. Per un commento sull'impatto della c.d. «ESA reform» (Reg. (UE) n. 2175/2019), con particolare riferimento a EBA ed ESMA, cfr. P. CHIRULLI, *The (R) Evolution of the EU Financial Supervisory Framework: Architecture in Search of an Architect?*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, n. 36(2)/2025, 259 ss.

11 M. DE BELLIS, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea. Riflessioni a partire dal pensiero di Claudio Franchini*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3/2024, 517 ss.

12 È possibile ridurre il fenomeno regolatorio complesso a tre sole categorie solo facendo riferimento a «funzioni-tipo», mentre se si guarda ai «poteri» il numero di categorie cresce. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione* cit., 717-726, per esempio, individua dieci categorie di «potere»: di regolazione interna; di regolazione esterna; di amministrazione attiva; di determinazione di *standard* di qualità o le tariffe; sanzionatorio; di *moral suasion*; di segnalazione e proposta; consultivo; quasi giurisdizionali; ispettivi.

13 Senza pretesa di esaustività, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, 87 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, vol. XXVI, agg. 2001, 1 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Giappichelli, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 75 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2012.

della fonte regolamentare¹⁴ e, più in generale, degli atti di normazione secondaria¹⁵ – si considerano normativi gli atti della p.A. che, in forza di una base legale espressa (o, entro certi limiti, implicita), dettano regole di comportamento generali e astratte, nella forma del comando¹⁶.

Seguendo questa linea interpretativa, per esempio, le «disposizioni di vigilanza» adottate dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 53 e 67 TUB costituiscono regolamenti atipici e, dunque, fonti secondarie¹⁷. Complice la difficoltà, in alcuni casi, di distinguere nettamente tra atti a contenuto normativo¹⁸ e atti

14 E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, 205; G.U. RESCIGNO, *Forma e contenuto di regolamento*, in *Giur. cost.*, n. 2/1993, 1433 ss.

15 C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubb.*, n.1-2/2010, 365 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2-3/2015, 389 ss.; N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi*, n. 3/2018, 1 ss.

16 Se completano la legge, detti regolamenti sono «esecutivi», mentre se il mandato legislativo fissa solo la materia e i principi, si tratta di regolamenti autonomi, simili ai regolamenti «indipendenti»: così F. MERUSI - M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 186, secondo i quali, quando i regolamenti delle AAI sono «esclusivi», nel senso di coprire un'intera materia, questi potrebbero anche modificare fonti primarie, pure in difetto di un congegno legislativo espresso di delegificazione. Tale risultato discenderebbe – secondo la visione merusiana delle AAI come enti «autarchici» – dalla circostanza che i regolamenti delle AAI troverebbero la propria (necessaria e sufficiente) copertura primaria direttamente nelle fonti unionali. In senso parzialmente simile, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti* cit., 7 ss. Per l'osservazione di un fenomeno di potestà regolamentare semi-indipendente, atteso che il legislatore fisserebbe pur sempre i principi cui le AAI devono attenersi, di modo che non vi sarebbe piena indipendenza regolamentare, v. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice* cit., 143 e S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti* cit., 133. Per l'individuazione delle due principali tipologie regolamentari nei regolamenti «esecutivi» e «indipendenti» (modello verso cui vengono attratti, caso per caso, i regolamenti «di organizzazione»), v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, 79.

17 Questa impostazione trova una conferma nella Premessa alla ristampa integrale al 34° agg. della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, recante «*Disposizioni di vigilanza per le banche*», lì dove si afferma che, «nelle parti in cui la [...] Circolare contiene disposizioni di recepimento della CRD IV oppure disposizioni di esclusiva competenza nazionale, esse hanno valore di atti normativi secondari emanati ai sensi delle norme del Testo unico bancario (ed eventualmente di altre disposizioni di legge) che attribuiscono alla Banca d'Italia poteri normativi secondari nelle materie rilevanti per le competenze di vigilanza (si fa riferimento, in particolare, agli artt. 53 e 67 del Testo unico bancario in materia di vigilanza regolamentare sulle banche e sui gruppi bancari). Anche tali disposizioni secondarie sono cogenti per i destinatari e possono fondare misure correttive e provvedimenti sanzionatori».

18 Secondo l'impostazione tradizionale, la normatività di un atto amministrativo discende dalla compresenza degli attributi della «generalità», intesa come idoneità alla ripetizione nell'applicazione, e dell'«astrattezza», intesa come capacità di regolare una serie indefinita di casi (tra le molte, Corte cost., n. 274 del 2010). La giurisprudenza amministrativa ha ulteriormente precisato che, «al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, deve farsi riferimento al requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari

amministrativi generali¹⁹, si registra una tendenza a evocare i concetti, indeterminati, di «atto di regolazione» o «procedimento precettivo» per confondere al loro interno entrambe le tipologie. Come è stato osservato, si tratta di un fenomeno di cui possono comprendersi le ragioni pratiche, ma che non può esser condiviso sul piano generale²⁰. Invero, le due categorie sono sottoposte a un differente regime giuridico, sicché l'equiparazione funzionale potrebbe produrre cortocircuiti di non poco momento²¹.

La seconda funzione-tipo in cui si esplica la regolazione indipendente è

indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti» (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9). In dottrina, cfr. A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970, in cui l'A. sottopone a critica il modo di declinare il requisito della generalità, proponendo di attribuire rilievo decisivo all'attitudine dell'atto amministrativo a «innovare» l'ordinamento (da un punto di vista sostanziale, non formale, tale non essendo, cioè, l'atto meramente «applicativ[o]» di precetti contenuti in precedenti atti normativi), laddove sussista una «giustificazione obbiettiva» e l'atto, anche se formalmente riferito a uno specifico soggetto, sia capace di descrivere esaurientemente una categoria (in partic. pp. 78-97).

19 In dottrina, A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il foro it.*, n. 4/1954, 217 ss. e in *Scritti in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, Giuffrè, Milano, 1957, II, 447 ss., anche in *Scritti giuridici*, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, 39 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, Padova, 2000; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2013, 53 ss.

20 M.C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 32.

21 Le principali conseguenze della qualificazione degli atti amministrativi di normazione come regolamenti (atipici) sono le seguenti: la violazione di detti atti può essere dedotta come motivo di ricorso in Cassazione (art. 360 c.p.c.); la violazione di detti atti da parte di successivi atti amministrativi (generali o puntuali) rileva come causa di illegittimità di questi, per «violazione di legge», e non come «eccesso di potere» (art. 21-*octies*, L. n. 241/90); gli stessi atti possono essere disapplicati in sede giurisdizionale, ove venga accertato dal giudice (anche d'ufficio) il contrasto del loro contenuto dispositivo con norme di legge; gli stessi atti, nel loro contenuto dispositivo, sono conosciuti dal giudice ai fini della risoluzione delle controversie al suo esame, in sede giurisdizionale ordinaria e amministrativa, anche se non allegati dalle parti (*iura novit curia*): V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti* cit., 78, ove il richiamo all'insegnamento di Aldo Mazzini Sandulli. Nel Magistero del medesimo A., gli atti amministrativi generali a carattere non normativo sono invece sottoposti al seguente regime giuridico: a) a differenza degli atti amministrativi generali a carattere normativo, non soffrono il limite dell'espressa previsione legislativa; b) non sono applicabili *erga omnes* né invocabili da soggetti estranei al rapporto; c) l'erronea interpretazione di questi atti dà luogo al vizio di eccesso di potere, dunque, nelle controversie involgenti diritti soggettivi o affidate alla giurisdizione esclusiva dell'A.g.o., «l'erronea interpretazione di essi da parte dei giudici di merito non può dar luogo a ricorso per cassazione per violazione di legge»; d) a differenza degli atti normativi, non sono prescritti la pubblicazione e la *vacatio*; e) non può esservi deroga per casi singoli, a differenza degli atti plurimi; f) non hanno contenuto astratto ma operativo e, come tali, sono sempre immediatamente impugnabili; g) a differenza degli atti amministrativi generali a contenuto normativo, possono essere retroattivi, se conferiscono vantaggi; h) diversamente dagli atti generali a contenuto normativo e dagli atti plurimi, salvo il caso di invalidità parziale, «non possono vivere o cadere se non in tutta la loro unità e in tutti i loro effetti» (A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo* cit., 51-53).

quella, multidimensionale, di «vigilanza»²². Essa può esprimersi in un fascio di poteri eterogenei (autorizzazioni; divieti; ordini inibitori; imposizione di condizionalità, rimedi o sanzioni; dispense; ecc.), a loro volta assistiti da poteri ancillari (ispettivi; sanzionatori, di ADR, ecc.).

Tra i poteri in cui può manifestarsi la vigilanza non figura quello normativo, per l'intuitiva ragione che, diversamente opinando, la distinzione tra funzioni-tipo qui proposta perderebbe di utilità e si dovrebbe parlerebbe, *tout court*, di vigilanza. Rientra, invece, nel perimetro della vigilanza, anche in difetto di una base legale espressa, l'attività di predeterminazione dell'azione amministrativa discrezionale, attraverso atti generali (o, per recuperare un autorevole lessico, «ordinanze di servizio» o «amministrative») che non si configurano, per l'appunto, come normativi²³. L'inosservanza dell'auto-vincolo – anche se posto, in ipotesi, in un atto di *soft law*²⁴ – potrà in questo caso dar luogo al vizio di eccesso di potere²⁵, non di violazione di legge.

Vi è poi una terza funzione-tipo che si pone a cavallo tra le prime due, combinandone gli aspetti: quella di adozione di misure di regolazione asimme-

22 In letteratura, L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1984; S. VALENTINI, *Vigilanza*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 702 ss.; M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1994, 1 ss.; E. BANI - M. GIUSTI (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, CEDAM, Padova, 2004; M. CLARICH, *Autorità di vigilanza (Profili generali)*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, 152 ss., in specifico riferimento alle Autorità di vigilanza finanziaria; M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 3/2013, 673 ss.

23 Simili «ordinanze di servizio» o «amministrative» «sono volte a indicare previamente agli organi dipendenti e agli interessati in quali forme, modi e termini questi ultimi potranno porre in essere, nei procedimenti amministrativi non regolati da norme giuridiche, le attività con cui la legge o le ordinanze stesse li ammettono a parteciparvi ... L'inosservanza di esse non può dunque concretare una violazione di legge, ma soltanto, al pari dell'inosservanza delle norme interne, un eccesso di potere» (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 86-87). Secondo il modello dell'auto-vincolo alla discrezionalità di ispirazione tedesca (c.d. prassi interpretativa anticipata, *antizipierte Verwaltungspraxis*), «la comunicazione all'esterno dei criteri che l'amministrazione intende seguire nell'esercizio di un potere discrezionale crea in capo ad essa un vincolo, fondato sul principio di eguaglianza, prima ancora che si formi nel corso del tempo una prassi in senso proprio» (M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, n. 2/2007, 277, nt. 28). Cfr. altresì A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, *Dir. amm.*, n. 2/1996, 697 ss. e, più di recente, ID., *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. Della Cananea - M. Dugato - B. Marchetti - A. Police - M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, 116 ss.

24 In senso critico, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, 31 ss.

25 Nelle figure sintomatiche della violazione di atto presupposto, contraddittorietà, irragionevolezza e disparità di trattamento.

trica²⁶. Detta funzione non va confusa con l'elaborazione di atti di regolamentazione c.d. asimmetrica che, pur recando alcune peculiarità rispetto alla regolamentazione tradizionale (*i.e.* simmetrica), può comunque essere ricondotta a una normale funzione di tipo normativo²⁷. Per cogliere la differenza, non immediata, tra regolamentazione asimmetrica e imposizione di misure di regolazione asimmetrica può richiamarsi l'esempio del *Digital Markets Act* (DMA)²⁸, che incorpora entrambi gli aspetti, affrontandoli in momenti logicamente e strutturalmente distinti²⁹.

A seconda dei casi, l'Autorità amministrativa può essere titolare di una sola di queste tre funzioni (normazione; vigilanza; imposizione di misure di regolazione asimmetrica), di due di esse o di tutte e tre.

La possibile concentrazione nelle mani della medesima Amministrazione di più funzioni-tipo di regolazione indipendente risponde alla necessità di assicurare, in alcuni settori più che in altri, una presa in carico a tutto tondo dell'interesse pubblico curato.

²⁶ In particolare, le misure di regolazione asimmetrica si approssimano al potere di normazione per il fatto di adottare una prospettiva tipicamente *ex ante* (laddove nei poteri di vigilanza prevale la dimensione del presente e/o del passato, con più limitati spazi di valutazione prospettica). Inoltre, al pari dei procedimenti regolamentari, dette misure vengono imposte a valle di procedimenti plurali (cc.dd. *multy-party*) e largamente partecipati, laddove nella funzione di vigilanza l'intervento del terzo è un'occorrenza tutt'altro che rara, ma costituisce pur sempre una vicenda eventuale, che trova maggiore o minore spazio a seconda del settore di riferimento. Per contro, il potere di adottare misure di regolazione asimmetrica si distanzia dal modello normativo per avvicinarsi a quelli di vigilanza nel fatto (come visto, non decisivo ma comunque indiziario) di interessare uno specifico soggetto (o, talvolta, uno specifico gruppo di soggetti) e di incidere in via diretta nella sua sfera giuridica.

²⁷ Gli atti di regolamentazione asimmetrica dettano regole di comportamento che non sono rivolte alla generalità dei consociati, bensì a determinati soggetti o categorie di soggetti che, secondo la dommatica qui accolta, sono tuttavia «esaustivi» di una propria categoria» (A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione* cit., 82). Si definiscono atti di regolamentazione asimmetrica anche quelli che fissano regole generali e astratte ma non uniformi, in quanto variabili in funzione della categoria di destinatario e/o del bene o servizio contemplato (cfr. ad es. Deliberazione ARERA 363/2021/R/RIF, recante «APPROVAZIONE DEL METODO TARIFEARIO RIFIUTI (MTR-2) PER IL SECONDO PERIODO REGOLATORIO 2022-2025»).

²⁸ Regolamento (UE) 2022/1925. L'esempio non coinvolge delle AAI e deve dunque essere rapportato alla dimensione euro-unitaria in cui si colloca. Per quanto concerne la fase di regolamentazione asimmetrica, infatti, la fonte è legislativa (segnatamente, un regolamento europeo). Per quanto invece concerne la fase di imposizione di misure di regolazione asimmetrica, essa è rimessa a una Unit della Commissione, dunque a una Istituzione europea.

²⁹ Si pensi, ad esempio, all'obbligazione di interoperabilità di cui all'art. 6, § 7 DMA, oggetto di specificazione, ai sensi dell'art. 8, § 2 DMA, nel corso di due procedimenti amministrativi avviati dalla Commissione nei confronti di Apple (CASE DMA.100203 – *Apple – Operating systems – iOS – Article 6(7) – SP – Features for Connected Physical Device*; CASE DMA.100204 – *SP – Apple – Article 6(7) – Process*).

Questa comprensibile esigenza di accudimento complessivo del pubblico interesse può tuttavia generare un effetto di confusione tra alcune di queste funzioni e, in modo particolare, tra quelle di normazione e di vigilanza.

2. Dalla «vigilanza regolamentare» alla «regolazione per vigilanza» (*regulation by supervision*)

La formula «vigilanza regolamentare» si è affermata in ambito bancario-finanziario, di fianco a quelle di «vigilanza informativa» e «vigilanza ispettiva».

Mentre l'art. 6 TUF, nella sua formulazione originaria, utilizzava la nozione per descrivere esclusivamente il potere della Consob e della Banca d'Italia di adottare «regolamenti»³⁰ (e, dunque, fonti di diritto secondario), in ambito creditizio il termine si è storicamente distinto per una maggiore ambiguità, atteso che gli artt. 53 e 67 TUB contemplano sia poteri normativi (cc.dd. disposizioni di vigilanza, assimilabili a regolamenti) e/o precettivi (cc.dd. istruzioni di vigilanza, come si vedrà più vicine ad atti amministrativi generali o ordinanze di servizio) che, alternativamente, poteri correttivi di carattere individuale³¹.

L'accezione più diffusa è quella che – recuperando la categoria gianniniana dei procedimenti precettivi – pone l'accento sulla funzionalizzazione sia degli atti normativi (regolamenti; disposizioni di vigilanza) che di quelli amministrativi generali (istruzioni di vigilanza; comunicazioni; deliberazioni) di queste Autorità al raggiungimento di un obiettivo condiviso. L'identità di fine giustificerebbe la considerazione unitaria del fenomeno, sotto un unico ombrello concettuale³².

³⁰ Tuttavia, a riprova di una perdurante confusione di fondo, nella formulazione vigente la rubrica dell'articolo è stata modificata da «vigilanza regolamentare» a «poteri regolamentari».

³¹ Così M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *B.I.S.*, n. 1/2003, 50, ove si osserva che «una certa qual fungibilità tra potere normativo e potere amministrativo riferito a situazioni individuali è presente anche nel T.U. delle leggi bancarie e creditizie. Infatti, l'art. 53 in tema di vigilanza regolamentare prevede al comma 1 che la Banca d'Italia possa emanare disposizioni di carattere generale in una serie di materie tassativamente indicate (adeguatezza patrimoniale, contenimento dei rischi, ecc.) e al comma 3 lett. d) che la Banca d'Italia possa adottare «provvedimenti specifici nei confronti delle singole banche per le materie indicate nel comma 1». Pertanto, per realizzare il medesimo «effetto conformativo» del diritto d'impresa (bancaria) la Banca d'Italia può indifferentemente, nelle stesse materie, emanare atti di tipo generale con prevalente funzione prescrittiva e atti di tipo individuale con prevalente funzione ordinatoria».

³² Su tutti, cfr. S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, n. 4/2004, 744, secondo cui «la vigilanza regolamentare è solo una delle dimensioni o articolazioni della *potestas* precettiva. L'altra dimensione è quella della posizione di precetti *terziari*, prevalentemente a contenuto tecnico-operativo, che costituiscono comunque regole di comportamento per gli operatori del settore: istruzione della Banca d'Italia,

Traendo ispirazione da questa influente posizione, si suole far riferimento al concetto di «vigilanza regolamentare» per contrassegnare i soli poteri normativi (o precettivi) delle Autorità finanziarie³³. In questa venatura a-tecnica, l'espressione sta semplicemente a indicare che trattasi di atti normativi o precettivi adottati da Autorità che detengono *anche* poteri di vigilanza (o – nella riferita posizione dottrinale – «conformativo-correttivi»).

In modo forse più aderente alla realtà, altra parte della dottrina ha invece evidenziato come sotto l'etichetta vigilanza regolamentare si annidi, almeno nell'assetto fatto proprio dal Testo unico bancario, un fascio eterogeneo di poteri, normativi e precettivi, ma anche a carattere puntuale³⁴.

Nella sua cennata ambiguità di fondo, la nozione di «vigilanza regolamentare» potrebbe accentuare alcuni processi trasformativi in atto.

Invero, nel far prevalere la funzione-obiettivo del potere sulla relativa struttura, la dizione finisce per assommare fenomeni tra loro eterogenei (atti

comunicazioni della CONSOB, genericamente deliberazioni dell'ISVAP, etc. Sono tutti atti formalmente non regolamentari, ma la loro funzione è sostanzialmente del tutto analoga, in quanto contengono precetti di comportamento più dettagliati e specificativi/attuativi». Secondo il medesimo A., dalla vigilanza regolamentare va distinta la «potestà conformativa/correttiva».

33 B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, 244; F. MERUSI - M. PASSARO, *Autorità indipendenti* cit., 178; B.M. RAGANELLI, *Un'autorità regolatrice con poteri di direzione ed oltre (Banca d'Italia)*, in S. Valentini (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005, 199-200; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 97-98; C. FRANCHINI, *I caratteri della disciplina pubblica della finanza privata*, in AA.VV. *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, 623. Per l'osservazione di una progressiva avocazione, a livello europeo, di parte della funzione di vigilanza regolamentare a partire dal 2010 ad opera della Commissione europea e delle ESAs, secondo il c.d. metodo Lamfalussy, cfr., tra gli altri, E. CAMILLI, *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir.*, Annali V, 2012, 164; G. MULAZZANI, *La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato*, in *Dir. ec.*, n. 1/2020, 439.

34 In questo senso, *inter alia*, V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare*, in *Mondo bancario*, n. 6/1994, 33 ss. e anche in AA.VV., *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Vol. I, *I soggetti e i controlli*, Milano, Giuffrè, 1996, 47 ss., secondo cui «la nozione di vigilanza regolamentare nasconde istituti diversi e si estende invero sino a coprire l'intero campo dei poteri amministrativi attribuiti al complesso organizzativo designato dalla legge come "Autorità creditizie"»; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1994, 504; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi* cit., 50. V. altresì C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, CEDAM, Padova 2019, II ed., 153-158, che sembra ricomprendere all'interno di questa forma di vigilanza sia poteri regolamentari e precettivi che poteri di controllo e di imposizione di condizionalità. Questa impostazione è richiamata in R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, ESI, Napoli, 2023, 64, ove si nota peraltro che, con il MVU, si è assistito alla separazione tra vigilanza regolamentare e vigilanza operativa (283).

normativi e atti amministrativi generali, nella prima impostazione; atti normativi, atti amministrativi generali e provvedimenti individuali, nella seconda)³⁵.

Tale operazione – in sé, forse, innocua – potrebbe inavvertitamente accelerare l'entropia che, per fattori esogeni, già si registra in particolari contesti ordinamentali, caratterizzati da una *governance* istituzionale multilivello e da un sistema delle fonti del diritto estremamente complesso. Si allude, in particolare, alla tendenza a far scivolare verso il momento applicativo della vigilanza l'elaborazione della regola di comportamento di cui si pretende l'osservanza. Fenomeno che – per simmetria con il concetto di «vigilanza regolamentare» – potrebbe qui descriversi come «regolazione per vigilanza» (*regulation by supervision*).

Per discutere quest'ipotesi di ricerca si procederà all'illustrazione di due recenti fenomeni, tra loro intimamente collegati: la diffusione, nel diritto derivato, del concetto di *Single Rulebook* (o *corpus* unico di norme) (§ 3); l'affidamento, in alcuni di questi casi, alla medesima Autorità di vigilanza europea incaricata di completare il *Single Rulebook*, o a diversa Autorità europea, del potere di applicare in via diretta, nell'ambito della supervisione di determinati soggetti, il diritto unionale e il pertinente diritto nazionale di recepimento o esecuzione, che compongono il *corpus* (§ 4).

I casi di studio esaminati nascono in contesti ordinamentali molto particolari. I problemi che essi sollevano, però, non paiono esclusivi di quegli ambiti, risentendo, a ben vedere, di più ampi e radicali fenomeni che si agitano sullo sfondo. Ci si riferisce, in particolare, alla sempre più frequente rivisitazione (per non dire messa in discussione) di dottrine classiche sui rapporti tra ordinamento europeo e nazionale (§ 5).

35 In dottrina è stata teorizzata l'emersione di una funzione autonoma e unitaria di vigilanza bancaria, i cui poteri, per quanto eterogenei, sono tra loro indissolubili, giacché finalisticamente avvinti all'obiettivo unitario della solidità patrimoniale degli enti creditizi; obiettivo perseguito in un *continuum* procedimentale che copre l'intero ciclo di vita della banca (R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica* cit., 303-309). Tali interessanti conclusioni sono state raggiunte in riferimento a un contesto particolare: i poteri amministrativi (autorizzatori; revocatori; ispettivi; di divieto; permissivi; conformativi; correttivi; sanzionatori) affidati alla BCE (e alle ANC) nell'ambito del MVU. Esse non sono generalizzabili nella prospettiva, più ampia, che il presente contributo adotta. Per un verso, lo scritto propone una riflessione non esclusiva al settore bancario e, per altro verso, all'interno di tale peculiare ambito, esso intende porre l'accento sulle relazioni tra i poteri (propriamente) normativi affidati alla Banca d'Italia e quello normativo «di fatto» che – come si vedrà (*infra* § 4) – nella realtà pratica viene esercitato dalla BCE in sede di *enforcement*. Aspetti, questi, che si pongono al di fuori della riferita prospettiva di indagine.

3. Lo strumento del *Single Rulebook* (o *corpus* unico di norme)

Si suole riferire a un discorso del 2004 di Tommaso Padoa-Schioppa, allora membro del Comitato Esecutivo della BCE, il primo utilizzo del termine «*single rulebook*»³⁶. A partire da tale influente *speech* matura la consapevolezza che per fronteggiare le sfide poste dai mercati bancari e finanziari è necessario ridurre la frammentazione del quadro normativo. A tal fine, l'Unione deve prediligere all'approccio di armonizzazione minima quello di armonizzazione massima o, meglio ancora, di uniformazione, favorendo – nel rispetto del principio di sussidiarietà e attraverso una *governance* istituzionale complessa – fonti direttamente applicabili come regolamenti, decisioni o atti delegati o esecutivi.

Ne ha tratto ispirazione la raccomandazione n. 10 del Rapporto de Larosière del 25 febbraio 2009³⁷, evocata nella Comunicazione della Commissione del 27 maggio 2009 «*Vigilanza finanziaria europea*»³⁸ e recepita il 9 giugno 2009 dal Consiglio UE³⁹, nonché nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio

36 T. PADOA-SCHIOPPA, *How to deal with emerging pan-European financial institutions?*, L'Aja, 3 novembre 2004, <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2004/html/sp041103.en.html>: «By this I mean a streamlined, uniform and flexible regulatory framework across the EU. This rulebook would be adopted by the level 2 regulatory committee. It would allow pan-European banking groups to deal with a single set of rules across their organisation and hence to reduce compliance costs substantially. Today, financial groups are instead confronted with widely diverging national rulebooks, in spite of their common source in Community law. An additional advantage of a single rulebook enshrined in secondary EU legislation is that it can be easily adapted to changing market conditions, under the «comitology» procedure. The review of banks' capital requirements would offer a unique opportunity to establish such a rulebook for a major component of the present legislation». Così, ad es., A. LEFTEROV, *The Single Rulebook: legal issues and relevance in the SSM context*, in *ECB Legal Working Paper*, 15 ottobre 2015, 1.

37 Report by the High-level Group on Financial Supervision in the EU, Bruxelles, 25 febbraio 2009, https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf, § 109, Raccomandazione 10, «In order to tackle the current absence of a truly harmonised set of core rules in the EU, the Group recommends that:

- Member States and the European Parliament should avoid in the future legislation that permits inconsistent transposition and application;
- the Commission and the Level 3 Committees should identify those national exceptions, the removal of which would improve the functioning of the single financial market; reduce distortions of competition and regulatory arbitrage; or improve the efficiency of cross-border financial activity in the EU. Notwithstanding, a Member State should be able to adopt more stringent national regulatory measures considered to be domestically appropriate for safeguarding financial stability as long as the principles of the internal market and agreed minimum core standards are respected».

38 COM/2009/0252 def., la cui Conclusione fa riferimento a «un *corpus* unico di regole armonizzate».

39 9 giugno 2009, 10772/09 + ADD 1.

europeo del successivo 18-19 giugno⁴⁰.

Tale disegno politico si concretizza nei regolamenti istitutivi delle ESAs, che affidano, rispettivamente, all'EBA⁴¹, EIOPA⁴² ed ESMA⁴³ il compito di completare il *single rulebook* (o meglio, i *single rulebooks*).

Queste Autorità – si noti – interpretano il verbo «completare» in due direzioni: non solo come elaborazione, da parte loro e nei casi previsti dalle fonti europee di diritto secondario (c.d. Livello 1), di *standard* tecnici (*Regulatory technical standard* – RTS e *Implementing technical standard* – ITS)⁴⁴, nonché di atti di regolazione flessibile (Linee guida; Orientamenti; Raccomandazioni), pareri o domande e risposte (Q&A); ma anche come predisposizione, sempre a loro cura, di *Single Rulebook(s)* interattivi, cioè di portali liberamente navigabili e consultabili, posti al servizio delle Autorità nazionali di vigilanza e dei soggetti vigilati⁴⁵.

Sotto il «tetto» di ciascun articolo delle fonti unionali di Livello 1 viene riportato, in modo granulare per ciascun paragrafo, le «*rules*» (o «norme») che a quel comando primario sono riconducibili. Indubbiamente, lo sforzo di razionalizzazione e l'accrescimento dell'accessibilità e conoscibilità del «*corpus* normativo» sono ragguardevoli. Ma non meno forte è la spinta funzionalizzante, giacché molte delle «*rules*» (o «norme») che – per amor di completezza – il *corpus* annovera, in realtà tali non sono, trattandosi di atti di *soft law* (o addirittura di pareri o FAQ), come si evince dall'esempio di seguito riportato, relativo all'art. 25 della MiFID II («*Valutazione dell'idoneità e dell'adeguatezza e comunicazione ai clienti*»):

⁴⁰ 11225/09, CONCL 2, § 20.

⁴¹ Cons. 5 e 22 Reg. (UE) n. 1093/2010 che istituisce l'Autorità bancaria europea (EBA).

⁴² Cons. 5 e 21 Reg. (UE) n. 1094/2010 che istituisce l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA).

⁴³ Cons. 5 e 22 Reg. (UE) n. 1095/2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (ESMA).

⁴⁴ La formale adozione di RTS e ITS è rimessa alla Commissione, che conferisce a tali *standard* lo *status*, rispettivamente, di atti delegati e atti di esecuzione ai sensi degli artt. 290 e 291 TFUE.

⁴⁵ Cfr., per l'EBA, <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook/interactive-single-rulebook>; per l'EIOPA, https://www.eiopa.europa.eu/rulebook_en; per l'ESMA, <https://www.esma.europa.eu/publications-and-data/interactive-single-rulebook#:~:text=The%20Interactive%20Single%20Rulebook%20is%20meant%20purely%20as%20a%20documentation,Journal%20of%20the%20European%20Union>.



[Fonte: <https://www.esma.europa.eu/publications-and-data/interactive-single-rulebook/mifid-ii> (10.3.2025)⁴⁶]

In dottrina⁴⁷ si è osservato che, nella sua originalità e atipicità, il concetto di *single rulebook* può essere accostato a quello del testo unico e, segnatamente, del t.u. che opera delle sistematizzazioni e razionalizzazioni del quadro normativo esistente⁴⁸, data la preventiva attività di selezione – connotata da momenti di discrezionalità tecnica – svolta dall'EBA (e, *mutatis mutandis*, dall'ESMA o EIO-PA). Con la significativa differenza che, diversamente dai testi unici, tale «raccolta» abbraccia atti con forza giuridica diversa (regolamenti, direttive, *Regulatory* e *Implementing Technical Standards*), tanto da aver indotto gli osservatori a parlare di «(not so single) single rulebook»⁴⁹. Come visto, nelle versioni interattive curate dalle ESAs si aggiungono, poi, atti di *soft law*, pareri e *Q & A*. Detti atti «mantengono le caratteristiche normative previste nei trattati; senza che l'esser raccolti nel nuovo strumento normativo modifichi la loro natura giuridica». Tutto ciò – conclude questa autorevole dottrina – in nome del «principio di coerenza», che trova ampia risonanza nel diritto derivato⁵⁰ e di cui varie previ-

46 Legenda: DA: Delegated act; IA: Implementing act; RTS: Regulatory technical standard; ITS: Implementing technical standard; GL: Guidelines; OP: Opinion; Q&A: Questions & Answers. Per l'eccessiva complessità del quadro giuridico nel settore finanziario, cfr. Report by an Expert Group, *Less is more. Proposals to simplify and improve European rule-making in the financial services sector*, 10 febbraio 2025.

47 M.P. CHITI, *Il single rulebook per il settore bancario dell'Unione europea: un originale strumento regolatorio*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 4/2024, 549 ss.

48 In argomento, cfr. A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, Torino, VII, 1961, 524 ss. e in ID., *Scritti giuridici*, Jovene, Napoli, I, 1990, 112, ove si distinguono i testi unici a seconda che essi siano annoverabili tra le «fonti di cognizione» o le «fonti di produzione», nonché V. ANGIOLINI, *Testi unici*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 526 e C. ESPOSITO, *Testi unici*, in *Nuovo dig. It.*, XII, tomo II, UTET, Torino, 1940, 181 ss.

49 Così C. ZILIOI - K.-P. WOJCIK, *European Banking Union: a Giant Step Towards European Integration and a Challenge for Judicial Review*, in *Id.* (a cura di), *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 9, § 1.23.

50 Per esempio, il principio compare più volte nei Reg. (UE) nn. 1093, 1094 e 1095 del 2010, istitutivi delle ESAs.

sioni dei Trattati recano traccia⁵¹ ma che non possiede (o non ancora) il rango di principio generale del diritto europeo.

Lo strumento regolatorio del *single rulebook* è penetrato anche nel diritto interno. Come si è avuto modo di osservare in altra sede, le «*Disposizioni di vigilanza per le banche*» adottate dalla Banca d'Italia si caratterizzano, infatti, per un contenuto complesso e per una forza giuridica «mobile»⁵².

In particolare, la Circolare contiene: disposizioni di vigilanza che, nelle materie coperte dal MVU, dettagliano in modo «cogente» gli obblighi di comportamento degli enti, nell'esercizio della «vigilanza regolamentare» di cui agli artt. 53 e 67 TUB⁵³; disposizioni di vigilanza con cui la Banca d'Italia riproduce il testo di atti direttamente applicabili e le determinazioni da essa assunte nell'esercizio delle opzioni rimesse alle ANC⁵⁴; disposizioni di vigilanza aventi ad oggetto aspetti che, per un verso, non rientrano in via diretta nel perimetro del Meccanismo, in quanto non armonizzati, e, per altro verso, possono comunque incidere sulle politiche di vigilanza comune⁵⁵; disposizioni di vigilanza produttive di regole di comportamento «cogenti» che, tuttavia, coprono aree soggettivamente od oggettivamente escluse dall'ambito di applicazione del Meccanismo⁵⁶. Specialmente nelle prime tre Parti possono rinvenirsi, di fianco a disposizioni cogenti, talune «*linee di orientamento*» che, come chiarito nella Premessa della Circolare, costituiscono semplici «*orientamenti e chiarimenti*» e, dunque, sono strumenti di regolazione flessibile⁵⁷. La breve disamina che precede

51 Artt. 13 TUE e 7 TFUE. Inoltre, la *review procedure* contemplata dall'art. 256, § 2 TFUE prevede che la Corte di giustizia possa eccezionalmente rivedere le decisioni del Tribunale UE quando sussistono gravi rischi che l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse. Lo stesso Tribunale può, su presupposti analoghi, provocare una decisione di principio della Corte di giustizia (art. 256, § 3 TFUE).

52 In riferimento alla Circolare n. 285 del 2013 cit., se si vuole, M. CAPPALÀ, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo (anche) in funzione dell'organizzazione: il contributo del Meccanismo di Vigilanza Unico al federalizing process europeo*, in *Federalismi*, n. 18/2022, 73-74.

53 Parte I.

54 Parte II.

55 Parte III.

56 Parte IV.

57 Nella Comunicazione del 17 luglio 2019 «*sulle modalità attraverso le quali [...] si conforma agli Orientamenti e alle Raccomandazioni delle Autorità europee di vigilanza*» la Banca d'Italia ha chiarito che essa adotta «*atti aventi natura normativa*» se l'efficace applicazione degli orientamenti o delle raccomandazioni dell'ESA presuppone necessariamente, da parte dei destinatari, determinati adempimenti che devono dunque essere configurati come obblighi (ad esempio obblighi di comunicazione) o richiede un coordinamento con altri atti normativi, mentre adotta dei semplici «*orientamenti di vigilanza*» quando si limita a esplicitare aspettative non vincolanti nei

rende evidente che, a dispetto del *nomen iuris*, non siamo in presenza di una «circolare»⁵⁸.

La oramai pluridecennale sperimentazione dei *single rulebook* nel settore bancario-finanziario ha indotto il legislatore europeo – evidentemente soddisfatto dai risultati sin qui raggiunti – a riproporre il modello anche in altri settori (c.d. *path dependency*).

E così, se in alcuni ambiti, come la *Capital Markets Union*, il termine viene evocato per lo più impropriamente – nel senso non di «raccolta», ma di «codificazione» in un'unica fonte di diritto secondario di una pluralità di atti legislativi dell'Unione⁵⁹ – in altri ambiti, come quello della lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AML/CFT), lo strumento è stato riproposto nel significato che gli è proprio. In particolare, il Regolamento istitutivo dell'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA) assegna a tale nuovo soggetto le funzioni di (supporto alla funzione di) *rule-making* che, *mutatis mutandis*, i Regolamenti del 2010 attribuiscono alle ESAs⁶⁰ (con la rilevante differenza che, come si vedrà, l'AMLA è dotata anche di poteri di vigilanza diretta⁶¹).

confronti degli enti che, almeno sulla carta, restano liberi di utilizzare modalità diverse da quelle indicate, purché siano in grado di dimostrare alla Banca d'Italia, su richiesta di quest'ultima, che esse soddisfano comunque quanto richiesto dalla disposizione normativa di riferimento. In ossequio all'art. 8, commi 1 e 2 TUB, Bankit pubblica (anche) in Gazzetta Ufficiale gli «atti aventi natura normativa», che prendono solitamente la forma di aggiornamenti alla Circolare, mentre dà pubblicità ai propri «orientamenti di vigilanza» (solo) attraverso delle «Note» pubblicate sul proprio sito internet.

58 Ossia – secondo la tradizionale definizione – di «atti di normazione interna» contenenti «istruzioni di carattere normativo» ed «emanat[e], in materia di servizio, da quelle autorità che si trovino rispetto ad altre autorità in una posizione di sopraordinazione» (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., 85-86).

59 Comunicazione della Commissione «Un'Unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: nuovo piano di azione» (COM(2020) 590 def). Fa più correttamente riferimento a un'opera di codificazione in un unico atto legislativo dei vari *single rulebooks* che attualmente compongono il diritto finanziario europeo, per esempio, R. VEIL, *The Idea of Codification of European Capital Markets Law*, in Id. (a cura di), *Regulating EU Capital Markets Union*, OUP, Oxford, 2024, 3 ss.

60 Cons. 12 Reg. (UE) 2024/1620 che istituisce: «L'Autorità dovrebbe essere incaricata della predisposizione di progetti di norme tecniche di regolamentazione per completare il corpus normativo armonizzato stabilito nel regolamento (UE) 2023/1113, nel regolamento (UE) 2024/1624 e nella direttiva (UE) 2024/1640». In argomento, C.A. PETIT, *Anti-money laundering*, in M. Scholten (a cura di), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2023, 246 ss.

61 *Infra* § 4.

4. L'applicazione diretta, da parte di Autorità europee, del diritto unionale e del pertinente diritto nazionale di recepimento o esecuzione

In alcuni dei settori in cui sono fioriti *single rulebook* il legislatore europeo ha anche conferito alle Autorità di vigilanza sovranazionali il potere-dovere di applicare, nell'esercizio dei propri compiti di supervisione diretta a essa affidati, il diritto unionale e il pertinente diritto nazionale di recepimento o esecuzione.

L'art. 4, § 3 del Regolamento istitutivo del MVU abilita la BCE, nelle *common procedure*⁶² e nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza diretta sugli enti significativi (SI) (o, eccezionalmente, non significativi - LSI)⁶³, ad applicare tutto il pertinente diritto dell'Unione⁶⁴ e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive o da regolamenti che concedono opzioni, anche la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive/esercizio di siffatte opzioni. Se le opzioni sono riservate alle ANC, la BCE esercita tali opzioni⁶⁵.

Specularmente, l'art. 5, § 6 del Reg. (UE) n. 1620/2024, istitutivo dell'AMLA, stabilisce che, «*ai fini dell'assolvimento dei compiti che le sono attribuiti dal presente regolamento*», tale Autorità «*applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il diritto dell'Unione applicabile sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, l'Autorità applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni*».

Nel primo caso l'Autorità competente per il completamento del *Single Rulebook* (i.e. l'EBA) non coincide con quella di vigilanza (i.e. la BCE, insieme con le ANC)⁶⁶; mentre nel secondo caso l'AMLA è stata investita di entrambe

62 art. 4, § 1, lett. a) e c) Reg. (UE) n. 1024/2013.

63 Comb. disp. art. 4, §§ 1 e 4 Reg. (UE) n. 1024/2013.

64 Per una ricognizione delle fonti europee rilevanti in tale contesto, cfr. comb. disp. cons. 32 Reg. (UE) n. 1024/2013 e art. 1, § 2 del Reg. (UE) n. 1093/2020.

65 Arg. ex cons. 34 e 45 Reg. (UE) n. 1024/2013.

66 Tale scelta di «*decoupling of Regulatory and Supervisory Powers in the SSM*» viene criticata in G. FERRARINI - F. RECINE, *The Single Rulebook and the SSM. Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization*, in D. Busch - G. Ferrarini (a cura di), *European Banking Union*, II ed., OUP, Oxford, 2020, 193 ss. Dopo aver rilevato che un potere di *law-making* poteva essere radicato in capo alla BCE in forza dell'art. 282, § 4 TFUE, gli A. affermano che «*the use of directives at both Level 1 and 2 has widened the scope of banking regulation to the point of depriving supervisors of the discretion needed to a flexible approach to bank surveillance. As a result, the professional competences and independence of banking supervisors are not fully exploited, while political interference with banking regulation and supervision risks distorting the same for reasons other than technical ones*».

le funzioni (insieme, per quanto concerne la vigilanza, alle ANC)⁶⁷.

I due Regolamenti richiamano espressamente o sottintendono il principio del primato del diritto dell'Unione⁶⁸. Teoria che – almeno nella sua configurazione originaria – per sfociare nella disapplicazione del diritto nazionale incompatibile presuppone la diretta applicabilità (nel caso dei regolamenti) o l'effetto diretto ascendente (nel caso delle direttive) della fonte sovranazionale⁶⁹.

Ne è sorto l'interrogativo se in questi contesti «rovesciati»⁷⁰ – in cui l'Amministrazione europea applica il diritto nazionale, e non l'Amministrazione nazionale quello europeo – sia possibile, quasi per proprietà transitiva, immaginare una deroga alla regola generale del potere-dovere, per la p.A., di applicare la norma nazionale contrastante con una direttiva europea priva di effetto diretto ascendente⁷¹.

Mentre occorrerà del tempo perché si formi una giurisprudenza significa-

67 Ai sensi dell'art. 6, § 4 del Reg. (UE) n. 1620/2024, l'Autorità può predisporre progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; orientamenti e raccomandazioni; pareri.

68 Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*; 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*; 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal Spa*. Il cons. 34 Reg. (UE) n. 1024/2013 richiama espressamente il principio del primato, che rimane invece implicito nel Reg. (UE) n. 1620/2024.

69 Per una riflessione sul rapporto tra primato, effetto diretto e disapplicazione, cfr. D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, n. 1/2022, 592-593: «if the principle of direct effect presupposes, to be effective, the primacy of EU law, the reverse is not true. The argument according to which the obligation to disapply could be a result of primacy alone forgets that the primacy principle has a larger sphere, when compared to direct effect, insofar as also non-directly effective provisions, as known, impose obligations towards national authorities. As a matter of fact, EU provisions are not per se directly effective: while they all prevail over the internal legislation of the Member States, only some of them are directly effective. This is the *summa divisio* that was conceptualised in the literature decades ago and still stands today».

70 F. ANNUNZIATA, *I postumi del caso Landesbank vs. BCE*, in *An. giur. ec.*, n. 2/2018, 419.

71 Per una trattazione generale sulle delicate questioni poste dall'art. 4, § 3 Reg. (UE) n. 1024/2013, cfr., oltre alle opere *infra* richiamate in relazione a specifiche sentenze, A. WITTE, *The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?*, *Maastricht Journal of EU and Comparative Law*, n. 21/2014, 89 ss.; A. LEFTEROV, *The Single Rulebook* cit.; F. AMTENBRINK - F. COMAN KUND, *On the Scope and Limits of the Application of National Law by the European Central Bank within the Single Supervisory Mechanism*, in *Banking & Finance Law Review*, n. 33(2)/2018, 133 ss.; F. AMTENBRINK, *The application of national law by the European Central Bank: challenging European legal doctrine?*, in *ECB Legal Conference 2019, Building bridges: central banking law in an interconnected world*, 136 ss.; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea* cit., 218 ss.; M. CAPPAL, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo* cit.; I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione*, in *Quad. AISDUE*, n. 1/2024, 1 ss.; F. ANNUNZIATA - R. D'AMBROSIO, *The Application of National Law by the ECB*, in F. Annunziata - M. Siri (a cura di), *EU Banking and Capital Markets. Open Issues of Vertical Interplay with National Law*, Palgrave Macmillan, Londra, 2025, 105 ss.

tiva in materia di lotta al riciclaggio e al terrorismo, in questi dieci anni e più di operatività del Meccanismo sono intervenute diverse pronunce che, pur non restituendo ancora all'interprete un quadro univoco, consentono di cogliere i principali problemi sin qui sperimentati.

Nella sentenza del 2022 sul caso *Corneli*, il Tribunale UE ha chiarito che quando la BCE applica il diritto nazionale di trasposizione di direttive, l'obbligo di interpretazione conforme di cui è gravato⁷² non può sfociare in interpretazione *contra legem*, pena la violazione del principio generale di certezza del diritto⁷³. Dopo aver evocato il limite dell'effetto diretto discendente⁷⁴, la pronuncia ha inoltre stabilito – aggiungendo un importante tassello argomentativo – che, «quando il diritto dell'Unione è composto da direttive, deve essere applicata [n.d.r. esclusivamente] la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive». In altri termini, «la disposizione non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi, vale a dire il diritto dell'Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, al quale si dovrebbe aggiungere la legislazione nazionale che le recepisce». Ciò in quanto «una simile interpretazione presupporrebbe ... che le disposizioni nazionali divergano dalle direttive e che, in tal caso, i due tipi di atti vincolino la BCE come fonti normative distinte»⁷⁵.

Il portato della sentenza *Corneli* è chiaro: di fronte a direttive prive di effetto diretto verticale (ascendente), prevale il diritto nazionale non solo in caso di «contrasto» con il diritto europeo, ma anche nel caso di semplice «difformità

72 Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 novembre 2016, *Atanas Ognyanov*, C-554/14, § 59: «Nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare quest'ultimo è quindi tenuto a farlo, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato da essa perseguito. Tale obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale è insito nel sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte».

73 Tribunale UE, Sez. IV ampl., 12 ottobre 2022, T-502/19, F.C. c. BCE, § 106: «l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale ... non può servire da fondamento a un'interpretazione in contrasto con i termini utilizzati nella disposizione nazionale di recepimento di una direttiva».

74 Corte di giustizia, 26 febbraio 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, C-152/84, § 48; Grande Sezione, 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, § 46.

75 T-502/19 cit., § 112, ove si aggiunge che «una siffatta interpretazione non può essere accolta, in quanto sarebbe contraria all'articolo 288 TFUE, il quale prevede che "[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"».

di discipline»⁷⁶, come peraltro si era già avuto modo di suggerire in altri scritti⁷⁷.

Nelle Conclusioni presentate nel giudizio di appello, l'Avv. gen. Juliane Kokott ha ritenuto che il mancato esperimento del tentativo di interpretazione euro-unitariamente orientata potrebbe essere censurato nel giudizio di impugnazione come «errore di diritto» solo se, nell'economia dell'art. 4, § 3 Reg. (UE) n. 1024/2013, l'esatta ricostruzione della normativa nazionale rilevasse, appunto, come questione di «diritto», e non di «fatto»⁷⁸. Al riguardo, l'Avvocata generale ha evidenziato che la prima opzione avrebbe come effetto pratico quello di «incorporare» il diritto nazionale in quello europeo. Ebbene, «una siffatta equiparazione totale di tali diverse fonti del diritto sarebbe contraria alla ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione nei Trattati nonché al principio di attribuzione sancito all'articolo 5, paragrafo 2, TUE». Né la ripartizione delle competenze – nella specie: concorrente – prevista dai Trattati «p[otrebbe] essere modificata dall'obbligo, basato sul diritto derivato, di applicare il diritto nazionale, quale previsto dall'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, del regolamento n. 1024/2013»⁷⁹. Corollario della rilevanza del diritto nazionale come «fatto» è che «il principio iura novit cu-

76 Per un commento adesivo sul principio di diritto, cfr. A. MAGLIARI, *L'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2023, 213 ss., in cui però si nota che, nel merito, le gravi «violazioni» o «irregolarità» cui fa riferimento l'art. 70 del TUB sarebbero state in grado di ricomprendere anche la situazione, posta alla base della decisione controversa, di deterioramento significativo della situazione della banca (p. 222), sicché, per praticare l'interpretazione conforme (alla luce degli artt. 28-29 BRRD), non sarebbe stato necessario violare il diritto interno. In una prospettiva parzialmente diversa, F. ANNUNZIATA - T. DE ARRUDA, *The Corneli Case and the Application of National Law by the European Central Bank Developments on Article 4(3) SSMR in Case T-502/19 (Francesca Corneli V ECB)*, in F. Annunziata - M. Siri (a cura di), *EU Banking and Capital Markets Regulation* cit., 139 ss., i quali, dopo aver constatato una effettiva difformità di regime (p. 155), hanno nondimeno prospettato un'interpretazione adeguatrice (p. 158). Secondo gli A., peraltro, la pronuncia non risolverebbe tutti i dubbi, lasciando aperte le rilevanti questioni su cosa accada nella diversa ipotesi di frontale contrasto tra norma nazionale e direttiva, nonché di mancato recepimento della stessa entro il termine all'uopo fissato (p. 166).

77 M. CAPPAL, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo* cit., 79-80.

78 Conclusioni presentate il 21 novembre 2024 in C-777/22 P (BCE c. F.C.) e C-789/22 P (F.C. c. BCE), § 122. Cfr. V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, 329-330, che invece propende per qualificare simili questioni come «diritto».

79 Conclusioni in C-777/22 P e C-789/22 P cit., § 126. Per l'anticipazione di questa lettura, sia consentito il rinvio a M. CAPPAL, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo* cit., 61-63 e 83-87, ove pure si richiama il principio di attribuzione delle competenze.

ria non può applicarsi ai giudici dell'Unione, per quanto riguarda il diritto nazionale, nello stesso modo in cui si applica per il diritto dell'Unione»⁸⁰.

Nei casi *Sberbank* e *BAWAG* il Tribunale UE ha stabilito che «l'esigenza di un'interpretazione conforme include ... l'obbligo di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva»⁸¹. Ritenuto che, in linea di principio, l'automatica imposizione di interessi di recupero a seguito di accertato superamento dei limiti delle grandi esposizioni⁸² contrasti con il principio di proporzionalità accolto dal pertinente diritto derivato⁸³, e considerato altresì che la norma nazionale di riferimento⁸⁴ poteva essere interpretata alla luce di questo principio, il Tribunale ha dunque annullato le decisioni in questione⁸⁵.

Apparentemente, le pronunce si pongono in antitesi con la sentenza *Cor-*

80 Conclusioni in C-777/22 P e C-789/22 P cit., § 127. Su tali basi il motivo di impugnazione è stato ritenuto irricevibile, non avendo la BCE e la Commissione dimostrato, in primo grado, che il diritto nazionale poteva e doveva essere interpretato in modo euro-unitariamente orientato, né potendo la Corte supplire in via d'ufficio a tale carenza (§§ 130 e 141). In riferimento ai casi *BAWAG* e *Sberbank*, ma con notazioni estensibili anche a *Corneli*, I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia* cit., 32-33 ha espresso la diversa opinione secondo cui «il principio *iura novit curia* pare applicabile nell'ordinamento dell'Unione negli stessi termini dell'ordinamento italiano, consentendo quindi alla Corte non solo la possibilità di mutare la qualificazione giuridica dei fatti e considerare parametri normativi non indicati dalle parti, ma anche di accertare d'ufficio il contenuto del diritto nazionale rilevante nel caso di specie».

81 Tribunale UE, Sez. III ampl., 28 febbraio 2024, T-667/21, T-667/21, *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG c. BCE e Repubblica d'Austria*, § 61; Sez. III, 28 febbraio 2024, *Sber Vermögensverwaltungs AG c. BCE e Repubblica d'Austria*, T-647/21 e T-99/22, § 62. In commento, B. BUDINSKÁ, *The General Court gives with one hand and takes away with the other: Reflections on the judgment in BAWAG PSK Bank v ECB (T-667/21) concerning the ECB's mandate to apply national law*, in *REALaw*, n. 18(1)/2025, 81 ss. In senso critico, cfr. I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia* cit., 29-30, ove si nota che l'obbligo di interpretazione conforme è sempre stato affermato con riferimento al giudice nazionale (ad eccezione del caso *Corneli*), tant'è che il Tribunale ha citato a questo proposito la sentenza *Dominguez* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, C-282/10), relativa, per l'appunto, a un contesto nazionale. Anche il richiamo alla sentenza *Danske Industri* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 19 aprile 2016, C-441/14) confermerebbe la contraddittorietà del ragionamento svolto dal Tribunale, giacché, in quel caso, la Corte aveva affermato il principio in parola in relazione al contesto, affatto diverso, in cui fosse il giudice nazionale, e non quello europeo, a essere chiamato a modificare la propria giurisprudenza consolidata.

82 Art. 395, § 1 Reg. (UE) n. 575/2013.

83 Artt. 65, § 1 e 70 Dir. (UE) n. 2013/36.

84 Art. 97, § 1, n. 2 Bankwesengesetz.

85 Invero, la norma nazionale conferiva all'ANC (e, dunque, alla BCE) «un margine di discrezionalità ... che le consent[iva] di non imporre interessi di recupero qualora riten[esse] che le circostanze [lo] richied[evano]» (Tribunale UE, *BAWAG*, T-667/21 cit., § 75; *Sberbank*, T-647/21 e T-99/22 cit., § 76).

neli e con le Conclusioni rassegnate, nel relativo giudizio di impugnazione, dell'A.G. Kokott.

A ben vedere, però, sussiste una differenza che potrebbe contribuire a spiegare i diversi esiti raggiunti. Invero, nel caso *Corneli* la norma nazionale non si poneva necessariamente in contrasto con la direttiva recepita, ma accoglieva una soluzione *diversa* da quella che la BCE, nel provvedimento controverso, aveva tratto dal diritto europeo (soluzione che, come visto, secondo il Tribunale non era conciliabile con il tenore testuale della normativa italiana applicata). Al contrario, nei casi *Sberbank* e *BAWAG* l'interpretazione del diritto nazionale fatta propria dalla giurisprudenza austriaca, cui la BCE si è conformata, si poneva *in contrasto* con la direttiva, laddove – aggiungono le pronunce – sarebbe stato invece possibile evitare il suddetto contrasto attraverso un'interpretazione adeguatrice, abilitata dal tenore testuale della norma (e, dunque, non *contra legem*)⁸⁶.

Su un piano sostanziale è interessante notare che in queste tre vicende la BCE è apparsa incline a praticare l'interpretazione conforme quando funzionale ad adottare una decisione di vigilanza più pervasiva, mentre si è dichiarata vincolata al rispetto del diritto nazionale (nella specie: giurisprudenziale) quando l'interpretazione conforme si sarebbe tradotta in una misura di vigilanza più mite.

E – si noti – la considerazione resta valida anche per l'ultimo capitolo della saga *Fininvest*, ossia il caso *Berlusconi II*.

In tale rilevante arresto il Tribunale UE e, in appello, la Corte di giustizia, pur addivenendo a soluzioni interpretative opposte, hanno entrambi affermato che, in linea di principio, la nozione di «*acquisizione di una partecipazione qualificata*» in un ente creditizio costituisce una «*nozione autonoma di diritto dell'Unione*»⁸⁷, come emergerebbe dal fatto che nessuna delle pertinenti disposi-

⁸⁶ Secondo F. ANNUNZIATA - T. DE ARRUDA, *A new approach to the application of national law by the ECB under Article 4(3) SSMR: the Sberbank and BAWAG cases*, Bocconi legal studies research paper series, febbraio 2025, 13, la soluzione accolta dal Tribunale rappresenterebbe «a fine balancing act».

⁸⁷ Cfr., per tale concetto, Corte di giustizia, Sez. IX, 5 dicembre 2013, *Vapenik*, C-508/12, § 23.

zioni europee⁸⁸ «conf[iene] un rinvio al diritto nazionale»⁸⁹.

Nel merito, la Corte ha ritenuto che la sentenza impugnata aveva «snaturato» il contenuto della decisione della BCE⁹⁰. Contrariamente a quanto assunto dal Tribunale, infatti, «non è la struttura giuridica di una partecipazione, in particolare la sua natura diretta o indiretta, a determinare l'esistenza di una partecipazione qualificata ma ... il fatto che tale partecipazione consenta di raggiungere un certo livello di controllo o di influenza sull'ente creditizio»⁹¹.

Favorendo un'interpretazione teleologica della «nozione autonoma di diritto dell'Unione»⁹², la Corte ha concluso che, nella specie, i ricorrenti non avevano acquisito una partecipazione qualificata dopo la data di entrata in vigore delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva CRD IV, ma avevano soltanto conservato una partecipazione acquisita in precedenza⁹³. Tale approccio – che non ha mancato di suscitare critiche⁹⁴ – si distanzia sensibilmente da quello, «*deferential*» verso il diritto (legislativo e giurisprudenziale) interno, che il Giudice sovranazionale aveva mostrato nei casi *Crédit Agricole*⁹⁵ e *Crédit Mutuel*

⁸⁸ Artt. 4, § 1, n. 36 Reg. (UE) n. 575/2013; 22 Dir. (UE) n. 2013/36; 15, §§ 2 e 3 Reg. (UE) n. 1024/2013.

⁸⁹ Tribunale UE, Sez. II ampl., 11 maggio 2022, T-913/16, *Fininvest e Berlusconi c. BCE*, § 49; Corte di giustizia, Sez. IV, 19 settembre 2024, *Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) e S.B. c. BCE*, C-512/22 P e C-513/22 P, § 48.

⁹⁰ *Ivi*, § 97.

⁹¹ *Ivi*, § 108.

⁹² *Ivi*, § 109, secondo cui occorre tener conto «d[e]ll'obiettivo perseguito dal legislatore dell'Unione con l'istituzione di una vigilanza sull'acquisizione delle partecipazioni qualificate negli enti creditizi, vigilanza che tende, secondo l'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva CRD IV, a "garantire la gestione sana e prudente dell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione (...) tenendo conto della probabile influenza del candidato acquirente sull'ente creditizio"».

⁹³ *Ivi*, § 121.

⁹⁴ F. ANNUNZIATA - T. DE ARRUDA, *Act III of the Berlusconi Saga: Farce or Tragedy?*, in *EU Law Live Op-Ed*, Weekend Edition n. 203/2024, 5-7. Secondo gli A., il concetto – di per sé vago – di «nozione autonoma di diritto dell'Unione» è stato elaborato in contesti diversi da quello che ci occupa, giacché l'art. 4, § 3 del Reg. (UE) n. 1024/2013 obbliga la BCE ad applicare «la legislazione nazionale di recepimento di ... direttive».

⁹⁵ Tribunale UE, Sez. II ampl., 24 aprile 2018, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence e a.*, da T-133/16 a T-136/16. Dopo aver ricordato che «in applicazione di una giurisprudenza costante, la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali», la pronuncia ha ricostruito il quadro giuridico di riferimento (articolo L. 511-13 del Code monétaire et financier) alla luce della giurisprudenza del Conseil d'Etat (§§ 84-85). In commento, cfr. F. ANNUNZIATA - R. D'AMBROSIO, *L'applicazione del diritto degli Stati membri da parte della Banca Centrale Europea*, in *Giur. comm.*, n. 4/2019, 707 ss.

*Arkéa*⁹⁶. Approccio che – lo si è visto – nei casi *Sberbank* e *BAWAG* era stato ulteriormente precisato, ma non posto, di per sé, in discussione⁹⁷.

5. Crisi della legge e crisi della regolazione indipendente

Illustrato il modello regolatorio del *single rulebook* (§ 3) e dato conto dell'inedito scenario in cui un'Autorità europea è chiamata ad applicare il diritto sovranazionale unitamente a quello nazionale di recepimento o esecuzione (§ 4), è possibile interrogarsi sull'effetto sprigionato dall'incontro dei due fenomeni.

È stato osservato che, dal punto di vista «formale», il *single rulebook* «non produc[e] alterazioni nel sistema delle fonti di diritto dell'UE», «mentre ... ha sicuramente effetto sostanziale come fonte unitaria di ispirazione per i soggetti cui l'atto si rivolge»⁹⁸.

Sviluppando oltre il ragionamento, può aggiungersi che l'«effetto sostanziale» colto in questi autorevoli commenti è tutt'altro che trascurabile e quasi supera l'argomento formale.

Ciò per almeno due ragioni.

In primo luogo, i Regolamenti istitutivi delle ESAs e del MVU, al pari di quello che istituisce l'AMLA, recano molteplici riferimenti al principio di coerenza, che assume, in questi contesti più che in altri, un ruolo centrale.

In secondo luogo, le Autorità europee abilitate – nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza – ad applicare il diritto nazionale di recepimento o esecuzione del pertinente diritto europeo non sono dei giudici ma, per l'appunto, pubbliche Amministrazioni. Per quanto tecniche e (semi)indipendenti, esse sono e restano portatrici di un interesse pubblico (rispettivamente, alla stabilità finanziaria e alla prevenzione di reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo). Strette tra due poli ermeneutici, questi soggetti avvertono il dovere istitu-

⁹⁶ Corte di giustizia, Sez. I, 2 ottobre 2019, *Crédit mutuel Arkéa c. BCE*, C-152/18 P e C-153/18 P, §§ 99 ss., che analizza la giurisprudenza del Conseil D'Etat sull'art. L. 511-31 del Code monétaire et financier.

⁹⁷ Tribunale UE, *BAWAG*, T-667/21 cit., § 57; *Sberbank*, T-647/21 e T-99/22 cit., § 58, ove si ricorda che quando «è in questione l'interpretazione di una disposizione di diritto nazionale, ... in linea di principio, si deve valutare la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali».

⁹⁸ M.P. CHITI, *Il single rulebook per il settore bancario dell'Unione europea* cit., 560.

zionale di propendere per l'interpretazione che meglio realizza l'interesse pubblico curato. Come criterio generale, dunque, l'imperativo della vigilanza tende a prevalere, giustificando – nell'ottica del pubblico potere – l'allentamento (per non dire il sacrificio) del principio di certezza del diritto. *Corneli, BAWAG, Sberbank e Berlusconi II* – come si è visto – sembrano confortare questa lettura.

E siccome uno dei tratti distintivi della *soft law* è proprio avanzare lo *standard* di vigilanza, anticipando soluzioni che potranno poi essere accolte nell'*hard law*, l'annoverare alcuni di questi atti di regolazione flessibile nei *single rulebook* sprigiona una «forza adattiva»⁹⁹ particolarmente marcata. Non sembra inutile ricordare, a tale ultimo riguardo, che nell'arresto *FBF c. ACPR* la Corte di giustizia ha stabilito che gli atti di *soft law* europei sono conoscibili in via pregiudiziale¹⁰⁰. Fermo restando l'insegnamento secondo cui la sentenza interpretativa si salda con l'atto interpretato, condividendone la forza giuridica¹⁰¹, non v'è dubbio che il formarsi di una giurisprudenza della Corte su un atto di regolazione flessibile può contribuire ad alimentare, con efficacia *ultra partes* ed *ex tunc*, l'*acquis communautaire* in materia di vigilanza (prudenziale, AML/CFT, e via discorrendo). A rigore, tali pronunce non potrebbero essere invocate per risolvere un contrasto tra una fonte nazionale e una fonte rigida europea. Tuttavia, esse potrebbero giocare un ruolo sul terreno, spesso decisivo, dell'interpretazione euro-unitariamente orientata.

La tensione del Meccanismo verso l'obiettivo della coerenza è tale che in alcuni commenti si era inizialmente esplorato il potere della BCE di far prevalere sul diritto nazionale la disposizione di una direttiva priva di effetto diretto, nonché di darvi diretta applicazione in caso di suo mancato o ritardato recepimento.

⁹⁹ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2/2016, 67-68.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 luglio 2021, C-911/19, § 54. Il caso aveva a oggetto degli Orientamenti EBA (in materia di *product governance*) che sono stati pubblicati sul suo sito *internet* dell'autorità di vigilanza francese (ACPR) in un parere dell'8 settembre 2017, in cui l'ANC, da un lato, dichiarava di conformarsi alle suddette *guidelines* e, dall'altro, precisava che esse sono applicabili agli enti creditizi, agli istituti di pagamento e agli istituti di moneta elettronica sottoposti alla sua vigilanza.

¹⁰¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 18 gennaio 2022, *Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN*, C-261/20, § 40.

mento¹⁰². Sono state poi avanzate, in altri commenti, delle aperture più circoscritte, proponendo in particolare di ammettere un effetto diretto rovesciato (o discendente) in presenza di direttive comunque chiare, precise e incondizionate¹⁰³, magari – si è aggiunto – apprestando un meccanismo di salvaguardia per tener conto di eventuali profili di illegittimità costituzionale sollevati dalla direttiva¹⁰⁴.

Si è già avuto modo di esprimere un'opinione contraria sulla possibilità di derogare alla teoria dell'effetto diretto solo in ragione della peculiare morfologia del MVU¹⁰⁵.

Nella stessa sede, tuttavia, si è avanzata una conclusione differente per l'ipotesi in cui lo Stato membro, anziché trasporre la direttiva in via legislativa, affidi all'ANC il potere di disciplinare in via amministrativa la materia, come

102 F. ANNUNZIATA, *I postumi del caso Landesbank* cit., 424-426. Tale posizione sembra esser stata superata in F. ANNUNZIATA - R. D'AMBROSIO, *The Application of National Law by the ECB* cit., 126.

103 V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le controle juridictionnel* cit., 328 ritiene che le peculiarità del MVU potrebbero eccezionalmente giustificare un effetto diretto verticale rovesciato.

104 *Ivi*, 331 per la proposta di un meccanismo di «renvoi préjudiciel “renversé”», ovvero dalla Corte di giustizia alla Corte costituzionale, nel caso in cui la disapplicazione del diritto interno sollevi profili di illegittimità costituzionale. Cfr. altresì, su tale aspetto, F. ANNUNZIATA - R. D'AMBROSIO, *The Application of National Law by the ECB* cit., 128, che tuttavia intravedono ostacoli «politici» all'operatività di una simile soluzione. I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia* cit., 36, invece, nel dare conto di questa possibile forma di dialogo tra corti, propone di estenderla a ogni circostanza in cui il Giudice europeo nutra dei dubbi circa la corretta interpretazione del diritto nazionale, a prescindere dalla sussistenza di profili di incostituzionalità.

105 M. CAPPAL, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo* cit., 61-63 e 83-87. Per una posizione contraria all'effetto diretto di norme di tal fatta, cfr. già F. AMTENBRINK - F. COMAN KUND, *On the Scope and Limits of the Application of National Law by the European Central Bank* cit.; F. AMTENBRINK, *The application of national law by the European Central Bank* cit.; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea* cit., 229-230. Nelle Conclusioni presentate nel caso *Corneli*, l'Avv. gen. Juliane Kokott è giunta a medesimi approdi, ritenendo che la BCE (così come le ANC) – in presenza di disposizioni precise, chiare e incondizionate – avrebbe un obbligo di disapplicare la normativa nazionale di errato recepimento (o, in caso di mancato recepimento, di applicare direttamente la direttiva) solo se ciò vada a favore del soggetto vigilato (Conclusioni in C-777/22 P e C-789/22 P cit., §§ 94-104, ove il richiamo a Corte di giustizia, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, §§ 31-32). A tal riguardo, merita ricordare che mentre in *Fratelli Costanzo* i ricorrenti contestavano, nel giudizio del rinvio, un provvedimento di esclusione da una gara pubblica, nella controversia *Corneli* l'azionista contestava la legittimità delle decisioni con cui la BCE ha sottoposto la Banca Carige S.p.A. ad amministrazione straordinaria, in seguito prorogandone la durata. Tale posizione appare coerente con le pronunce della Grande Sezione nei casi *Popławski* (24 giugno 2019, C-573/17, §§ 65-67) e *Thelen* (18 gennaio 2022, C-261/20 cit., § 32).

ad esempio previsto, in Italia, dagli artt. 53 e 67 TUB¹⁰⁶.

Ai fini della presente indagine, non è rilevante stabilire quali siano le posizioni più corrette, anche perché i problemi da risolvere sono molteplici e la giurisprudenza europea, come visto, è in divenire.

Ciò che sicuramente assume interesse in questa sede è il dato di fatto, oggettivo, che i procedimenti di vigilanza in materia bancaria (e, presto, di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo) sempre più divengono il luogo dove elaborare la regola di comportamento di cui si pretende l'osservanza.

Dunque, non si registra più soltanto un fenomeno, semanticamente ambiguo, di «vigilanza regolamentare»¹⁰⁷, ma si scivola verso un paradigma di azione, ancor più insidioso, di «regolazione per vigilanza» (*regulation by supervision*).

E la problematica osservata non sembra esaurirsi nelle specificità dei casi di studio esaminati. Per quanto peculiari, i fenomeni descritti sembrano invero risentire di dinamiche ordinamentali più profonde.

In particolare, una larga parte delle incertezze descritte in questo scritto sembrano dipendere dal progressivo sgretolamento della teoria dell'effetto diretto. Teoria che oramai conta un numero di eccezioni tale da porre in dubbio

106 M. CAPPAL, *Ordinare le fonti del diritto amministrativo* cit., 61-63 e 90-94. In forza di questa lettura – che ordina le fonti del diritto anche in funzione dell'organizzazione – la BCE, formalmente sprovvista di poteri normativi, avrebbe maggior spazio per incidere sulle regole di comportamento nell'ipotesi in cui lo Stato abbia optato per un *supervisory approach*. In qualità di vertice gerarchico di una vera e propria unione di diritto amministrativo (Tribunale UE, Sez. IV ampl., 16 maggio 2017, T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank (L-Bank)*), §§ 58 e 63, confermata da Corte di giustizia, Sez. I, 8 maggio 2019, C-450/17 P, §§ 38-41 e 49), essa potrebbe infatti far prevalere fonti europee anche non direttamente applicabili e prive di effetto diretto (e finanche atti di *soft law*) sulle scelte operate, in via amministrativa, dall'ANC. La torsione della sistematica delle fonti del diritto sarebbe *prima facie* forte, atteso che le disposizioni di vigilanza – lo si è visto – nella loro componente cogente vengono per lo più inquadrare come espressione di potestà normativa della p.A. e, segnatamente, come regolamenti atipici. Tuttavia, la forzatura potrebbe dirsi solo apparente se si tiene conto dell'architettura istituzionale del Meccanismo. Non si tratterebbe, cioè, di dirimere un'antinomia giuridica, bensì di comporre un conflitto interno a un sistema amministrativo organizzativamente plurale ma funzionalmente unitario. Se si accetta questa prospettiva, la sovrascrittura della regola prudenziale a opera della BCE potrebbe aver luogo, nelle descritte ipotesi, con tecniche, forme e garanzie che, *mutatis mutandis*, informano la decisione amministrativa di secondo grado. In particolare, si potrebbe immaginare uno schema a due tempi in cui prima la BCE adotta delle «istruzioni» nei confronti dell'ANC, invitandola a modificare le disposizioni di vigilanza che a suo giudizio non assicurano la coerente applicazione del diritto europeo, e poi quest'ultima modifica, con efficacia *ex nunc*, le disposizioni in questione. Per la contrapposizione del *regulatory approach* al *supervisory approach*, cfr. G. FERRARINI - F. RECINE, *The Single Rulebook and the SSM* cit., 205.

107 *Supra* § 2.

l'attualità della distinzione, operata dai §§ 2 e 3 dell'art. 288 TFUE, tra «regolamenti» e «direttive» (ancor di più se si considera che molti regolamenti sono direttamente applicabili, ma non auto-applicativi, poiché espressivi di regole di principio e/o contenenti opzioni).

Di seguito tre esempi significativi.

In primo luogo, nel caso *Mangold* la Corte di giustizia ha eccezionalmente ammesso l'effetto diretto orizzontale di una direttiva nelle controversie tra privati, quando funzionale a invocare l'applicazione di un principio generale del diritto europeo¹⁰⁸. Successivamente, la Corte ha esteso la portata di tale giurisprudenza anche a situazioni di effetto diretto rovesciato¹⁰⁹.

In secondo luogo – come ricordato anche dall'A.G. Kokott nelle Conclusioni nel caso *Cornelii*¹¹⁰ – la differenza tra effetto diretto ascendente e discendente tende a scolorare in presenza di «rapporti triangolari» e, dunque, di provvedimenti multipolari¹¹¹. Basti pensare alle situazioni in cui l'effetto diretto della direttiva conduce alla caducazione del provvedimento attributivo di vantaggi nei confronti di un soggetto, così soddisfacendo gli interessi di soggetti terzi, come ad esempio dei concorrenti¹¹² o degli aspiranti concessionari¹¹³.

In terzo luogo, secondo la giurisprudenza *Viamex* una fonte priva di effetto diretto può diventare direttamente applicabile in forza di un rinvio espresso compiuto da un Regolamento¹¹⁴.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, §§ 74-77, in riferimento al principio generale di non discriminazione.

¹⁰⁹ Cfr. ad es. Grande Sezione, 26 febbraio 2019, *N Luxembourg 1 e a. c. Skatteministeriet*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, nonché *Skatteministeriet c. T Danmark e Y Denmark Apsin*, C-116/16 e C-117/16, in cui la Corte ha autorizzato le Amministrazioni tributarie danesi a invocare una direttiva non recepita contro singoli contribuenti in forza del principio generale del divieto di abuso.

¹¹⁰ Conclusioni in C-777/22 P e C-789/22 P cit., § 96.

¹¹¹ Per un inquadramento sistematico, L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹¹² Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2023, *Infraestruturas de Portugal e Frutifer Industrias Ferroviárias c. Tosca – Equipamentos em Madeira Lda*, C-66/22, ove la Corte ha ritenuto corretta l'esclusione da una gara disposta – sulla base di una direttiva non trasposta – nei confronti di due concorrenti che avevano violato norme in tema di concorrenza.

¹¹³ In questo senso può leggersi Corte di giustizia, Sez. III, 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa e al.*, C-348/22.

¹¹⁴ Corte di giustizia, 17 gennaio 2008, C-37/06 e C-58/06, *Viamex Agrar Handel e Zuchtviieb-Kontor GmbH (ZVK)*, § 28. Per fare un esempio legato ai casi di studio sopra analizzati, l'art. 17, § 6, II cpv Reg. (UE) n. 1093/2010, per come modificato dal Reg. (UE) n. 2019/2175, in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e di

Si tratta di ipotesi derogatorie nel complesso non certo trascurabili e cui potrebbero aggiungersene di altre.

La dottrina ha affrontato questo problema lungo due direttrici.

De iure condito, si è criticato lo sfaldamento della teoria dell'effetto diretto, auspicandone un ri-affinamento a cura della Corte di giustizia¹¹⁵.

De iure condendo, invece, si è immaginato di espungere il § 3 dall'art. 288 TFUE, eliminando *tout court* la figura della direttiva, o di modificarlo nel senso di distinguere «*standard directives*» da «*restrained directives*», rimettendo così al legislatore il compito di stabilire in modo univoco quando le direttive hanno la stessa efficacia dei regolamenti¹¹⁶.

Il dibattito è relativamente giovane e, nella sua vastità, non sembra destinato a definirsi in tempi rapidi.

Nel mentre, però, la polisemia della dottrina dell'effetto diretto produce conseguenze tangibili e immediate sul potere amministrativo.

È stato osservato che il principio del primato può produrre un effetto negativo (obbligo di disapplicare il diritto nazionale incompatibile, se esistente) ma anche un effetto positivo (giacché l'Autorità giudiziaria, in conformità con il divieto di *non liquet*, è chiamata a colmare un vuoto, ricavando la soluzione del caso concreto dal diritto europeo o, se mancano fonti direttamente applicabili o con effetto diretto, da altre norme nazionali)¹¹⁷. Il risvolto positivo della

finanziamento del terrorismo prevedeva espressamente che, se i pertinenti obblighi degli atti legislativi di cui all'articolo 1, § 2 del medesimo Regolamento non erano direttamente applicabili agli operatori del settore finanziario, l'EBA poteva adottare una decisione con cui imponeva all'ANC di conformarsi al parere formale con cui le aveva inutilmente chiesto di prendere le misure necessarie per rispettare il diritto dell'Unione, dopo che questa non si era conformata a una sua precedente raccomandazione. Ai sensi dell'art. 19, § 4, II cpv., che faceva salvi i poteri della Commissione ai sensi dell'articolo 258 TFUE, in caso di inosservanza della suddetta decisione da parte dell'ANC, l'EBA poteva indirizzare una decisione vincolante direttamente all'istituto finanziario. A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 103 del Reg. (UE) n. 1620/2024, di istituzione dell'AMLA, i suddetti poteri di intervento dell'EBA sono stati limitati alle ipotesi in cui «*i pertinenti obblighi degli atti legislativi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del ... regolamento [n. 1093/2010] sono direttamente applicabili agli istituti finanziari*», sempre che la tempestiva osservanza della raccomandazione si renda necessaria «*al fine di mantenere o di ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario*».

115 Per uno studio a tutto tondo, D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, OUP, Oxford, 2025.

116 D. SARMIENTO - S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Is Direct Effect Morphing into Something Different?*, in *EU Law Live*, 4 marzo 2024.

117 M. LELOUP - L.D. SPIEKER, *Rethinking primacy's effects: on creating, avoiding and filling legal vacuums in the national legal system*, in *CMLRev*, n. 61(4)/2024, 913 ss.

teoria, dunque, chiama il giudice a operare in supplenza del legislatore¹¹⁸. Dal suo canto, la p.A. è stata tradizionalmente meno esposta a questo problema, poiché l'esigenza di osservare il principio di legalità poteva giustificare l'inerzia o comunque schermare la responsabilità in caso di normativa nazionale contraria al diritto europeo privo di effetto diretto¹¹⁹. Ma se, per effetto della metamorfosi della teoria dell'effetto diretto, viene a modificarsi lo stesso concetto di «legalità»¹²⁰, in senso deteriore e ampliativo, potrebbe conseguentemente dilatarsi anche il numero di ipotesi in cui l'Amministrazione, in via di fatto, viene impropriamente chiamata a svolgere, al pari dei giudici, un ruolo vicario del legislatore¹²¹. Con l'aggravante che la p.A., a differenza del potere giudiziario, di regola non è abilitata a rivolgere quesiti interpretativi alla Corte di giustizia¹²².

Nella nota sentenza n. 132 del 2024, la Corte costituzionale ha riconosciuto come «l'individuazione delle norme da applicare al caso concreto sia estremamente problematica e sovente non dia luogo a risultati univoci, a causa di un sistema giuridico multilivello in cui operano fonti di provenienza diversa (eurounitaria, statale, regionale e locale), spesso tra loro non coordinate». A ciò si aggiungono «le difficoltà interpretative derivanti da una caotica produzione legislativa, alimentata dalla «fame di norme» delle società moder-

118 M. DOUGAN, *Primacy and the remedy of disapplication*, in *CMLRev.*, n. 56(6)/2019, 1382. E questo spiega perché, in un crescente numero di casi, il giudice del rinvio domanda eccezionalmente alla Corte di giustizia di limitare gli effetti temporali della propria pronuncia di incompatibilità/invalidità ex art. 267 TFUE, per considerazioni imperative di certezza del diritto. Più precisamente, «la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria degli effetti di una norma di diritto dell'Unione rispetto al diritto nazionale con essa in contrasto» (Corte di giustizia, Sez. I, 17 marzo 2021, C-64/20, *UH c. An tAire Talmhaíochta e al.*, § 36; Sez. I, 28 luglio 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, § 33). Per una rassegna sulle ipotesi derogatorie alla regola del primato, v. L.S. ROSSI, *Il principio del primato come «regola di coesione» dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quad. AISDUE*, n. 1/2024, in partic. 14 e ss.

119 Principio assonante a quello di assoggettamento del giudice solo alla legge (art. 101, comma 2 Cost.), ma con esso non coincidente.

120 È stato già osservato, anni addietro, che la giurisprudenza *Costanzo* ha come effetto quello di offrire una base legale all'azione amministrativa anche lì dove la legislazione nazionale non la preveda, a condizione che la legge dello Stato conferisca alla p.A. la competenza a provvedere e i poteri all'uopo necessari: M. VERHOEVEN, *The Costanzo Obligation. The obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, Intersentia Publishing, Antwerp-Oxford-Portland, 2011, 217 ss.

121 *Mutatis mutandis*, in questa lunghezza d'onda sembrano muoversi le proposte dottrinali di quanti immaginano forme di annullamento d'ufficio doveroso: cfr., di recente, C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 325-330 e la bibliografia ivi citata.

122 In riferimento alla BCE, v. B. BUDINSKÁ, *The General Court gives with one hand and takes away with the other* cit., 100.

ne e dal ricorso frequente da parte della legge a «compromessi dilatori», che trasferiscono quasi interamente sull'amministrazione il compito di determinare l'assetto di interessi ed esigenze tra loro confliggenti»¹²³.

Come si è tentato di illustrare nelle pagine che precedono, persino le Amministrazioni europee e nazionali che esprimono il maggior grado di indipendenza e tecnicismo sono oggi esposte a questo rischio. Il che sta a segnalare, in conclusione, l'esigenza di ricercare nuovi equilibri nel bilanciamento tra i principi di coerenza e certezza del diritto.

123 In commento, F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi*, n. 19/2024, 122 ss.; G. COLOMBINI, *Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di tutela contabile*, in *Dir. amm.*, n. 3/2024, 675 ss. Per delle riflessioni critiche in ordine all'opportunità di contrastare questo fenomeno solo (o comunque principalmente) attraverso la soppressione o limitazione della responsabilità erariale, v. M.A. SANDULLI, *La burocrazia difensiva alla prova del nuovo Codice dei contratti pubblici*, Relazione al Convegno «La colpa grave nella nuova definizione legislativa ex d.lgs. n. 36/2023: profili giuridici e novità applicative», Perugia, 18 luglio 2024.

NICOLETTA VETTORI
Professoressa associata di Diritto amministrativo
Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena
nicoletta.vettori@unisi.it

REGOLAZIONE DEI MERCATI E CONCENTRAZIONE DEI POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

MARKET REGULATION AND CONCENTRATION OF POWERS OF INDEPENDENT AUTHORITIES

SINTESI

Il modello di regolazione affidato alle Autorità Amministrative Indipendenti nei settori economici si caratterizza, oltre che per indipendenza e tecnicità, anche per la peculiare concentrazione di poteri di diversa natura.

Le Autorità indipendenti, infatti, detengono ed esercitano contestualmente poteri normativi, poteri esecutivi, poteri giustiziali e poteri sanzionatori. In questo modo è un medesimo apparato che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti, risolve controversie e “giudica” irrogando le sanzioni .

Il profilo pone dei problemi di per sé, perché disattende l'esigenza di non-cumulo dei poteri fondamentali dello Stato, considerata il nucleo «vitale» della teoria di Montesquieu nei sistemi contemporanei, necessario ad assicurare la pluralità di sedi di esercizio dei poteri pubblici e un loro reciproco bilanciamento .

In più la problematicità è stata acuita dal fatto che alla concentrazione dei poteri si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi: i diversi poteri sono spesso esercitati in modo contestuale e sono stati sottoposti ad una disciplina sostanzialmente analoga. Ciò ha determinato un ‘allentamento’ del principio di tipicità che ha condizionato la disciplina procedimentale prevista dalle fonti secondarie e applicata dalle Autorità, con rilevanti conseguenze sul piano sistematico. L'analisi intende mostrare le criticità che tale assetto ha determinato, individuare i fondamenti costituzionali rispetto ai quali si pone in contrasto e prospettare alcune soluzioni che potrebbero riportare coerenza tra la finalità e i caratteri delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti e il regime giuridico applicabile agli atti con cui vengono esercitate* .

* Il contributo riprende e sviluppa alcuni dei temi analizzati in N. VETTORI, *Autorità amministrative indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*,

ABSTRACT

The regulatory model entrusted to the Independent Administrative Authorities in the economic sectors is characterized not only by independence and technicality, but also by a peculiar concentration of powers of a different nature. The Independent Authorities have and exercise simultaneously regulatory, executive, judicial and sanctioning powers. In other words, the same institution dictates the rules on a given matter, applies them to specific cases, solves disputes and 'judges' by imposing sanctions.

The profile raises problems regarding the principle of separated powers of the State, that in modern systems is considered necessary to guarantee the plurality of the venues for the exercise of public powers and their mutual balance.

The issue is exacerbated by the fact that the concentration of powers has been accompanied by a certain 'confusion' between them: the various powers are often exercised in a contextual manner and have been subjected to substantially similar discipline. This has led to a 'loosening' of the principle of typicality, which has conditioned the procedural discipline provided for by secondary sources and applied by the authorities, with relevant consequences at the systemic level. The present essay aims to identify the critical issues that this configuration has generated, to identify the constitutional foundations with which it contrasts, and to suggest some solutions that could restore consistency between the purpose and nature of the functions attributed to the independent authorities and the legal regime applicable to the acts they adopt.

PAROLE CHIAVE: Autorità amministrative indipendenti, concentrazione dei poteri, funzione di vigilanza, sanzioni amministrative punitive, principio di tipicità.

KEYWORDS: Independent administrative authorities, concentration of powers, supervisory function, punitive sanctions, the principle of typicality.

Indice: 1. Premessa. – 2. I caratteri del modello di regolazione affidata alle Autorità amministrative indipendenti: in particolare la concentrazione dei poteri. – 3. I c.d. "correttivi" del modello: in particolare la c.d. legalità procedurale. – 4. L'insufficienza dei "correttivi" rispetto alle criticità derivanti dalla concentrazione dei poteri. – 4.1. I limiti della c.d. legalità procedurale. – 4.2. Il continuum tra i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione e la de-quotazione del principio di tipicità. – 5. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività sanzionatoria: la sanzione come «strumento di regolazione e vigilanza». – 5.1. L'intreccio tra procedimenti di vigilanza e procedimenti sanzionatori e le deroghe alla l. n. 689/1981 – 5.2. Incertezza sulla disciplina generale di riferimento e de-quotazione delle garanzie difensive – 5.3. L'elemento che ha "infranto" il precario equilibrio: l'abuso dello strumento sanzionatorio e la elaborazione della nozione di «sanzione amministrativa punitiva» da parte della giurisprudenza CEDU e costituzionale. – 5.4. I profili di perdurante criticità – 6. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività di vigilanza – 6.1 La plurima strumentalità dell'attività di vigilanza – 6.2. La disciplina procedimentale e il regime di efficacia degli

Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

ordini di vigilanza. - 6.3. Le implicazioni della “confusione” dei poteri: l'estensione delle garanzie difensive delle sanzioni c.d. «punitive» nei procedimenti di vigilanza. - 6.4. I profili problematici. 7. La necessaria distinzione delle funzioni delle Autorità indipendenti: le coordinate costituzionali, convenzionali ed europee. 7.1. Dal punto di vista delle norme sui diritti. 7.2. Dal punto di vista dei principi sul potere. 7.3. La rilevanza del principio di tipicità dei poteri. - 8. Autorità indipendenti: garanzia delle libertà e giustizia nei mercati 8.1. Distinzione organizzativa e differenziazione del regime giuridico applicabile ai poteri di regolazione-vigilanza e a quelli sanzionatori.

1. Premessa

La nozione di “regolazione” affidata alle Autorità Amministrative Indipendenti (di seguito anche AAI) non ha un significato univoco¹.

La maggioranza della dottrina adotta una nozione molto ampia di regolazione tale da includere oltre agli atti normativi e generali, anche i provvedimenti di vigilanza e le misure sanzionatorie.

In una prospettiva “rovesciata” altra parte della dottrina utilizza una nozione, parimenti totalizzante, di vigilanza che include le categorie – codificate anche dalla normativa in materia finanziaria - di vigilanza regolamentare, vigilanza-informativa, vigilanza-ispettiva², cui si aggiungono i poteri sanzionatori³.

Queste categorie, ampie e imprecise, sono dovute al fatto che l'attività di

¹ Il concetto di regolazione è oggetto di una bibliografia amplissima. Senza pretesa di completezza si rinvia a A. LA SPINA E G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2006, 5057 ss; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi “a rete”*, Milano, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, Milano, p. 805 ss; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 337 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 608 ss. Sulla natura sostanzialmente regolatoria anche dell'attività *antitrust*, accentuato da varie riforme (quelle introdotte dir. 2005/29/CE recepita con il d.lgs. n. 145 del 2007 e, da ultimo, con la direttiva UE 2019/1 recepita con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185) che hanno conferito all'Autorità nuove attribuzioni di stampo regolatorio o para-regolatorio. In quest'ultimo senso si veda A. POLICE, *I “nuovi” poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, p. 113 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, cit., p. 812-815; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 97 (3 2018), pp. 697 ss (spec. p. 702).

² Cfr. rispettivamente gli artt. 6, 8, 10 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (TUF) e gli artt. 53, 51, 54 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (TUB).

³ Segue questa impostazione, terminologica e concettuale, estendendola anche oltre il settore dei mercati finanziari, S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 723 ss. In termini analoghi rispetto alla dimensione europea v. A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020.

“governo” dei mercati affidata a ciascuna Autorità si svolge mediante una pluralità di atti variamente denominati espressione di poteri di diversa natura.

Le Autorità indipendenti, infatti, detengono ed esercitano contestualmente poteri normativi, poteri esecutivi, poteri giustiziali e poteri sanzionatori. In questo modo è un medesimo apparato che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti, risolve controversie e “giudica” irrogando le sanzioni⁴.

Il profilo pone dei problemi di per sé, perché disattende l'esigenza di non-cumulo dei poteri fondamentali dello Stato, considerata il nucleo «vitale» della teoria di Montesquieu⁵ nei sistemi contemporanei, necessario ad assicurare la pluralità di sedi di esercizio dei poteri pubblici e un loro reciproco bilanciamento⁶.

In più la problematicità è stata acuita dal fatto che alla concentrazione si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi: i diversi poteri sono spesso esercitati in modo contestuale e sono stati sottoposti ad una disciplina sostanzialmente analoga, ricalcata sulla categoria dogmatica dell'attività in forma contenziosa (come vedremo, delineata sul modello della l. n. 241 del 1990 seppur con contraddittorio rinforzato).

Ciò ha determinato un ‘allentamento’ del principio di tipicità dei poteri che, progressivamente, ha prodotto specifiche conseguenze sulla disciplina procedimentale prevista e applicata, sulle qualificazioni giuridiche degli atti emanati e sul relativo sindacato giurisprudenziale⁷.

In questa sede, non essendo possibile considerare tutti e tre i profili, ci soffermeremo sul primo mettendo in evidenza come la concentrazione-confusione dei poteri incida sulla disciplina procedimentale delle attività di regolazione dei mercati e quali conseguenze determini sul piano sistematico.

⁴ Al riguardo v. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, p. 97: «è addirittura un medesimo organo amministrativo che, rispetto ad una determinata materia, detta le norme, le applica ai casi concreti e ‘giudica’ irrogando le sanzioni (...). Montesquieu appare qui lontano anni luce».

⁵ In questi termini P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 7-8.

⁶ In questi termini v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 713.

⁷ Al riguardo sia consentito rinviare all'analisi svolta in N. VETTORI, *Autorità amministrative indipendenti e concentrazione dei poteri*.

Al fine di approfondire quanto considerato in primo luogo si analizzerà il modello delle Autorità amministrative indipendenti che svolgono funzioni di regolazione dei settori economici soffermandosi, in particolare, sul carattere della concentrazione dei poteri (§ 2) e sulle criticità che dipendono da questa caratteristica (§§ 3, 4.). Successivamente si descriveranno le implicazioni che l'allentamento del principio di tipicità ha prodotto sullo statuto procedimentale dei poteri sanzionatori (§ 5) e le conseguenze che sta producendo sul regime giuridico dell'attività di vigilanza (§ 6) mettendo in evidenza il duplice risultato che ne deriva: l'inadeguatezza delle garanzie individuali rispetto ai poteri sanzionatori e, all'opposto, il rischio di una riduzione dell'efficacia dell'azione di controllo.

Successivamente si mostrerà che queste disfunzioni hanno precise ragioni sistematiche perché l'esigenza di diversa tipizzazione dei poteri ha fondamento costituzionale, dato che i diritti su cui incidono sono diversamente protetti a livello costituzionale e, in ragione di ciò, anche i principi fondamentali che devono orientare la disciplina a questi applicabili ricevono diverse graduazioni (§ 7). Pertanto, alla luce dell'analisi svolta, sarà possibile sostenere che riportare coerenza tra la finalità e i caratteri delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti e il regime giuridico applicabile agli atti con cui vengono esercitate è un fondamentale elemento di garanzia a tutela dei diversi diritti e interessi affidati alla loro cura e, dunque, di una efficace e adeguata regolazione dei mercati (§ 8).

2. I caratteri del modello di regolazione affidata alle Autorità amministrative indipendenti: in particolare la concentrazione dei poteri

Le Autorità amministrative indipendenti sono ormai centrali nell'assetto istituzionale nazionale ed europeo⁸ e il loro ruolo è strategico, per integrare e

⁸ Sul ruolo delle Autorità indipendenti in relazione all'evoluzione delle linee di politica legislativa, nell'ambito di una letteratura vastissima, v. F. MERUSI, F. BASSI (a cura di), *Mercati e autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1993; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 1995; F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 13-16; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 645 ss; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, p. 525 ss; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 143 ss; M. CLARICH, *Autorità*

bilanciare i poteri degli organi politici, anche di fronte all'erompere dei «poteri privati»⁹; al punto che se ne prospetta la qualificazione in termini di *Fourth Branch*¹⁰.

Alcuni dei caratteri peculiari del modello sono stati oggetto di studi molto approfonditi¹¹.

In primo luogo il carattere dell'indipendenza che è (*i.e.* dovrebbe essere) assicurato da alcuni requisiti di tipo strutturale¹² e funzionale¹³, e che opera in senso bidirezionale: sia nei confronti degli organi di governo sia rispetto ai sog-

indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005, pp. 13-56.

9 Su cui v. M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Potere e Costituzione*, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, Milano, 2023, p. 1008 ss; L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 381 ss; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, 2020, nonché i contributi raccolti nel fascicolo monografico dedicato ai «Poteri privati» della rivista *Diritto pubblico*, 3, 2021.

10 Di recente, la Corte costituzionale (con ord. n. 3 del 2019) ha negato all'AGCM la qualifica di giudice *a quo* ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale ribadendo la natura amministrativa dell'organismo e dei poteri esercitati; nondimeno il dibattito sull'identità istituzionale delle Autorità è tutt'altro che sopito. Sulla difficoltà di ricondurre le Autorità indipendenti ai tradizionali poteri dello Stato si veda, di recente, G. NAPOLITANO, G. MOCAVINI, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 442 e p. 486 che richiamano lo studio di B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu* in *Comparative administrative law* a cura di S. R. ACKERMAN E P. LINDSETH, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 38 ss.

11 Si veda, solo tra gli studi più recenti, M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 782 ss; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

12 Le procedure di nomina (su cui da ultimo, G. NAPOLITANO, G. MACAVINI, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, *Autorità indipendente e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, cit., p. 441 ss.) e l'ampia autonomia funzionale (si veda per es. l'art. 10, l. 287/1990, che dispone che l'Antitrust operi «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione»), organizzativa (possono dotarsi di regolamenti per l'organizzazione dei propri apparati e gestire concorsi per il reclutamento del personale) e finanziaria (si prevede non solo un'autonomia gestionale ma, talora, anche la possibilità di autofinanziamento mediante la richiesta di un contributo agli operatori del settore; sul punto si veda, di recente, Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69).

13 La formula (del «divieto di sollecitare o accettare istruzioni») è utilizzata dal diritto europeo (cfr. l'art. 108 del Trattato istitutivo della Comunità europea con riferimento alle funzioni della Banca centrale europea e delle altre banche del Sistema europeo delle banche centrali; art. 35 direttiva 2009/73/CE sull'energia elettrica; art. 39 direttiva 2009/73/CE sul gas. Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza* e S. BATTINI, G. VESPERINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposto dal diritto europeo e globale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 16-17 e p. 61 ss.

getti regolati.

In secondo luogo la tecnicità, garantita dalla elevata competenza tecnica tanto dei membri del collegio che dei funzionari preposti agli uffici¹⁴, che risponde all'esigenza di adeguatezza e stabilità dei precetti elaborati dalle Autorità¹⁵.

Vi è però un altro carattere peculiare che ha ricevuto minore attenzione e che merita approfondimento, anche in ragione dei perduranti profili problematici che caratterizzano il modello¹⁶: la concentrazione dei poteri. Alle Autorità sono, infatti, assegnati vari poteri che, fatte salve talune differenze terminologiche¹⁷, possono essere ricondotti a cinque macro-categorie.

Il primo è il potere di regolazione in senso proprio¹⁸ comprendente l'atti-

¹⁴ Le leggi istitutive richiedono che la scelta ricada su persone dotate di professionalità, competenza, esperienza e autonomia, ma non definiscono in modo adeguato i requisiti necessari (cfr. l'art. 10, l. 287/1990 prevede che i componenti dell'AGCM siano selezionati tra «persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità o rilievo»).

¹⁵ Sulla c.d. 'legittimazione tecnica' delle Autorità indipendenti si veda, tra gli altri, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 15 ss; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 67-84. e, più di recente, M. P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2016, p. 397 ss.

¹⁶ Il modello di regolazione tecnocratica che le Autorità rappresentano resta molto contestato, non solo perché presuppone soggetti sottratti all'indirizzo governativo, ma anche perché è figlio di una idea di tecnicizzazione che tende a sottrarre la regolazione dell'economia al circuito politico-democratico, in questa prospettiva v., tra gli altri, A. SOMMA, *Polverizzare il potere economico. Il neoliberalismo e la neutralizzazione del conflitto sociale* in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo tra le discipline*, Roma, 2024, p. 423 ss; F. MERLONI, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2024, pp. 78-80; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Milano, 2016.

¹⁷ In alternativa a quella qui seguita, è frequente la classificazione che distingue due funzioni principali: quella di *rule making*, comprensiva dell'attività normativa e di regolazione, e quella di c.d. *adjudication*, comprensiva di provvedimenti inibitori e sanzionatori. In questi termini, v. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, p. 311.

¹⁸ Cfr., tra i molti, L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2006, 5057 ss; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, Milano, p. 805 ss; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, *Dir. amm.*, 2, 2018, p. 337 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 608 ss; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 97 (3 2018), pp. 697 ss (spec. p. 702).

vità di elaborazione di precetti¹⁹ mediante atti propriamente normativi²⁰, quali regolamenti interni (di organizzazione e di funzionamento) e regolamenti con efficacia esterna²¹; ovvero mediante atti amministrativi generali²² variamente denominati²³ (istruzioni²⁴, comunicazioni²⁵, linee-guida²⁶, piani e programmi²⁷).

Nonostante la diversa natura giuridica (normativa/generale; hard/soft), gli atti in questione sono accomunati dal carattere precettivo: dettano regole di comportamento e di conformazione delle attività economiche, integrando le

19 Sui poteri normativi delle Autorità, tra i molti, si veda N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 87 ss; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., pp. 263 ss; S. FREDO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 1-2; F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, X, Agg., Roma, 2001; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 43 ss; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 75 ss; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., p. 729 ss; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2018, p. 172 ss.

20 Sul concetto di atto normativo e sul conseguente regime giuridico si veda G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998; L. CARLASSARE, *Regolamento (Dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Agg. 2001, p. 960 ss. Sulla nozione di atti precettivi delle autorità di vigilanza finanziaria S. AMOROSINO, *Principi «costituzionali», poteri e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2003, p. 335 ss.

21 Tra i quali rientrano sia gli atti con cui le Autorità dettano specifiche regole a integrazione della normativa di settore; sia i regolamenti che dettano la disciplina dei procedimenti svolti dalle stesse.

22 Sugli atti amministrativi generali e sulla problematica distinzione dai regolamenti, v. M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, p. 18 ss; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954, p. 217 ss; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 53 ss; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 388 ss; M. C. ROMANO, *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, Milano, 2006, p. 491 ss. In giurisprudenza, v., in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 Maggio 2012, n. 9, in *Giur. it.*, 2012, p. 2410 ss., e il commento di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e non normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 23 ss.

23 Sugli atti di regolazione riconducibili alla c.d. *soft law* v. N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, cit., p. 88; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., p. 19 ss; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015*, Napoli, 2015, p. 235.

24 Cfr. Le c.d. Istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia (pubblicati sul sito ufficiale dell'Autorità all'indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/index.html>).

normative di livello primario, sulla base di espresse (seppur spesso generiche) norme di attribuzione di potere²⁸.

Il secondo è il potere di vigilanza (nozione da preferire a quella di controllo²⁹), che comprende una pluralità di attività dirette a verificare che l'azione degli operatori economici sia conforme a determinate regole o *standard* definiti dalla legge (nazionale e UE) o elaborati dalle stesse Autorità, e – in caso di riscontrata difformità – è funzionale a far cessare eventuali comportamenti scorretti, imporre la correzione e, ove possibile, riparare i danni cagionati. Questa si

cdm=1000000&int=000000000000&page=1)

25 Cfr., ad esempio, per AGCM la *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990*, n. 287.

26 Come noto, allo strumento delle linee-guida è stato fatto ampio ricorso nel settore dei contratti pubblici a seguito della scelta del legislatore del 2016 di sostituire il regolamento attuativo della disciplina sugli appalti con atti di c.d. *soft law* elaborati da ANAC. Sulla questione della natura giuridica delle linee-guida ANAC si veda Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855. In dottrina, tra i molti, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, in *Giustamm.it*, 2016.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2016; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 436 ss.

27 Quali gli atti di determinazione degli *standard* di qualità e delle tariffe dei servizi. Si veda, ad esempio, il potere dell'Autorità per i Trasporti (ART) ex art. 37, comma 2 lett. b) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

28 In limitati casi, infatti, la legge stabilisce modalità criteri e oggetto della regolazione (cfr. ad es. l'art. 33 del Codice delle assicurazioni private; cfr. l'art. 15 TUF); più di frequente si tratta di previsioni generiche (art. 5 Codice delle assicurazioni private, art. 6 TUF, art. 1, c. 6, lett. c l. n. 249/1997). Il carattere generale di molte delle norme attributive del potere di regolazione ha portato dottrina e giurisprudenza a teorizzare che i poteri normativi delle AAI possono essere ricavati anche in via interpretativa (c.d. poteri impliciti), in base ad un'attività (che in quanto interpretativa appunto) è pienamente sindacabile dal giudice. Ad es. dall'art. 2, c. 5, l. n. 481 del 1995 la giurisprudenza ha ricavato la legittimazione dell'AEEG (oggi ARERA) ad esercitare poteri normativi volti a «dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti di erogazione del gas», cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987 su cui si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 87. Sul problematico tema si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss; A. PANTALEONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2020, p. 421 ss; M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2022, p. 25 ss.

29 Di recente, in dottrina, la nozione di vigilanza che qui si utilizza è stata declinata con la categoria dei «controlli amministrativi su privati» nel quadro di un generale ripensamento della nozione di controllo amministrativo «quale "sistema" volto ad assicurare l'enforcement regolatorio». In questo senso si veda M. DE BENEDETTO, *Controlli [dir. amm.]*, in *Enciclopedia giuridica Treccani on line*, 2017; A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 204 ss; L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 779 ss; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Bologna, 2008. Proprio perché si condivide il merito della proposta ricostruttiva degli Autori citati, nella misura in cui concentra l'analisi sull'importanza dell'attività di controllo, sulla necessità di elaborare rimedi per le disfunzioni e di individuare

esplica mediante provvedimenti di autorizzazione³⁰, attività ispettiva (accesso ai luoghi, prelievo di materiale)³¹, misure cautelari³², provvedimenti inibitori (dif-fide; divieti) e ordinatori³³ (richieste di documenti; ordini di dare/facere, deci-sioni con impegni³⁴).

Il terzo tipo di potere di cui le Autorità sono investite è quello sanziona-torio implicante l'accertamento degli illeciti previsti dalla legge (nazionale ed europea) e/o la violazione dei precetti posti dalle stesse Autorità, e l'irrogazione di sanzioni interdittive e pecuniarie³⁵.

Infine, le Autorità indipendenti sono titolari di poteri di carattere *giusti-ziale*³⁶, per la risoluzione stragiudiziale delle controversie (sia tra imprese e uten-

strumenti più efficaci per incentivare il rispetto delle regole da parte dei privati, pare opportuno utilizzare la nozione di vigilanza, utile ad affinare le coordinate concettuali del controllo sulle attività dei privati (che sconta ancora una certa vaghezza) e distinguerlo più chiaramente dai controlli amministrativi (inter-organici o inter-istituzionali) che si svolgono tra amministrazioni pubbliche.

30 I provvedimenti di autorizzazione sono contemporaneamente espressione di una funzione regolatoria, nella misura in cui contengono clausole accessorie che pongono precetti, e di una funzione di vigilanza, nella misura in cui rappresentano il titolo che giustifica il successivo controllo dell'Autorità. Si pensi, per esempio, al potere di AGCM di autorizzare operazioni di concentrazione tra imprese prescrivendo le misure necessarie a impedire effetti pregiudizievoli sulla libertà di concorrenza, art. 6, l. 287/1990 o l'autorizzazione rilasciata da CONSOB per l'esercizio dei servizi di investimento ex art. 19, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

31 Cfr., ad esempio, la legge n. 418/95, all'art.12, comma, 12 lettera g), attribuisce alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità il compito di controllare lo svolgimento dei servizi «con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili».

32 Il potere previsto dall'art. 14 *bis* della l. 287/1990 o dall'art. 8 d.lgs. 145/2007 sulla sospensione della pubblicità ingannevole, su cui v. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, 192 ss; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 174 ss.

33 Si pensi al potere delle Autorità di regolazione di imporre la separazione contabile e societaria delle imprese, art. 2, comma 12, lett. f) della l. 481/1995.

34 Sul sub-procedimento per impegni in materia *antitrust* si veda, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1283 ss; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 1, 2008, p. 109 ss; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2011, p. 509 ss; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazioni di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 165 ss.

35 In termini generali sul tema v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti. Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013).

36 Queste funzioni sono diffusamente definite para-giurisdizionali, espressione che però finisce per essere fuorviante dal momento che allude alla tesi non condivisibile e, come ricordato smentita dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che assimila le Autorità a organi giurisdizionali. Inoltre l'espressione "para-giurisdizionale" pone l'attenzione sul soggetto più

ti/consumatori³⁷, sia tra operatori economici³⁸), in alcuni casi anche mediante una speciale legittimazione processuale³⁹, e di poteri di c.d. *advocacy*⁴⁰.

In via generale, dunque, seppur «con variazioni e intensità diverse (...) tutti questi soggetti mescolano e riuniscono forme e manifestazioni tipiche dei diversi poteri costituzionali radicati nella “coscienza” costituzionale degli ordinamenti europei in quanto separati gli uni dagli altri»⁴¹.

Tale carattere è stato considerato un essenziale elemento di effettività della regolazione affidata alle Autorità la cui ragion d'essere sarebbe «proprio lo svolgimento di un'attività di “governo” di settori complessi attraverso l'uso di strumenti complessi»⁴².

L'assetto delineato, dunque, risponde ad esigenze di efficacia ed efficienza, per soddisfare le quali è stata ritenuta (non solo ammissibile ma addirittura) necessaria una deroga al principio di separazione dei poteri tradizionalmente inteso⁴³.

che sui caratteri dell'attività in questione. Per queste ragioni pare più opportuno qualificare le funzioni in esame come giustiziali. Sul concetto in generale v., tra gli altri, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, p. 543; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

37 Si veda l'art. 2, comma 24, lett. b), l. n. 481/1995; cfr. l'art. 128-bis TUB in forza del quale è stato istituito l'Arbitrato Bancario disciplinato dalle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 e successive modificazioni; si veda anche l'art. 220 d.lgs. n. 36/2023 sui pareri di precontenzioso di ANAC.

38 Si veda l'art. 1, comma 6, l. 249/1997 sui poteri di AGCOM relativi all'accesso e l'interconnessione delle reti nel settore della telefonia.

39 Cfr. l'art. 21-bis l. 287 del 1990, su cui, tra i molti, si veda M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 865 ss. Si veda l'art. 220 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sui poteri di impugnativa di ANAC. Un analogo potere ancorché più limitato è attribuito ad ART, in ordine ai progetti comunali di disciplina del servizio taxi, dall'art. 36, comma 2, lett. n) d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

40 Comprendenti l'attività consultiva prestata nei confronti del Parlamento e del Governo, l'esercizio periodico del potere di referto al Parlamento, le segnalazioni e raccomandazioni tramite le quali le Autorità possono evidenziare il contrasto di norme o provvedimenti amministrativi con la disciplina europea, legale e amministrativa vigente nei settori di loro competenza, eventualmente indicando gli interventi necessari per il ripristino della coerenza tra i diversi sistemi di regolazione settoriale.

41 L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 605.

42 Così M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 552-553; M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 68-72.

43 Su cui, tra i molti, si veda F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Dig.it.*, XIII, 1976, p. 482 ss; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1988; G. BOGNETTI,

3. I c.d. “correttivi” del modello: in particolare la c.d. legalità procedurale

L'attribuzione di poteri di diversa natura in capo ad Autorità non direttamente collegate al circuito politico-maggioritario, ha generato dubbi sulla loro compatibilità costituzionale⁴⁴. Tuttavia, è prevalsa in dottrina e in giurisprudenza la tesi che le riconduce sotto i principi costituzionali propri dell'amministrazione⁴⁵.

Pertanto la peculiare posizione istituzionale e la deroga al tradizionale sistema di distribuzione dei poteri, sono stati giustificati valorizzando taluni aspetti dell'assetto istituzionale considerati quali “correttivi” necessari per assicurarne la legittimità: i rapporti diretti con il Parlamento⁴⁶, il fondamento nel

La divisione dei poteri, Milano, 2001; F. RIMOLI, *Potere (divisione dei)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 4408 ss; C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2023, p. 310 ss; P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 3 ss; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2024, pp. 76-90.

⁴⁴ Il profilo su cui si sono concentrate maggiori critiche è quello del fondamento dei poteri normativi, anche in ragione del fatto che la Costituzione non contiene alcun riferimento al fenomeno delle Autorità indipendenti e contempla espressamente poteri normativi secondari solo per gli enti territoriali, le Università e le altre istituzioni di alta cultura. Tuttavia, la dottrina prevalente, seguita dalla giurisprudenza, ha finito per considerare ammissibili le relative attribuzioni individuando specifici limiti. Sul punto, tra i molti, v. M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 91-98; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., p. 5-8; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

⁴⁵ In questi termini G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, 145 ss; N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'Amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, p. 523 ss ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 43 ss; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., p. 146 ss; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 508 ss.

⁴⁶ In particolare si dà rilievo al fatto che è il legislatore a definire ciascuna Autorità attraverso la previsione e la modifica della legge istitutiva che ne definisce l'assetto organizzativo e le funzioni, mentre la legge di bilancio definisce l'ammontare delle risorse da destinare alle stesse. Inoltre, il Parlamento (attraverso i Presidenti delle Camere o le commissioni competenti per materia) partecipa alla nomina dei componenti, le Autorità devono inviare al Parlamento le relazioni annuali e possono essere chiamate a svolgere audizioni e a esercitare funzioni consultive (si veda, per l'AGCM, l'art. 21, l. 287/1990; per l'ANAC, l'art. 1, l. 190/2012). Si veda, al riguardo, D. SORACE, *La riforma del diritto costituzionale delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 792; M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 30 ss.

diritto europeo⁴⁷, il regime procedimentale e il sindacato giurisdizionale⁴⁸.

L'argomento che più rileva, per l'analisi svolta in questa sede, è quello della c.d. legalità procedurale, in base al quale sia il *deficit* democratico (*i.e.* la de-quotazione del principio di legalità indirizzato), dovuto al distacco dagli organismi politici rappresentativi⁴⁹, sia l'allentamento del principio di legalità sostanziale, dovuto alla indeterminatezza delle norme attributive dei poteri normativi e amministrativi, potrebbero dirsi "compensati" dalla previsione di garanzie

47 In questa prospettiva si osserva che le Autorità indipendenti trovano fondamento nel sistema delle fonti europee che impongono di costituire organismi caratterizzati da indipendenza e sono state progressivamente inserite in circuiti sovranazionali che le collega alle omologhe autorità istituite nei diversi Stati europei e che trova un referente in un'apposita istituzione dell'Unione. Sul punto, tra i molti, v. G. GUARINO, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in Aa V.v., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, p. 35 ss; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, cit., 21 ss; M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza* e S. BATTINI, G. VESPERINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposto dal diritto europeo e globale* entrambi in M. D'ALBERTI, A. PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 61 ss.

48 Il profilo non può essere approfondito in questa sede. Basti considerare che nella fase iniziale, la specialità funzionale e organizzativa aveva condotto parte della dottrina a prospettare la necessità di un sindacato giurisdizionale rispettoso delle sfere di competenza riconosciuto alle Autorità, anche alla luce dell'esperienza maturata negli ordinamenti ove già esisteva il modello delle *independent agencies* (in questo senso si veda S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 219) e sosteneva che alcune caratteristiche del modello organizzativo giustificassero delle limitazioni al sindacato giurisdizionale (così L. CUOCOLO, *I poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, cit., p. 623; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., p. 528., variamente definito: debole, estrinseco, deferente. Sulla scorta di questi argomenti anche la giurisprudenza aveva mostrato un atteggiamento di "deferenza", basti pensare infatti che, nonostante la 'svolta' compiuta in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 182 ss con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, 185 ss e P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss), la distinzione fra "sindacato debole" e "sindacato forte" era stata elaborata proprio con riguardo ai provvedimenti dell'*Antitrust* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 in *Giorn. dir. amm.*, 2003). Secondo una prospettiva opposta, minoritaria in origine ma oggi sempre più diffusa, anche in ragione dell'evoluzione del controllo giurisdizionale sui poteri di valutazione tecnica (su cui, da ultimo, v. A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice, Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021) e dei canoni del diritto convenzionale (in particolare il canone della c.d. «*full jurisdiction*» prevista dall'art. 6 CEDU, su cui tra i molti v. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss; p. 9 ss; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 237 ss) l'esistenza di un sindacato incisivo sugli atti delle Autorità è condizione di legittimità del sistema, che può compensare il *deficit* di legalità che caratterizza i relativi conferimenti di potere (così v. già G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 88 ss; A. LALLI, *Il sindacato del giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante del concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 358 ss; M. A.

procedimentali “rafforzate”⁵⁰.

Più in particolare, sotto il primo profilo, si è sostenuto che «la carenza di legittimazione democratica che contrassegna le autorità sul versante del rapporto con le istituzioni rappresentative [può] essere recuperata con una legittimazione dal basso, attraverso un contatto «osmotico» con gli interessi che abitano i vari settori oggetto dell'attività di regolazione e vigilanza»⁵¹. Il procedimento quindi è presentato come «la sede in cui ha luogo il dialogo delle Autorità con la società, e in cui si confrontano, secondo un canale (...) alternativo a quelli usuali della rappresentanza politica, i vari interessi in gioco»⁵². In questa prospettiva, le procedure sono elemento di legittimazione perché assicurano il carattere concertato e dunque l'adeguatezza e l'effettività delle regole⁵³.

Sotto l'altro profilo, si sostiene invece che le garanzie procedurali assicurate nei procedimenti davanti alle *Authorities* sono in grado di bilanciare l'attenuazione di alcune garanzie tradizionali, in *primis* quelle consistenti nella riserva di legge e nel principio di legalità⁵⁴. Vi sarebbe, infatti, «una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione di poteri che a volte sono sostanzialmente in bian-

CABIDDU, *La legittimazione delle autorità indipendenti fra procedimento e processo*, in *Banca borsa titoli di credito*, 3, 2005, p. 262 ss). Per l'approfondimento delle implicazioni che produce la concentrazione dei poteri delle Autorità indipendenti sul sindacato giurisdizionale sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Autorità amministrazione indipendenti e concentrazione dei poteri*, cit., spec. pp. 66, 277-280, 310-318.

49 M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, p. 245 ss; e in giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

50 F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.

51 M. CUNIMBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., p. 53 che richiama la tesi di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 5 ss.

52 *Ibidem*, p. 54. In termini, con riferimento ai poteri di regolazione, si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 103. In termini analoghi cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272; 2 maggio 2006, n. 2444; 20 aprile 2006, n. 2201, 11 aprile 2006, n. 2007; 17 marzo 2006, n. 1409.

53 Così P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., pp. 391-392.

54 In questi termini v., tra i primi, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 25 ss; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., p. 186 ss ove le regole procedimentali e, in particolare, quelle a garanzia del contraddittorio sono considerate come elementi essenziali per la garanzia della «parità delle armi» fra i soggetti del mercato. Sulle garanzie partecipative come elemento di compensazione del deficit di legalità sostanziale v. anche M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 75-79; 112-116, 159 ss; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., p. 297.

co, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati»⁵⁵.

L'ipotesi teorica si ritiene confermata sia dal diritto positivo, in particolare dalle leggi istitutive delle singole Autorità che contengono regole procedurali peculiari⁵⁶, che dalla prassi applicativa⁵⁷; ed è ormai diffusamente entrata nel «lessico» della giurisprudenza amministrativa⁵⁸ e costituzionale⁵⁹.

4. L'insufficienza dei “correttivi” rispetto alle criticità derivanti dalla concentrazione dei poteri

Il “contrappeso” della c.d. legalità procedurale non è però sufficiente né adeguato a stemperare le criticità derivanti dalla concentrazione di poteri così

⁵⁵ Così R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Atti del convegno *Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, Roma, 14 Dicembre 2005 pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3.

⁵⁶ In particolare, i procedimenti volti all'adozione degli atti di regolazione sono ispirati al “metodo della consultazione” e quelli diretti all'adozione di provvedimenti individuali devono svolgersi nel rispetto di principi assimilabili a quelli propri dei procedimenti giurisdizionali: il principio di piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio (anche in forma orale), della verbalizzazione, nonché della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione v. E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679; S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 377; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 368 ss; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, p. 209 ss.

⁵⁷ D'altra parte si mette in evidenza che le Autorità hanno avuto, sin dall'origine, la tendenza a motivare in modo puntuale e articolato le proprie decisioni, riproducendo in modo diffuso le risultanze dell'istruttoria, richiamando le approfondite analisi tecnico-economiche relative ai mercati e alle fattispecie indagate, dando puntualmente conto delle ragioni poste a fondamento delle decisioni. Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 89-91.

⁵⁸ Cons. Stato., sez. VI, 71 giugno 2014, n. 3051: «La de quotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire nei particolari settori e concretizzata nell'attribuzione alle Autorità di settore di ampi poteri regolamentari – impone il rinvigorimento del principio di legalità procedimentale. Tale principio si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Nello stesso senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stat., sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. Stat., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

⁵⁹ Cfr. Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 69 ove si afferma che per valutare se è stato rispettato o meno l'art. 23 Cost., «la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge [...] vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti». Sulla pronuncia si veda G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, p. 749 ss; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 170 ss.

eterogenei, per almeno due ragioni.

4.1. I limiti della c.d. legalità procedurale

È innanzitutto da mettere in discussione l'idea che l'esercizio dei poteri conferiti alle Autorità sia stato effettivamente presidiato da garanzie partecipative e difensive significativamente maggiori rispetto a quelle previste per l'esercizio dei poteri analoghi da parte delle amministrazioni tradizionali.

La teoria della legalità procedurale sembra, infatti, fondarsi su due equivoci concettuali.

Il primo riguarda la *natura* delle garanzie procedurali. Senza voler negare il ruolo fondamentale che svolge la procedimentalizzazione del potere ai fini del rispetto dei principi di legalità, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, va però considerato che le regole sulla forma e sul procedimento rappresentano strumenti di limitazione del potere e non sue fonti di attribuzione. Operano dunque come parametro di validità degli atti a tutela degli interessi dei privati coinvolti, ma non valgono a recuperare il mancato collegamento con le istanze politico-rappresentative⁶⁰; né possono eliminare completamente i problemi derivanti dall'eccesso di genericità delle norme di conferimento del potere, le quali rimangono il fondamentale elemento per verificare l'esistenza e la validità degli atti concretamente adottati⁶¹.

Pertanto, i "controlimiti" alle ampie attribuzioni conferite alle Autorità devono essere individuati sul piano della interpretazione della norma attributiva

60 Come è stato osservato, infatti, occorre distinguere il concetto sociologico di legittimazione del potere (elaborato da N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995) e la questione giuridica del fondamento e dei limiti del potere, cui si collega il principio di legalità. Sul punto si vedano le considerazioni di A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una posizione critica nei confronti delle tesi che vedono nella partecipazione degli interessati una forma alternativa di legittimazione democratica v. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, p. 60 ss; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., pp. 427-431, ma già L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 155.

61 In questi termini v. E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, p. 55 ss. Così anche M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., p. 31; e ID., *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 176. Per un'ampia trattazione del tema si veda P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in particolare p. 305 ss.

del potere e, dunque, mediante il sindacato sulla corretta applicazione della stessa da parte del giudice⁶². E sul punto – come avremo modo di considerare (§ 7.2.) – occorre distinguere puntualmente tra poteri di *rule making*, esercitati con atti normativi e generali, poteri di vigilanza, che portano all'adozione di provvedimenti individuali con effetti conformativi e ablatori, e poteri sanzionatori.

Il secondo equivoco, che ancor più rileva in questa sede, riguarda la *portata* delle garanzie procedurali. Se infatti si esaminano le regole sulla partecipazione ai procedimenti davanti alle Autorità, emerge che non sono state calibrate sulla natura del potere esercitato e solo in pochi casi divergono dalle regole generali dettate per gli apparati “tradizionali”. La ragione probabilmente è legata al riconoscimento della natura *amministrativa* delle Autorità, che ha fatto sì che nella definizione della disciplina da applicare alle diverse funzioni fosse preso come riferimento lo statuto procedimentale generale (proprio in quel periodo codificato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241) per *tutti* i poteri di regolazione-normazione, di amministrazione-vigilanza e sanzionatori-giustiziali⁶³.

La questione emerge con evidenza rispetto alla variegata tipologia degli atti di regolazione che sono stati sottoposti ad una medesima disciplina procedimentale⁶⁴.

In particolare, nel definire la disciplina degli atti di *rule making* non si è preso a modello quella prevista per gli atti normativi del Governo (l. 23 agosto 1988, n. 400), benché per il contenuto e per la portata normativa a questi po-

62 Sulla rilevanza dell'interpretazione della norma attributiva del potere v. S. SPUNTARELLI, *Poteri impliciti*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 934 ss.

63 Le stesse leggi istitutive in molti casi rinviano espressamente alla l. n. 241 del 1990: cfr., per AGCOM, gli artt. 11 e 13, d.lgs. n. 259/2003 e la delibera n. 316/02/Cons e successive modifiche; per Banca d'Italia, Consob, l'art. 23 della l. n. 262 del 2005; per IVASS l'art. 9, c. 3, del Codice delle assicurazioni private. Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 89-90. Si veda G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 134-137 che mettono in evidenza l'inadeguatezza del modello procedimentale previsto dalla l. n. 241 del 1990 per gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti mettendo in rilievo criticamente che «le previsioni speciali di garanzia fin qui adottate possono considerarsi come la mera applicazione di principi generali».

64 Emblematico in questo senso l'art. 23 della l. n. 262 del 2005 che equipara atti normativi e atti amministrativi generali, riferendo le medesime garanzie procedurali ad entrambi.

tessero essere equiparati⁶⁵. Sono stati invece previsti (in origine per iniziativa spontanea delle singole Autorità⁶⁶) meccanismi di c.d. *notice and comment*, secondo il modello dell'*Administrative Procedure Act* degli USA. Tale istituto, come noto, implica che l'Autorità renda pubblici i contenuti dell'atto di cui propone l'adozione (fase di *notice*), in modo da consentire a tutti i soggetti interessati di presentare le loro osservazioni su tali proposte (fase di *comment*), e che successivamente dia conto delle ragioni che stanno alla base della decisione, rendendo pubblica una dichiarazione dei principi e degli obiettivi perseguiti.

La dottrina che per prima ha analizzato questo istituto ha sostenuto che il procedimento previsto per gli atti di regolazione delle Autorità aveva determinato un innalzamento del livello di tutela per i destinatari, in deroga alla legge n. 241/1990 che esclude gli istituti di partecipazione (art. 13) e l'obbligo di motivazione (art. 3, c. 2), per i procedimenti volti all'emanazione degli atti normativi e generali⁶⁷.

Tali considerazioni però sono state smentite dalla prassi e dalla normativa secondaria.

Per un verso, è stato chiarito l'art. 13 della l. n. 241/1990 non implica l'esclusione *tout court* delle garanzie partecipative nei procedimenti per l'adozione degli atti normativi e generali, ma prefigura la possibilità che si applichino

⁶⁵ In questi termini si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 89 il quale osserva che sul piano procedimentale «l'attività normativa delle AAI appare impostata (pur in mancanza della disciplina unitaria), secondo un modello unitario; che non è, come si è avvertito, proprio solo degli atti normativi, ma, possiamo dire, è comune a tutti gli atti a contenuto generale (...). Modello invero del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo (art. 17, l. n. 400/88), ai quali per il loro contenuto, per la loro portata normativa, si direbbe, gli atti in esame possono essere rapportati».

⁶⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 78-79 e p. 132. Solo successivamente il modello fu previsto dalle leggi di settore: cfr. la direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche 2002/21/CE del 7 marzo 2002 su cui S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 690; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 267.

⁶⁷ In termini, tra gli altri, si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 89; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 78-79. Sugli istituti di partecipazione nel sistema delle autorità di regolazione v. anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, pp. 324 ss; S. FREDO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 176 ss; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 694 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p.195 ss.

specifiche regole (previste dalle normative di settore)⁶⁸ che possono prevedere forme partecipative diverse da quelle indicate dagli artt. 7-11, l. n. 241/1990, in ragione dell'ampio numero di destinatari nei cui confronti gli atti in questione sono destinati a produrre effetti.

Per altro verso, il meccanismo del *notice and comment* non sembra differenziarsi così significativamente dagli strumenti partecipativi previsti per l'elaborazione di atti generali in altri settori⁶⁹; e ne condivide i limiti. Meccanismi di questo tipo sono un efficace strumento di garanzia per gli interessi "strutturati", di singoli o di gruppi organizzati⁷⁰, permettono l'emersione e la considerazione delle istanze di chi è destinato a subire direttamente gli effetti limitativi o conformativi della regolazione (*i.e.* nei settori in esame i titolari delle libertà economiche)⁷¹, rischiando però di lasciare senza «voce» altri soggetti – spesso più deboli – che potrebbero essere indirettamente avvantaggiati (o svantaggiati) dall'intervento regolatorio (*i.e.* piccole-medie imprese, consumatori, utenti dei

68 M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. Fed.*, 1, 2018, p. 129 ss; ID., *La partecipazione dell'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

69 Si pensi alle regole di elaborazione dei piani urbanistici o territoriali che di regola prevedono: l'elaborazione dell'atto da parte degli uffici competenti, l'adozione da parte degli organi politici (Giunta regionale/comunale o Consiglio regionale/comunale) in base agli assetti definiti dalle leggi regionali, la possibilità di presentare osservazioni sul piano adottato da parte dei soggetti interessati, che l'amministrazione è tenuta a considerare dando conto delle ragioni del mancato accoglimento, e infine l'approvazione definitiva del piano da parte dell'organo politico (Giunta o Consiglio).

70 Cfr. R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., p. 212.: «un conto è la partecipazione dispiegata nel procedimento dal *quivis de populo*, dall'"uomo qualunque", dal "Man in the street", al quale si deve certamente il massimo rispetto, e ben altro è il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti. Ed alla gestione di siffatti interessi di peso, capaci di orientare e condizionare, se si vuole anche solo oggettivamente, i processi deliberativi pubblici dovrà essere, ovviamente, riservata particolare attenzione». Sui limiti delle forme di partecipazione c.d. collaborativa nei procedimenti per la formazione degli atti generali in materia di governo del territorio sono sempre valide le considerazioni di C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2008, p. 263 ss.

71 In questo senso v. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 352 il quale rileva che «sul piano giuridico si ritiene che tali regole debbano essere assoggettate ad una valutazione (preventiva e successiva) di "impatto", sull'assunto che non siano ammessi "oneri" e "costi" non necessari al raggiungimento delle finalità previste. Ciò significa che le regole che incidono sulle libertà economiche non possono determinare "spese" superiori a quanto necessario per il raggiungimento degli scopi sociali (e generali) da garantire. (...) Tutto ciò, ancor prima, presuppone il riconoscimento sul piano costituzionale (europeo e interno) di una posizione di relativa primazia alla libertà di iniziativa economica, al mercato e agli interessi privati in generale: in questi ambiti (e per queste attività) l'intervento pubblico sarebbe ammesso soltanto per "ripristinare le condizioni di efficienza allocativa che il mercato da solo non è in grado di assicurare» che richiama, sul punto cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblici*, Bologna, 2009, p. 64 e ss.

servizi, lavoratori, cittadini disinteressati etc..)⁷². Com'è stato osservato, del resto, «la c.d. "cattura" del controllore non è altro che l'aspetto negativo della "legittimazione procedimentale", dal momento che i soggetti attivi nel procedimento regolativo possono curare i propri interessi più efficacemente, eventualmente a danno di esigenze e interessi meno rappresentati»⁷³.

Più di recente, inoltre, è stato segnalato anche un problema di (non) trasparenza: «per un verso, l'opacità è generata dalla produzione di documenti sovrabbondanti e di *dossier* inutilmente lunghi che includono tutto ciò sia riconducibile alla decisione, oscurando, anziché chiarendo, all'esterno la comprensione del processo decisionale. Per altro verso, l'opacità si manifesta tramite una fuga dalle procedure formali, a vantaggio di negoziati informali e non trasparenti»⁷⁴.

In sostanza, tali considerazioni se non escludono il valore dei meccanismi di *notice and comment* ai fini dell'efficacia e dell'adeguatezza delle regole elaborate (dunque in chiave "collaborativa"), certo inducono ad essere più cauti nell'enfatizzarne la funzione garantista.

Considerazioni ancora più critiche possono essere fatte rispetto alla disciplina procedimentale prevista per la potestà sanzionatoria.

Infatti, nonostante si fosse consolidata in dottrina e in giurisprudenza la concezione della sanzione amministrativa quale «pena in senso tecnico» e che in alcune delle leggi istitutive si facesse un espresso richiamo alla l. n. 689/1981⁷⁵, nella normativa secondaria e nelle ricostruzioni dottrinali le sanzioni e il potere sanzionatorio delle Autorità hanno subito una "torsione" rispetto a quel modello.

⁷² Criticamente sulla mancanza di un'adeguata ampiezza e varietà nella platea dei soggetti coinvolti nei procedimenti delle Autorità v., da ultimo, M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO, *Enc. dir., Tematici*, vol. V, Milano, 2023, p. 795-796.

⁷³ Così v. P. LAZZARA, *ul. op. cit.*, p. 361 che segnala l'esistenza del «rischio di sovrarappresentazione degli interessi economici più forti» (p. 391). Per l'opinione che esclude che la legittimazione procedimentale, realizzata attraverso le consultazioni, possa "sostituire" il rispetto del principio di legalità si veda, tra gli altri, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 460 e di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 703.

⁷⁴ Così v. M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., p. 32.

⁷⁵ Cfr. l'art. 31 l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'art. 31 l. 223 del 1990 e l'art. 21 comma 1, lett. r), l. 6 febbraio 1996 n. 52.

È vero, infatti, che le leggi istitutive prevedono che l'esercizio dei poteri sanzionatori sia sottoposto a garanzie procedurali rinforzate: i principi di piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione, la separazione tra funzioni istruttorie e decisorie⁷⁶. Tuttavia, i regolamenti sulle procedure amministrative (spesso adottati con delibere della stessa Autorità) non hanno attuato in modo adeguato tali principi, sottoponendo alle medesime regole tutti i procedimenti volti all'adozione di provvedimenti individuali, ivi compresi quelli sanzionatori nei quali, applicando la l. n. 689/1981, sarebbero state necessarie garanzie più elevate. Come si vedrà (§ 5), il risultato è stato opposto rispetto a quello realizzato nei procedimenti di regolazione: le procedure sono state contaminate da istanze "collaborative" che hanno determinato delle deroghe agli istituti difensivi (posti a tutela dei sanzionando) che avrebbero dovuto caratterizzare quei procedimenti.

In definitiva, solo prendendo a paradigma la disciplina della l. n. 241/1990 per *tutti* i poteri conferiti alle Autorità è stato possibile affermare che i relativi procedimenti hanno innalzato il livello delle garanzie partecipative/difensive⁷⁷. Se si fosse preso a riferimento le discipline di settore regolanti gli analoghi poteri degli apparati amministrativi del sistema tradizionale, si sarebbe concluso che le garanzie erano più elevate soltanto per alcune attività di vigilanza (*i.e.* per poteri di accertamento, di ispezione e d'ordine, sui cui v. § 6), mentre negli altri casi: o non erano significativamente diverse (*i.e.* per le funzioni di regolazione) o erano addirittura inferiori (*i.e.* nel caso dell'attività sanzionatoria).

4.2. Il *continuum* tra i poteri di regolazione, vigilanza e sanzione e la dequotazione del principio di tipicità

Vi è poi un altro elemento da considerare. Le criticità appena considera-

⁷⁶ Cfr. ad esempio l'art. 2 c. 24, lett. a) della l. n. 481 del 1995 prevede «procedure relative alle attività svolte dalle autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale e la verbalizzazione».

⁷⁷ Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 111 che con riferimento ai procedimenti di vigilanza e sanzionatori di AGCM afferma che le «regole procedurali previste dalla legge n. 287 e dal regolamento attuativo ... superano opportunamente la soglia delle garanzie minime fissate in via generale dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo», lo stesso Autore, tuttavia, lamenta il mancato rispetto del principio di separazione tra funzione istruttoria e funzione decisionale.

te sono infatti accentuate (o forse per una parte determinate) dal fatto che alla concentrazioni di poteri si è accompagnata una sorta di “confusione” tra gli stessi.

La visione unitaria dell'attività di «governo» del settore economico affidata alle Autorità, la disciplina regolamentare da queste elaborata e la conseguente prassi applicativa hanno determinato la sovrapposizione tra i diversi poteri e tra i procedimenti con cui vengono esercitati. Si è realizzato, dunque, un “allentamento” del principio di tipicità dei poteri e degli atti amministrativi «a favore di una fungibilità [ritenuta] in grado di meglio assicurare l'elasticità e la duttilità di manovra nell'esercizio delle funzioni»⁷⁸.

In questo modo la deroga alla separazione dei poteri non ha riguardato solo il profilo strutturale (*i.e.* il cumulo in capo ad un unico apparato di poteri di diversa natura), ma si è estesa alla dimensione funzionale, contravvenendo anche alla «distinzione tra le funzioni», da considerare un caposaldo delle versioni più aggiornate della teoria classica⁷⁹. La conseguenza che ne è derivata è che atti con diversi contenuti ed effetti sono stati sottoposti al medesimo regime procedimentale e preordinati alle medesime finalità.

Questa “confusione” tra i poteri emerge dalle ricostruzioni dogmatiche e, in determinati casi, anche dalla normativa di settore.

In particolare, la dottrina ha preso atto della “commistione” che è venuta a realizzarsi e in certi casi si è arrivati a teorizzare la necessità di un *continuum* tra i diversi poteri quale tratto caratterizzante del modello. Con riferimento ai rapporti tra regolazione e vigilanza, è stato osservato che «è sempre meno agevole ricondurre le singole sue manifestazioni ai tipi tradizionali e la linea di distinzione tra atti normativi e generali (da sempre un rompicapo per gli studiosi del diritto pubblico) sembra sfumare nella sovrapposizione di dati strutturali, procedurali ed effettuali (...). Ritroviamo così: veri e propri regolamenti, rispondenti ai requisiti classici del tipo; atti di regolazione diretti a determinati soggetti ma potenzialmente espandibili; atti di regolazione che si combinano

⁷⁸ Così M. C. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle amministrazioni indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, p. 20.

⁷⁹ Sul rapporto tra separazione dei poteri e distinzione delle funzioni v. L. CUOCOLO, *I poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti...*, cit., p. 606 e M. A. CABIDDU, *La legittimazione delle autorità indipendenti fra procedimento e processo*, cit., p. 262 ss; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit. pp. 83-90.

con atti di autonomia privata; atti di impulso per la conclusione di accordi; atti di indirizzo; segnalazioni; autorizzazioni in esenzione per categorie e fattispecie generali»⁸⁰.

Ma la questione riguarda anche le funzioni giustiziali.

Con riguardo alle attività di *alternative dispute resolution* (ADR), è stato osservato che le Autorità devono perseguire gli obiettivi generali della regolazione, con la conseguenza che «gli atti puntuali di risoluzione delle controversie, pur avendo un ambito soggettivo di applicazione limitato alle sole parti coinvolte, possono tradursi in vere e proprie raccomandazioni rispettate dall'intero settore in virtù dell'effetto c.d. di *moral suasion*, assumendo una funzione generale di tipo regolatorio (*regulation by litigation*)»⁸¹.

D'altra parte, la "confusione" tra funzioni di vigilanza e potere sanzionatorio è stata giustificata sul presupposto per cui l'attività sanzionatoria, pur rappresentando lo strumento tipico dell'azione punitiva, è funzionale al completamento del sistema, operando da un lato come strumento di rafforzamento dei poteri di vigilanza ad esse demandati, dall'altro come mezzo indiretto di regolazione dello specifico settore⁸². Non a caso, vi è chi sostiene che anche nell'esercizio del potere sanzionatorio le Autorità introducono regole vincolanti per la pluralità degli operatori del mercato⁸³.

In definitiva, sul presupposto dell'unitarietà della funzione di «governo dei mercati» non solo poteri di diversa natura sono stati attribuiti al medesimo apparato, ma si è finito per accomunare atti eterogeni sotto il medesimo regime

80 F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., pp.9-10; v. anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 127-129 che descrive la sostanziale sovrapposizione tra poteri di autorizzazione generale e poteri normativi.

81 Così M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., p. 176. Si veda anche S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle Autorità indipendenti di regolazione*, in *Federalismi.it*, 18, 2014, p. 4 che la descrive come «una peculiare commistione tra giustizia e regolazione, che sembra (...) potersi elevare a profilo tipico della funzione giustiziale svolta dai Regolatori».

82 V. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 4, 1995, p. 629. Così anche G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020, pp. 11-44.

83 Si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 245 ss; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 100-101.

giuridico⁸⁴, così spezzando «lo stretto legame tradizionalmente esistente tra finalità istituzionali contemplate dalla legge e strumenti tipici per realizzarle»⁸⁵.

5. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività sanzionatoria: la sanzione come «strumento di regolazione e vigilanza»

Ebbene l'allentamento del principio di tipicità ha prodotto rilevanti conseguenze sul piano sistematico. La questione ha portata generale, ma in questa sede si concentra l'attenzione sui rapporti tra attività di vigilanza e potestà sanzionatoria ove i profili problematici sono stati accentuati da alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali.

L'evoluzione normativa, giurisdizionale e dottrinale in materia fa emergere che, in un primo momento, la concentrazione dei poteri ha fatto sì che le sanzioni delle Autorità indipendenti subissero una metamorfosi, venendo “attratte” tra gli strumenti di regolazione e di vigilanza, con conseguente sottoposizione al regime giuridico proprio degli strumenti di amministrazione attiva.

Sebbene non sia possibile in questa sede ricostruire l'evoluzione, si può ricordare che per le Autorità di nuova istituzione si affermò, fin dal principio, un modello peculiare nel quale la potestà sanzionatoria era sostanzialmente equiparata alla funzione di vigilanza; prova ne è il fatto che i poteri inibitori e ordinatori, i poteri sanzionatori e quelli di risoluzione delle controversie furono sottoposte ad una disciplina unitaria ricalcata sulla categoria dell'«attività in forma contenziosa» (o «semi-contenziosa») ⁸⁶ elaborata dalla dottrina tradizionale

⁸⁴ Ne paventava il rischio F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti...*, cit., p. 311.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 177 ove si osserva che il principio di tipicità è interpretato dalla giurisprudenza in modo «attento alle peculiarità dell'amministrazione titolare del potere».

⁸⁶ A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 107 ss, M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, *ivi*, p. 149 ss. Va segnalato però che non vi era piena concordia sulle qualificazioni e sulle differenze tra attività semi-contenziosa e attività contenziosa in senso stretto. Ad esempio v. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 107 il quale qualificava come “attività semi-contenziose” le indagini preliminari (ex art. 12 l. n. 287/1990) e le indagini conoscitive (ex art. 13 d.r.R. n. 461/1991, corrispondente all'art. 17 d.p.R. 217/1988) «in quanto volte ad identificare conflitti potenziali», e come “attività contenziosa in senso stretto”, l'attività istruttoria avviata dall'AGCM (ex art. 14 l. n. 287/1990) per «l'accertamento delle infrazioni al divieto di intese restrittive della concorrenza (artt. 2, 3, 12, 14), dell'abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione (art. 5, 6)». Diversamente v. M. CLARICH, *L'attività delle Autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, *ivi*, p. 149 che riconduceva alle “attività semi-contenziose” i «conflitti bilaterali fra ente regolatore e soggetto regolato» che potevano condurre il regolatore ad esercitare «a seconda dei casi, poteri

per i procedimenti di accertamento con effetti costitutivi⁸⁷ destinati a concludersi con «decisioni amministrative»⁸⁸. Inoltre, diversamente da quanto previsto dalla l. n. 689/1981, la tutela giurisdizionale sulle sanzioni fu attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁸⁹.

Nel settore bancario e dei mercati finanziari, ove operavano Banca d'Italia, Consob e Isvap (oggi IVASS) – che cominciarono ad acquisire maggiore indipendenza dal potere esecutivo per effetto del recepimento delle direttive europee degli anni '90 – vi è stata una diversa evoluzione⁹⁰; ma quando il potere sanzionatorio è stato concentrato davanti alle *Authorities* (con l. 18 aprile 2005,

ordinatori, inibitori e sanzionatori», e alle «attività contenziose in senso stretto», quelle ipotesi in cui si creava un rapporto trilaterale in cui l'Autorità risolveva un conflitto tra due o più soggetti privati in posizione di asimmetria (ente gestore del servizio e utente o cliente) o in posizione paritaria (ad es. due imprese concorrenti).

87 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 810 ss; M. S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, pp. 316 ss; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, pp. 169.

88 Definite come atti di accertamento, formati attraverso «un procedimento costruito in modo da dare rilievo ad un conflitto di interessi fra gli amministrati o fra essi e l'Autorità, allo scopo di accertare l'applicabilità della legge ad un caso concreto, anche determinando talvolta le modalità di applicazione della legge medesima» così v. M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., p. 812.

89 Più in particolare, la l. n. 287 del 1990 all'art. 33 prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con competenza funzionale del Tar Lazio) sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativi all'accertamento di posizioni anticoncorrenziali, la giurisdizione della Corte d'appello in caso di azioni di nullità e risarcimento del danno, e all'art. 31 prevedeva: «per le sanzioni pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 24 novembre 1981, n. 689» tra cui rientravano anche gli articoli sul ricorso in opposizione davanti al pretore. Ciò aveva generato orientamenti giurisprudenziali diffusi (sul punto si v. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle Autorità indipendenti* in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 165 ss (spec. pp. 169-170). Tuttavia, dopo qualche incertezza, la Corte di cassazione (sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52) aveva ritenuto che anche la tutela nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM rientrassero nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul punto v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., p. 95. Quanto alle altre Autorità, cfr. la l. 14 novembre 1995, n. 481, all'art. 2 comma 25; la l. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, comma 26, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, all'art. 1, comma 26, dall'art. 6 della l. 5 marzo 2001, n. 57 (ora confluita nell'art. 209 del Codice delle assicurazioni private), dall'art. 24, c. 5, l. n. 262 del 2005, con riferimento alla Covip; dall'art. 244, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con riferimento all'AVCP (oggi ANAC). Oggi operano gli artt. 133 c. 1, lett. l), 134, lett. c) del c.p.a. che prevedono rispettivamente la giurisdizione esclusiva sugli atti delle Autorità indipendenti (ad eccezione di Consob e Banca di Italia, su cui ha giurisdizione il giudice ordinario) e la giurisdizione con cognizione estesa al merito sulle «sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (...)».

90 Sul tema v. B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 679-741; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, I, p. 65 ss.

n. 62 e con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, c.d. legge sul risparmio⁹¹) «i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori» sono stati ricondotti sotto una medesima disciplina⁹², mentre i primi regolamenti specificamente dedicati ai procedimenti sanzionatori sono stati elaborati soltanto nella seconda decade degli anni 2000⁹³.

Ebbene, questo assetto originario è quello che ha portato la dottrina a considerare il principio del contraddittorio quale elemento caratteristico del *modus agendi* delle Autorità, che le differenzia dalle altre tipologie di pubbliche amministrazioni e che è ritenuto fattore di legittimazione alternativa a quella democratico-rappresentativa, nonché di compensazione della de-quotazione della legalità sostanziale dovuta all'esistenza di norme attributive dei poteri dal contenuto ampio e generico⁹⁴.

Tuttavia, come già osservato in via generale sul punto (v. § 4.1), la ricostruzione può dirsi solo parzialmente esatta. Ciò perché se applicando la categoria dell'attività in forma contenziosa i procedimenti di vigilanza risultano sottoposti ad uno statuto procedimentale più garantista rispetto a quello (allora) applicabile all'attività amministrativa degli altri soggetti pubblici⁹⁵, non altrettanto può dirsi per la potestà sanzionatoria che è stata oggetto di una disciplina meno garantista di quella allora prevista dalla disciplina generale in materia di sanzioni.

Il quadro che si è venuto a creare ha dunque giustificato ricostruzioni dirette a enfatizzare e sistematizzare i tratti di peculiarità della potestà sanzionatoria esercitata dalle Autorità amministrative indipendenti. In particolare si osservava che nel sistema delle Autorità indipendenti il potere sanzionatorio era da

91 Cfr. l. 18 aprile 2005, n. 62, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

92 Cfr. l'art. 24, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

93 Si veda W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 21; A. MARCOVECCHIO, *Il procedimento sanzionatorio della Consob*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 187.

94 Sul punto, si rinvia alla bibliografia citata al § 3.

95 Nell'assetto originario la l. n. 241/1990 distingueva in modo piuttosto debole la partecipazione in funzione collaborativa (art. 9) e la partecipazione in funzione di garanzia (art. 7, 10) e delineava un contraddittorio di tipo verticale (senza oralità, senza proattività nella comunicazione degli atti del procedimento, senza, di regola, separazione tra istruzione e decisione). Sono state le successive riforme del 2005, 2016, 2022 a rafforzare la dimensione difensiva della partecipazione procedimentale.

considerare un «tutt'uno con quello di vigilanza e di regolazione»⁹⁶ così intimamente connesso a questi da dover essere assoggettato alle medesime regole. La sanzione, quindi, era considerata non solo complementare ma sostanzialmente assimilabile agli altri strumenti di controllo, quale «esercizio di un potere che partecipa degli stessi caratteri degli altri poteri amministrativi» e dotato «di carattere provvedimentale»⁹⁷.

In altre parole, in nome dei profili di strumentalità della funzione sanzionata rispetto a quelle di regolazione e di vigilanza, è stata predicata una distinzione sul piano funzionale tra le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti e quelle ascrivibili al modello della «pena in senso tecnico» (di cui alla l. n. 689/1981) e si è finito per applicare all'esercizio del potere sanzionatorio una disciplina procedimentale calibrata sulle caratteristiche e gli effetti dei provvedimenti di amministrazione attiva⁹⁸.

5.1. L'intreccio tra procedimenti di vigilanza e procedimenti sanzionatori e le deroghe alla l. n. 689/1981

La ricostruzione è confermata dal quadro normativo che regola la materia e che presenta vari elementi di complessità.

Le Autorità indipendenti sono regolate da diverse normative di settore, pertanto non vi è omogeneità né per quanto riguarda i principi che devono orientare i procedimenti sanzionatori⁹⁹ né per quanto attiene alle disposizioni

⁹⁶ E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, cit., p. 46. Si veda anche M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 88 il potere sanzionatorio è «una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzione di continuità». In termini analoghi, rispetto ai poteri di Consob, v. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 21.

⁹⁷ In questi termini v. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, cit., p. 629 ss (p. 634).

⁹⁸ Sul punto v E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 39: «più il potere sanzionatorio assumerà connotati di strumentalità alla vigilanza, tanto più si allontanerà dal modello esclusivamente afflittivo che è alla base della disciplina generale delle sanzioni amministrative, dettata dalla legge 689/1981, e pertanto richiederà adattamenti sempre più derogatori, anzi autonomi, rispetto a quella disciplina».

⁹⁹ Si consideri, a titolo di esempio: l'art. 24 l. 28 dicembre 2005, n. 262, principi analoghi trovano applicazione nei procedimenti sanzionatori dell'Aeeg (oggi ARERA), in base a quanto previsto dall'art. 45, c. 6, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93. Mentre l'art. 8, c. 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativo ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), individuava principi parzialmente diversi: «la tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, la contestazione degli addebiti, il termine a difesa, il contraddittorio, la motivazione, la proporzionalità e l'adeguatezza della sanzione, la comunicazione tempestiva del provvedimento con forme idonee ad assicurare la data certa della

che attribuiscono alle Autorità il potere di disciplinare i relativi procedimenti.

Le regole contenute nei regolamenti delle Autorità, e seguite nella prassi, hanno risentito di tali ambiguità. La disciplina applicabile è, infatti, definita nei principi generali dalla normativa primaria di settore¹⁰⁰ e dettagliata, sulla base di espresse autorizzazioni legislative, dai regolamenti delle stesse Autorità.

Il procedimento è diviso in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria.

La fase pre-istruttoria comprende le attività d'indagine, avviate d'ufficio o su segnalazione, rivolte all'acquisizione di elementi utili (anche) ai fini dell'avvio di un procedimento sanzionatorio ed è svolta dagli uffici competenti in materia di vigilanza¹⁰¹.

Qualora dall'attività di vigilanza emerga la possibile sussistenza dei presupposti di un illecito, l'Ufficio competente¹⁰² dà avvio al procedimento sanzionatorio vero e proprio, attraverso la notifica di un'apposita delibera¹⁰³, solo in alcuni casi denominata «lettera di contestazione degli addebiti»¹⁰⁴, che viene pubblicata anche sul bollettino dell'Autorità.

Si apre così la fase istruttoria¹⁰⁵, diretta alla verifica dei fatti costitutivi dell'illecito in contraddittorio (scritto e talvolta anche orale¹⁰⁶) con l'interessato,

piena conoscenza, il rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti»; mentre il vigente art. 222, c. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con riferimento ai poteri sanzionatori di ANAC si limita a prescrivere il rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

100 Cfr. art. 24 l. 262/2005; art. 145 TUB; art. 2, co. 24, l. n. 481/1995 e art. 45 d.lgs. n. 93/2011.

101 In materia antitrust l'art. 14 ss, l. n. 287/1990, e gli art. 6 ss d.P.R. n. 217/1998 ripartiscono la competenza tra gli uffici che propongono/avviano e conducono l'attività istruttoria (e pre-istruttoria) e il Collegio, il quale valuta le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'attività stessa oltre ad avere la competenza sulla decisione finale.

102 Quali, per es., la Direzione Sanzioni e Impegni in ARERA, il Servizio Rapporti Istituzionali di Vigilanza in Banca d'Italia.

103 Per il procedimento di ARERA, cfr. l'art. 4 del *Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni*, adottato con la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/come modificato con delibera del 1 giugno 2017 388/2017/E/CON. Per il procedimento di AGCM, cfr. l'art. 6, co. 3, del d.P.R. n. 217 del 1998.

104 Cfr. l'art. 195 TUF, l'art. 145 TUB il § 1.2. del Regolamento di Banca di Italia recante *Disposizioni di vigilanza in materia sanzionatoria e procedura sanzionatoria amministrativa* (adottato con provvedimento del 18 dicembre 2012 e modificato da ultimo nel 2022).

105 Merita precisare che la prima procedura sanzionatoria di Consob era parzialmente diversa. La delibera Consob n. 15086 del 2005 recante *Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative*, ripartiva il procedimento in quattro fasi: la pre-istruttoria, l'istruttoria era suddivisa tra «parte istruttoria di valutazione delle deduzioni» di competenza delle Divisioni competenti in materia di vigilanza, e «parte istruttoria della decisione» di competenza dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la fase decisoria di competenza della Commissione.

106 I regolamenti di Banca d'Italia e di Consob prevedono il contraddittorio orale anche nella fase istruttoria.

ma talvolta aperto anche alla partecipazione di terzi interessati¹⁰⁷, che si conclude con l'invio al Collegio dell'Autorità di un atto contenente la sintesi degli elementi acquisiti¹⁰⁸.

L'ultima fase, c.d. decisoria, è di competenza del Collegio¹⁰⁹ che potrà disporre l'archiviazione del procedimento ovvero emanare la sanzione, prevedendo anche le forme e le modalità di pubblicazione¹¹⁰.

In materia antitrust, fatti salvi i casi di violazioni più gravi in cui viene comminata immediatamente la sanzione pecuniaria¹¹¹, la commistione tra poteri ordinatori e poteri sanzionatori – confermata anche dall'innesto di ulteriori sub-procedimenti (di valutazione degli impegni, di transazione¹¹²) – perdura fino alla conclusione del procedimento che si conclude con una diffida (con cui l'AGCM ordina all'impresa di porre fine al comportamento illecito e rimuovere gli effetti), la cui inottemperanza determina l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Infine, anche il profilo temporale presenta elementi di complessità. Rilevano infatti due termini: quello iniziale, di avvio della fase istruttoria, e quello di conclusione del procedimento nel suo complesso. Rispetto ai tempi iniziali, le norme di settore in certe ipotesi impongono l'osservanza di un termine pun-

107 Ad esempio, in materia antitrust, ai sensi dell'art. 7 d.p.R. n. 217 del 1998 possono partecipare all'attività istruttoria sia i destinatari delle notifiche di avvio dell'istruttoria (parti necessarie), sia soggetti portatori di interessi pubblici e privati e le associazioni dei consumatori che possano subire un pregiudizio diretto, immediato e attuale; la partecipazione di questi ultimi è subordinata a una motivata richiesta che deve essere fatta entro un termine (non perentorio) di trenta giorni dalla pubblicazione dell'atto di avvio nel bollettino dell'Autorità.

108 Denominato alternativamente "risultanze dell'istruttoria" (v. art. 15 del regolamento di ARERA) o "comunicazione delle risultanze istruttorie" (ex art. 14 d.p.R. n. 217 del 1998 in materia antitrust) ovvero "proposta motivata di sanzione" (cfr. i regolamenti di Consob e Banca d'Italia).

109 Solo nelle versioni più recenti, adottate a seguito degli interventi della giurisprudenza europea (v. infra § 7), alcuni regolamenti prevedono che anche nella fase decisoria davanti al Collegio sia garantito in contraddittorio, in forma scritta (cfr. le versioni più recenti del regolamento di Banca d'Italia e di Consob) oppure in forma orale (cfr. l'art. 21 del vigente regolamento di ARERA).

110 Cfr. l'art. 195-bis TUF.

111 Cfr. l'art. 15, l. n. 287/1990.

112 L'istituto degli impegni previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/1990 (per i procedimenti antitrust di competenza dell'AGCM) e dall'art. art. 27, c. 7, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo*, (in materia di pratiche commerciali scorrette sempre di competenza di AGCM) trova applicazione anche nei procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas (art. 45, c. 3, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93), dell'AGCOM (art. 14-bis d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) e, di recente, è stato previsto anche nell'ambito dei procedimenti di Consob (cfr. l'art. 23 l. 5 marzo 2024, n. 21 che ha introdotto l'art. 196-ter nella parte V del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). La procedura di transazione è stata introdotta all'art. 14-quater l. n. 287/1990 dalla l. 5 agosto 2022, n. 118.

tuale¹¹³, in altre ipotesi non prevedono specifici termini, limitandosi a rinviare alla normativa secondaria¹¹⁴ o attribuendo alle stesse Autorità il compito di emanare la relativa disciplina procedimentale¹¹⁵. Sui tempi di conclusione del procedimento (*i.e.* di emanazione della sanzione) le fonti primarie non dispongono alcunché; mentre i regolamenti delle Autorità talvolta prevedono termini puntuali¹¹⁶, in altri casi impongono di prevederli con la delibera di avvio del procedimento¹¹⁷.

5.2. Incertezza sulla disciplina generale di riferimento e de-quotazione delle garanzie difensive

L'applicazione del quadro normativo appena descritto ha determinato un intreccio tra procedimenti di controllo e procedimenti sanzionatori, con la conseguenza che – nonostante le dichiarazioni di principio contenute nelle leggi di settore – quest'ultimi sono sottoposti a regole derogatorie rispetto a quelle previste dalla disciplina generale ispirata ai principi del diritto punitivo, con conseguente de-quotazione delle garanzie difensive previste per i sanzionandi.

113 Nei casi di Consob e della Banca d'Italia in relazione alle sanzioni amministrative previste dal Titolo II della Parte V del (TUF), l'art. 195, co. 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 il termine è di «centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero (...)». Le attuali *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa* (nel testo aggiornato pubblicato nella G.U., serie gen. n. 186 del 10 agosto 2022), che si applicano anche alle procedure sanzionatorie avviate dalla Banca d'Italia nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico in virtù del reg. (UE) n. 1024/013 (cfr. pure gli artt. 6, 6-bis e 144-septies TUB), prevedono un termine per avviare la procedura sanzionatoria di 90 gg o di 180 gg dall'accertamento, a seconda si tratti di procedura ex art. 145 TUB o art. 195 TUIF, per i soggetti residenti in Italia, e di 360 gg. per i soggetti residenti all'estero.

114 Talvolta, vi è un richiamo espresso all'articolo 14, c. 2, l. n. 689/81 (per esempio nel comma 5 dell'art. 45 del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 per i procedimenti sanzionatori dell'allora AEEG) in altri casi si rinvia alle disposizioni o ai «principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689» così cfr. l'art. 222, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per i procedimenti sanzionatori di ANAC; cfr. l'art. 31 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per i procedimenti di AGCM.

115 L'art. 9, c. 3, del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) rinvia ad un regolamento di IVASS il quale (art. 12 reg. n. 39 del 2 agosto 2018, pubblicato nella G.U. n. 218 del 19 settembre 2018) stabilisce che il procedimento sanzionatorio ha inizio, con la contestazione formale nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate, nel termine di 120 o di 180 gg. dall'accertamento, a seconda che si tratti di soggetti residenti in Italia o all'estero.

116 Cfr. il § 1.4. del *Regolamento di Banca d'Italia*, l'art. 4 del Regolamento della Consob.

117 La versione del 2012 del regolamento di ARERA prevedeva all'art. 4, c. 2, che il termine di conclusione del procedimento fosse fissato con la delibera di avvio del procedimento. Sul punto si veda L. DONATO, *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, «Il diritto dell'economia», vol. 26, n. 82 (3-2013), pp. 113-124 (spec. p. 120).

In questo senso depongono vari elementi:

i) l'articolazione procedimentale nel modello della l. n. 689/1981 è tendenzialmente bifasica, mentre nei procedimenti delle Autorità è presente, sistematicamente, la pre-istruttoria con la quale si “attrae” al procedimento sanzionatorio l'attività di vigilanza (informativa e ispettiva) svolta dalle Autorità;

ii) il principio di separazione tra istruzione e decisione, sebbene richiamato dalle leggi generali, non viene garantito perché – al contrario – l'apparato sanzionatorio delle Autorità indipendenti si caratterizza per vari profili (organizzativi¹¹⁸ e funzionali¹¹⁹) di commistione tra fase di accertamento e fase decisoria;

iii) i termini del procedimento sono fissati in modo parzialmente difforme e, a lungo, considerati ordinatori¹²⁰;

iv) diversamente da quanto previsto dalla l. n. 689/1981 non è sempre garantito il principio della contestazione immediata e il contraddittorio - data la mancata distinzione tra istruzione e decisione - è strutturalmente configurato (e interpretato dalla giurisprudenza) come contraddittorio di tipo “verticale” con finalità (anche) collaborativa¹²¹.

118 Il dato emerge anzitutto sotto il profilo organizzativo: mentre la l. n. 689/1981 (artt. 17 e 18), ispirandosi alla struttura del processo penale, ripartisce tra organi diversi i compiti di accertare la violazione e di applicare la sanzione, le discipline in esame li concentrano davanti al Collegio dell'Autorità, ovvero li affidano a uffici ugualmente sottoposti alla direzione e al controllo del Collegio. Al riguardo v. già M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 103 che aveva evidenziato la necessità di garantire la «distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione» con riguardo ai procedimenti dell'AGCM.

119 Il riferimento è a quelle «regressioni della sequenza procedimentale», con le quali per esempio il Collegio, competente per la fase decisoria, dispone approfondimenti istruttori affidandoli proprio agli stessi uffici che hanno condotto l'istruttoria (e che hanno quindi formulato la proposta di sanzione) M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 271.

120 Per l'analisi di questo profilo e la considerazione delle evoluzioni più recenti sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Termini dei principi sanzionatori delle Autorità indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2023, p. 821 ss.

121 In questi termini, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5362; sez. II, 28 aprile 2022, n. 13341; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n. 13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769, n. 1740, n. 1741; Cass. civ., 24 settembre 2019, n. 23814 ove si afferma: «non va obliato che le garanzie disposte nel procedimento penale scontano la specifica struttura del contraddittorio di tipo orizzontale, poiché teso a garantire la parità delle parti avanti il Giudice terzo imparziale, mentre nell'ambito del procedimento amministrativo, caratterizzato da una struttura di tipo verticale con l'Amministrazione in posizione sovraordinata, il contraddittorio appare finalizzato all'apporto collaborativo del privato quale partecipazione al corretto svolgersi dell'azione amministrativa». In termini cfr. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass.

In questo quadro, la “confusione” tra l’attività di vigilanza e attività sanzionatoria ha veicolato interpretazioni difformi su quale sia la disciplina generale da utilizzare come modello per le normative secondarie e, in sede applicativa, per colmare le lacune e risolvere le antinomie: se la l. n. 241/1990 oppure la l. n. 689/1981. Trattandosi di leggi statali aventi pari forza, il criterio della specialità conduce a considerare prevalente la legge n. 689/1981, in quanto speciale per oggetto¹²². Tuttavia, le ricostruzioni che hanno enfatizzato le peculiarità dell’apparato sanzionatorio in esame, sostenendo che partecipi più della finalità regolatoria che non della classica finalità punitiva, hanno offerto giustificazione teorica all’applicazione della l. n. 241/1990¹²³, finanche con riferimento all’art. 21-*octies*, c. 2, che dispone l’irrelevanza dei vizi procedimentali ai fini dell’annullamento dell’atto¹²⁴.

Su queste basi, è stato ritenuta non annullabile la sanzione adottata in violazione delle norme procedimentali attinenti al diritto di difesa (*i.e.* per l’esclusione del contraddittorio nella fase istruttoria), al principio di piena conoscenza degli atti istruttori (*i.e.* per la mancata trasmissione delle conclusioni dell’Ufficio sanzioni agli interessati)¹²⁵ e ai termini massimi di conclusione del procedimento¹²⁶.

civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2019, n. 8047, n. 8046.

122 In questi termini v. Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, in *Foro it.*, 2006, I, 2019 ss ove si afferma che la l. n. 689/1981 (speciale per oggetto) prevale, in caso di contrasto, sulla l. n. 241/1990; nella giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542.

123 In tale senso v. M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 125 ss. In termini più problematici v. L. DONATO, *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, ivi, p. 113 ss e F.F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell’esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, ivi, p. 159 ss.

124 A partire da Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, in *Foro it.*, 2010, I, 3121. Cfr., di recente, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n. 13341 e n. 13339.

125 Su questi profili cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935 sulla quale si v. le osservazioni di F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 306 ss. Negli stessi termini cfr. Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2010, n. 25162; Id., 10 dicembre 2010, n. 25005 e, infine, Id., 7 dicembre 2010, n. 24784 Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2011, n. 15849.

126 Secondo un orientamento (inaugurato da Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929) l’inosservanza del termine finale è vizio che attiene al procedimento, in quanto tale rientrando sotto l’ambito di applicazione dell’art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 che sancisce l’irrelevanza dei vizi del procedimento e della forma degli atti in tutti i casi in cui, a causa della natura vincolata del provvedimento, il contenuto di questo non potrebbe comunque essere

Ne è derivata una situazione di forte incertezza e una complessiva dequotazione delle garanzie procedurali poste a difesa del sanzionando.

5.3. L'elemento che ha “infranto” il precario equilibrio: l'abuso dello strumento sanzionatorio e la elaborazione della nozione di «sanzione punitiva» da parte della giurisprudenza CEDU e costituzionale

In questo quadro si è poi inserito un ulteriore fattore. Il legislatore nazionale, nel recepire le fonti europee, ha fortemente inasprito la risposta sanzionatoria: sono state aumentate le fattispecie di illecito, incrementati i limiti massimi delle cornici edittali e sono stati introdotti varie ipotesi di doppio binario sanzionatorio¹²⁷.

I settori di competenza delle *Authorities* hanno così rappresentato il principale campo di affermazione di una «nuova generazione» di sanzioni amministrative¹²⁸ con caratteri sostanzialmente diversi e capaci di incidere su diritti fondamentali della persona. Si tratta di misure dirette a sanzionare illeciti di elevata gravità che coinvolgono interessi di rilevanza collettiva (concorrenza tra imprese, trasparenza e correttezza delle negoziazioni nei mercati regolati, stabilità del sistema bancario e creditizio etc..) e dotate di estrema afflittività: sanzioni pecuniarie di elevatissimo ammontare (ad es. le sanzioni irrogate da AGCM o da Consob in caso di *market abuse*), misure interdittive che inibiscono l'attività economica dell'impresa per lassi temporali molto ampi (ad es. l'iscrizione nel casellario ANAC con esclusione dalle gare d'appalto¹²⁹), a cui spesso si aggiungono «meccanismi di *naming e shaming*», dovuti alla pubblicazione delle sanzioni sul sito ufficiale dell'Autorità, che compromettono la reputazione e l'onorabilità professionale dei destinatari¹³⁰.

Questo processo ha infranto il già precario equilibrio. L'attribuzione di

diverso da quello adottato. In questi termini v. Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142 in *Giur. it.*, 11, 2016, p. 2440 con nota di E. DESANA, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, *ivi*, pp. 2442-2450.

127. Sul punto, nel settore dei mercati finanziari, v. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e la persistente criticità di una tormentata disciplina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La soluzione italiana al doppio binario sanzionatorio nel market abuse*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2019, p. 75 ss.

128 F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775-1819.

129 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2023, n. 2790; Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2023, n. 6324; TAR Roma, Lazio, sez. I, 28 settembre 2023, n. 14400.

130 P. CERBO, *Sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 123.

questa «nuova generazione» di sanzioni alla competenza delle Autorità indipendenti ha rappresentato un “abuso” della sanzione amministrativa, determinando quella che è stata efficacemente definita la «truffa delle etichette»: si è finito per applicare il regime sostanziale e procedimentale dei provvedimenti amministrativi a misure che per finalità e grado di afflittività sono equiparabili a delle vere e proprie pene¹³¹.

Come ampiamente noto, questa «truffa delle etichette» è stata svelata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che mediante l'applicazione della nozione di «sanzione punitiva»¹³² ha esteso l'applicazione dei principi convenzionali propri della materia penale (art. 6 e 7 CEDU) anche alle sanzioni emanate da alcune Autorità indipendenti.

Particolarmente significative per il nostro ordinamento, sono state la sen-

131 Sul tema generale si veda, in particolare, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

132 A partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “sostanzialmente penale”: a) la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale (tale indicazione, però, ha un valore relativo e costituisce solo un punto di partenza); b) la reale natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva e deterrente; c) la severità-afflittività, ovvero la gravità del sacrificio imposto ai diritti del sanzionato. In base alla giurisprudenza successiva (citata di seguito) sono stati chiariti due ulteriori aspetti: la qualificazione formale data nell'ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia laddove determini un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui; d'altra parte, il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi, perciò la severità-gravità può non essere necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura punitiva e, viceversa, l'elevata gravità può determinare la ‘colorazione’ penale anche di una misura che non ha esclusivamente finalità punitiva. L'orientamento è stato confermato in molte pronunce successive. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50 su cui v. C. E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894 ss; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32; 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*; 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A. v. France*; 20 gennaio 2011, caso 30183/06, *Vernes c. France*, par. 31; 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia*; 30 giugno 2011, caso 25041/07, *Messier v. France*, par. 52. Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn. 68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*. La letteratura sul tema è ormai amplissima. Per un inquadramento generale si veda a F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775 ss; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

tenza *Grande Stevens*, relativa al procedimento sanzionatorio di Consob e la sentenza *Edizioni del Roma*, relativa al procedimento sanzionatorio di AGCOM¹³³. Ma altrettanto importanti sono state due recenti pronunce relative alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, in particolare, le sentenze n. 151 del 2021¹³⁴ e n. 260 del 2021¹³⁵ con cui la Corte Costituzionale ha chiarito che l'attività sanzionatoria deve sottostare ad una disciplina speciale rispetto a quella che caratterizza l'ordinario agire amministrativo¹³⁶.

In questo modo sono state stigmatizzate le criticità presenti nella disciplina dei procedimenti sanzionatori e, grazie a questa evoluzione, la giurisprudenza "domestica" – soprattutto amministrativa – sta progressivamente imponendo la modifica dei procedimenti sanzionatori, con innalzamento delle garanzie di tutela dei soggetti incolpati¹³⁷.

133 Cfr. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia* relativa al procedimento sanzionatorio di Consob; Corte EDU, sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn. 68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia* sul procedimento sanzionatorio di AGCOM. Rilevante è stata anche la sentenza 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia* con cui la Corte EDU ha affermato la natura penale di una pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a un'impresa accusata di avere partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, ma nel merito ha rigettato il ricorso, rilevando che la società ricorrente aveva beneficiato di un'effettiva tutela di *full jurisdiction* in linea con lo *standard* richiesto dall'art. 6 CEDU.

134 Cfr. Corte cost., 12 luglio 2021, n. 151, in *Giur. cost.*, 4, 2021, p. 1599 ss, con osservazioni di F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, con cui la Corte Costituzionale, seppur con una pronuncia-monito di inammissibilità, ha rilevato l'illegittimità dell'art. 28 della l. n. 689/981 nella parte in cui non prevede «un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso».

135 Corte cost. 28 dicembre 2021, n. 260, con nota di P. CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, in *Giur. cost.*, 2, 2022, p. 1077 ss.

136 Corte cost. sent. n. 151 del 2021 ove si afferma che la natura del potere sanzionatorio impone di tenere distinta «la disciplina generale del procedimento amministrativo (nell'ambito della quale alla violazione del termine procedimentale ordinariamente fissato all'Amministrazione non consegue l'invalidità dell'atto tardivamente adottato) rispetto alla disciplina, per questa parte a carattere speciale, del procedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, il cui paradigma normativo è individuabile nella legge n. 689 del 1981».

137 In particolare le pronunce con cui è stata censurata la disciplina procedimentale contenuta nei regolamenti di Consob (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595, 1596) IVASS (cfr. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2019, n. 2043 (con nota di E. BINDI, A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il procedimento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Qual è il razionale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giustamm.it*, 6, 2019) e ANAC (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2023, n. 5969, con nota di A. CAMARDA, *Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ANAC*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2024, p. 88 ss).

5.4. I profili di perdurante criticità

Nonostante si stiano affermando orientamenti giurisprudenziali più garantisti, la disciplina dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti continua ad essere applicata e interpretata “in modo debole”, per aspetti quali la separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di decisione, il contraddittorio¹³⁸ e la natura dei termini¹³⁹.

Ciò è anche effetto della teoria della continuità tra procedimento e processo elaborata dalla giurisprudenza CEDU¹⁴⁰ che, seppur con alcune differenze a seconda delle caratteristiche della misura che viene in rilievo (e non senza alcune incoerenze¹⁴¹), si basa sul principio per cui laddove il procedimento di ir-

138 La giurisprudenza ordinaria che ha giurisdizione sulle sanzioni di Consob e Banca d'Italia continua a giustificare la legittimità di un contraddittorio verticale in funzione collaborativa. Cfr. la giurisprudenza citata al § 5.2.

139 Di recente si è affermata la tesi della natura ordinatoria del termine di avvio dei procedimenti sanzionatori (sulle procedure di competenza dell'AGCM, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3505; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761; Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571, 3572; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, e 25 gennaio 2021, n. 738; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512), tesi che era stata avallata anche da un parere dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it). L'orientamento è stato messo in discussione dal Tar Lazio (ord. 1° agosto 2023 n. 12962, con riguardo ad un procedimento in materia di abuso di posizione dominante; ord. 2 agosto 2023, n. 13016, con riguardo ad un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette), che ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo di verificare se l'applicazione «meccanica» del termine di decadenza dei 90 giorni previsti dall'art. 14, l. n. 689/1981 possa porsi in contrasto con l'esigenza di effettività dell'azione di repressione degli illeciti antitrust. La Corte di Giustizia si è pronunciata con due sentenze (seconda sezione, 30 gennaio 2025 C-511/23 e C-510/23) affermando che «l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1(...) nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, (...) ostano ad una normativa nazionale impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica».

140 In dottrina v., tra gli altri, M. ALLENA, *L'art. 6 e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, pp. 25 ss; A. CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*, 3, 2019, pp. 2146-2149; F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 2013, p. 669 ss.

141 Per una puntuale analisi della giurisprudenza CEDU sulla «gradazione delle sanzioni» che non rientrano nel c.d. *bard core of criminal law* v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 45-77, secondo i quali è possibile distinguere: a) *minor offences senza necessità di accertamento sul fatto* (sanzioni irrogate a seguito di un accertamento automatizzato o matematico) a cui l'art. 6

rogazione della sanzione da parte dell'autorità amministrativa non sia conforme ai canoni del giusto processo, la possibilità di un controllo giurisdizionale successivo è sufficiente ad escludere una violazione dell'art. 6 CEDU purché siano soddisfatti i fondamentali requisiti di *terzietà* e di *full jurisdiction*¹⁴².

In questa prospettiva, dunque, il procedimento amministrativo che si svolge dinanzi all'Autorità altro non è che una prima "fase" di accertamento degli illeciti, seguita dalla "fase" di carattere giurisdizionale; tanto che per verificare la compatibilità con i vincoli convenzionali si ritiene necessario considerare il *continuum* tra procedimento e processo¹⁴³. In altre parole, ove i diritti di difesa non abbiano trovato idonea considerazione nel momento di esercizio della funzione amministrativa, perché il procedimento non è stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra le parti, queste mancanze possono essere compensate dal processo, purché questo sia svolto da un giudice terzo e imparziale, nonché dotato di pieni poteri di cognizione e decisione, ovvero della capacità di riesaminare sotto ogni profilo, di fatto e di diritto, l'atto elaborato in sede amministrativa¹⁴⁴.

Al riguardo, merita sottolineare che in tutti i giudizi che hanno riguarda-

Cedu può non applicarsi (caso 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*); b) *minor offences* (sanzioni di lieve entità) per cui è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo da parte di un giudizio di *full jurisdiction*; c) *criminal offences* (sanzioni afflittive incidenti sui diritti della persona e sul patrimonio) per le quali la Corte, talvolta, ha affermato la necessità che le garanzie dell'art. 6 debbano essere applicate anche nella fase procedimentale (ad es. Corte EDU, 11 agosto 2009, *Dubus S.A. c. Francia*), in altri casi – tra cui quelli relativi al nostro ordinamento – ha ammesso la compensazione *ex post* delle garanzie mancanti in sede procedimentale (ad es. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; sez. I, 10 dicembre 2020, *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*).

142 Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 139; Corte EDU, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*; Id., 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevní záložna Písaň and Others v. the Czech Republic*; caso n. 49429/99, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, § 113.

143 In questi termini v. Tar Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887.

144 Sul canone della «*full jurisdiction*» ricavabile dalla giurisprudenza CEDU v., tra gli altri, G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere*, *ivi*, p. 237 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 26 ss. Come avremo modo di considerare (nel capitolo IV) vi sono ricostruzioni parzialmente diverse del concetto di *full jurisdiction* (ex art. 6 CEDU).

to il nostro ordinamento la Corte EDU ha ritenuto che il sindacato esercitato dal giudice rispondesse a questi requisiti¹⁴⁵. Non a caso, dunque, la più recente giurisprudenza, soprattutto della Cassazione¹⁴⁶, segue questa impostazione, con l'esito di arrivare ad affermare una sostanziale irrilevanza «delle questioni attinenti ai diritti di difesa nella fase amministrativa»¹⁴⁷.

Un esito del genere si pone in contrasto con il principio, sempre più consolidato, nella giurisprudenza costituzionale secondo il quale a fronte di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” devono essere riconosciute garanzie adeguate alla gravità del sacrificio che può essere inflitto ai diritti fondamentali coinvolti. E ciò riguarda anche le garanzie procedurali, non foss'altro perché – anche ammesso che il sindacato esercitato dal giudice (ordinario e amministrativo) risponda effettivamente ai canoni della *full jurisdiction*¹⁴⁸ – non tutti i vizi del procedimento possono essere effettivamente compensati dal successivo riesame giurisdizionale¹⁴⁹.

145 Nella sentenza *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, §§ 64 ss, la Corte EDU ha ritenuto che l'art. 6 CEDU fosse stato rispettato nella misura in cui il giudice amministrativo, pur non potendosi sostituire all'autorità, può svolgere un sindacato pieno su ogni valutazione, anche se tecnico-discrezionale, nonché sindacare la proporzionalità della sanzione ed eventualmente rimodularla. In senso analogo nel caso *Grande Stevens e a. c. Italia*, § 149 la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il controllo operato dalla Corte d'Appello (*ex artt. 187 septies e 195 T.U.F.*) fosse sufficiente a consentire il rispetto dei principi fissati dalla Convenzione europea, limitandosi a censurare l'assenza di un'udienza pubblica.

146 Cfr. rispetto a sanzioni riconosciute come sostanzialmente penali: Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237; sez. II 21 maggio 2020, n. 9371; sez. II, 21 maggio 2020, n. 9385; rispetto a sanzioni amministrative mere: Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9561. Negli stessi termini v. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210 e sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

147 C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.

148 Aspetto che è escluso da molti. Nell'opinione dissenziente espressa in calce alla sentenza *Menarini*, il giudice Pinto de Albuquerque ha dubitato dell'effettiva conformità al canone della *full jurisdiction* del sindacato effettivamente svolto dal giudice amministrativo, osservando che la tesi del c.d. sindacato debole finisce per sottrarre il “nocciolo duro” della valutazione delle *Authorities* al controllo giurisdizionale. In dottrina, nello stesso senso, v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 100 ss. Di recente, è stata prospettata (da Cons. Stato, 19 luglio 2019, n. 4990) la possibilità di un sindacato più penetrante sulle valutazioni tecniche poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità antitrust, sulla base del canone della c.d. «maggiore attendibilità». Sul punto torneremo nel capitolo IV § 5.

149 Infatti, data la natura immediatamente esecutiva della sanzione e la mancanza di un effetto sospensivo automatico conseguente al ricorso, è del tutto possibile che il sindacato giurisdizionale, per quanto penetrante, sia comunque, insufficiente a porre rimedio alla situazione concretamente prodottasi *medio tempore* nella sfera giuridica del privato. Inoltre, l'immediata esecutività che caratterizza i provvedimenti sanzionatori può confliggere con il

Più in generale, la teoria della continuità fra procedimento e processo giustifica una svalutazione degli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio rinunciando a ricavarne tutte le prerogative garantistiche che è doveroso trarvi, così impedendo una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata di quest'ultimi (che sono stati depotenziati dalla interpretazione giurisprudenziale della l. n. 689/1981)¹⁵⁰.

In definitiva, la vigente “concentrazione-confusione” dei poteri di vigilanza e sanzione in capo alle Autorità determina un assetto non più accettabile, perché il fatto che alle sanzioni amministrative non debbano applicarsi le regole del processo penale non significa che la disciplina non debba essere adeguata alla natura della funzione esercitata e alla rilevanza dei diritti coinvolti.

6. Le implicazioni della concentrazione dei poteri sul regime giuridico dell'attività di vigilanza

Vi è poi un altro aspetto da considerare, poiché il sistema attuale sta cominciando a dispiegare effetti anche sul regime giuridico dell'attività di vigilanza, con implicazioni che meritano attenta considerazione.

La “confusione” dei poteri e dei procedimenti, che caratterizza molti dei sistemi di *public enforcement* nei settori considerati, si coglie infatti anche se si analizzano i poteri di vigilanza.

Come ricordato, i procedimenti sanzionatori vengono generalmente ricostruiti, in sede teorica e talvolta anche in sede normativa, come articolati in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria. Tuttavia, se si guarda alla natura, alle finalità e ai caratteri del potere esercitato emerge che la fase pre-istruttoria è espressione dell'attività di vigilanza che, entro una certa misura, è autonoma da quella sanzionatoria. Inoltre, come ricordato all'interno del procedimento sanzionatorio sono stati “innestati” alcuni sub-procedimenti con finalità spiccatamente preventiva e ripristinatoria (il più ricorrente è il sub-procedimento di impegni).

principio di presunzione di innocenza, ove una misura “sostanzialmente penale”, con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta in assenza di un equo procedimento. In questo senso v., con riferimento a sanzioni tributarie, Corte EDU, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108; Corte EDU, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50. Sul punto v. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 39-41.

¹⁵⁰ P. CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, p. 55 ss.

Ebbene questo assetto – in origine giustificato da obiettivi di efficienza e di potenziamento del *public enforcement*¹⁵¹ – oltre che foriero di qualificazioni non pienamente coerenti in chiave sistematica, è oggi messo in discussione dalla categoria delle «sanzioni amministrative di natura penale».

Ciò perché, per effetto della più recente giurisprudenza e di interpretazioni ulteriormente estensive avanzate dalla dottrina, sembra essere in atto la tendenza opposta a quella descritta nel capitolo precedente: l'«attrazione» della vigilanza nella sanzione, vale a dire l'estensione delle garanzie proprie dell'attività sanzionatoria all'attività di vigilanza *tout court* solo perché (potenzialmente) prodromica alla stessa. Si tratta di una tendenza che merita particolare attenzione perché se da un lato determina un innalzamento del livello di tutela per gli operatori economici vigilati, dall'altro lato potrebbe incidere sull'effettività dell'azione di controllo.

Per far emergere questo aspetto occorre rapidamente descrivere le caratteristiche essenziali dei procedimenti di vigilanza e gli elementi essenziali del regime di efficacia dei relativi provvedimenti.

6.1. La plurima strumentalità dell'attività di vigilanza

La funzione di vigilanza, per come delimitata in questo studio (v. § 2), è attuazione degli artt. 3 e 41 Cost.¹⁵², degli art. 101 e ss del TFUE¹⁵³, nei mercati finanziari anche dell'art. 47 Cost.¹⁵⁴, e in quello dei contratti pubblici anche

151 Potenziamento che si è effettivamente realizzato anche perché – come visto nel capitolo precedente – l'attività sanzionatoria è stata soggetta a discipline proprie dell'attività di amministrazione attiva, con conseguente 'de-quotazione' di alcune garanzie partecipative e dunque maggiore celerità dei relativi procedimenti.

152 V., tra gli altri, M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative e libertà costituzionali*, cit., 453 per cui le funzioni delle autorità sono riconducibili «ai limiti che l'art. 41, secondo comma, Cost. (in collegamento con l'art. 3, comma 2) consente di imporre all'esercizio dell'iniziativa economica privata.».

153 Come già considerato, anche la vigilanza che le Autorità (*in primis* AGCM ma anche altre Autorità di settore, quali ARERA e AGCOM) sono chiamate a svolgere a tutela della concorrenza dei mercati di riferimento, è funzionale all'esistenza di corrette dinamiche economiche e quindi, indirettamente, assicura protezione agli interessi più «deboli» (di utenti dei servizi, dei consumatori, delle piccole e medie imprese che operano come fornitori delle grandi imprese, delle imprese concorrenti o interessate ad accedere a nuovi mercati etc.).

154 Su cui, tra i molti, v. F. MERUSI, *Art. 47 in Commentario alla Costituzione* diretto da Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 154; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 950. Pare infatti da condividere la tesi che ritiene operante la riserva di legge di cui all'art. 41 Cost. anche in materia di disciplina del credito, in quanto principio fondamentale di qualsiasi intervento pubblico in un sistema improntato al primato delle libertà individuali, sul punto v. V.

degli artt. 81, 97, 119 Cost.¹⁵⁵ e comprende l'attività di accertamento diretta a verificare che l'attività degli operatori economici sia conforme a determinate regole o a *standard* elaborati dalle stesse Autorità, nonché l'attività diretta a far cessare i comportamenti scorretti, imporne la correzione e se possibile riparare i danni cagionati.

La funzione si esplica mediante l'esercizio di una serie di poteri di amministrazione attiva: ispezioni, provvedimenti ampliativi¹⁵⁶, provvedimenti ordinatori (*i.e.* richieste di documenti, diffide ad adempiere, ordini di dare/facere; divieti) nonché provvedimenti conformativi dell'attività degli operatori vigilanti, che possono arrivare - in presenza di determinate condizioni - fino all'intervento sostitutivo in situazioni di crisi¹⁵⁷, ovvero all'esclusione temporanea dal mercato¹⁵⁸.

In ogni caso presuppone un'intensa attività conoscitiva che si svolge in due principali forme: vigilanza informativa¹⁵⁹, che concerne l'acquisizione con-

SPAGUOLO VIGORITA, *Profili costituzionali dell'esercizio del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, p. 351.

155 Le finalità della funzione di vigilanza svolta da ANAC nel settore dei contratti pubblici, sono dichiarate dalla stessa normativa in termini di rispetto della legalità e della trasparenza delle negoziazioni, anche in funzione di prevenzione della corruzione (art. 222 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), nonché di garanzia dell'economicità dell'esecuzione affinché dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario (art. 222, c. 3, lett. i) e c. 6, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Al riguardo si veda W. GIULIETTI, *La vigilanza Anac in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 2022, p. 99 ss.

156 Il rilascio di un'autorizzazione presuppone, infatti, la verifica della presenza di certi presupposti e il controllo sulla loro permanenza, è dunque di per sé una forma di controllo. In questo senso v. M. DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione su privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 858; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 185.

157 Cfr., ad esempio, l'art. 69-*vicies-semel* TUB che prevede il potere di *removal*, ovvero di rimozione forzata degli esponenti aziendali di un ente creditizio in crisi che può essere esercitato da Banca d'Italia nello stato iniziale di una situazione di crisi con l'obiettivo di consentire alla banca di rimanere sul mercato senza ricorrere alle misure più gravi dell'amministrazione straordinaria, della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione.

158 Si pensi alle segnalazioni nel casellario ANAC in materia di contratti pubblici.

159 In dottrina, v. M. CLARICH, *Attività di vigilanza (profili generali)*, cit., pp. 152 ss; E.L. CAMILLI, *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, cit., p. 163-181. Sui due metodi di vigilanza, quello cartolare e quello ispettivo di Isvap, v. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, cit., p. 112-113. A livello europeo, la vigilanza informativa è definita 'vigilanza ordinaria' dal quadro normativo sul Meccanismo Unico di vigilanza (MUV), Reg. n. 1024/2013; Reg. Ue n. 468/2014 della Banca centrale europea, il *Manuale di vigilanza del Muv. Vigilanza bancaria europea: funzionamento del Muv e approccio di vigilanza*, marzo 2018 e la *Guida alle ispezioni in loco e alle indagini sui modelli interni*, settembre 2018, elaborati dalla BCE. Al riguardo si veda M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Torino, 2022, p. 42-43; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020, pp. 42-45 e 171-237.

tinua di flussi di dati e di informazioni che riguardano la situazione degli intermediari o le negoziazioni degli strumenti finanziari, e la vigilanza ispettiva¹⁶⁰ che prevede l'effettuazione di controlli presso le sedi degli operatori economici per verificare l'esattezza dei dati forniti, nonché per conoscere aspetti della gestione non conoscibili senza l'osservazione diretta.

Nel settore finanziario la distinzione è espressamente codificata¹⁶¹, ma anche nei settori in cui non si trova la medesima classificazione, la disciplina comunque distingue le attività conoscitive che le Autorità svolgono in funzione della sorveglianza sul mercato di riferimento¹⁶², delle indagini dirette a verificare la correttezza delle informazioni ricevute, ovvero la fondatezza di esposti o segnalazioni¹⁶³, da cui possono emergere potenziali violazioni della normativa di riferimento.

Entrambe le forme di vigilanza sono tendenzialmente svolte sulla base di una programmazione periodica con la quale l'Autorità individua le proprie priorità di azione, anche alla luce delle risultanze dei pregressi controlli, e perseguono innanzitutto una finalità *conoscitiva* che è strumentale anche allo svolgimento delle altre funzioni attribuite alle Autorità.

Da una lato, è strumentale all'attività di regolazione e di *advocacy*, in quanto le informazioni raccolte costituiscono la base necessaria per l'elaborazione, l'aggiornamento o la modifica degli atti di indirizzo con cui orientano gli

160 Cfr. gli artt. 6-ter, 62-nonies TUF e gli artt. 54 e 68 TUB.

161 Cfr. gli artt. 6-bis, 62-quater, 62-octies TUF; art. 51, 66 TUB sulla vigilanza informativa. Rientrano nella vigilanza informativa anche le verifiche connesse agli obblighi di comunicazione del collegio sindacale e dei revisori contabili (art. 8 TUF e TUB). Nel mercato assicurativo cfr. gli artt. 190 e 190-bis del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 e Regolamenti IVASS n. 30 del 26 ottobre 2016, n. 36 del 28 febbraio 2017, n. 50 del 3 maggio 2022.

162 In materia antitrust, le indagini conoscitive che l'AGCM può svolgere ai sensi dell'art. 12, c. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 17 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, *Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*) e sono stati implementati dalla l. Con riferimento ad ANAC si vedano i poteri di cui all'art. 222, c. 3 lett. a), b), f), g) e co. 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

163 Cfr. in materia antitrust, i poteri ispettivi e ordinatori previsti dall'artt. 12, c. 2-bis, e 14 l. 10 ottobre 1990, n. 287. Cfr. con riferimento all'ANAC i poteri di cui all'art. 222, c. 5, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 nonché il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 e *Regolamento approvato dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018 recante le Linee-guida per lo svolgimento delle ispezioni*. Cfr., ad es., in materia di servizi di telecomunicazioni, il regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS, nel settore dei trasporti, cfr. l'art. 3 del *Regolamento per lo svolgimento delle attività ispettive dell'Autorità*, adottato con delibera del Consiglio n. 1/2017 del 25 gennaio 2017.

operatori e gli andamenti dei mercati, nonché per la redazione delle relazioni informative e delle proposte destinate agli organi politici¹⁶⁴. Dall'altro lato, se dalle notizie raccolte o dagli accertamenti compiuti emerge il sospetto di irregolarità o comportamenti illeciti, gli esiti dell'attività conoscitiva possono giustificare l'adozione di provvedimenti ordinatori o conformativi ovvero l'avvio di procedimenti sanzionatori¹⁶⁵.

A quest'ultimo obiettivo è funzionale, in particolare, la vigilanza ispettiva tradizionalmente qualificata come un'attività di indagine finalizzata all'individuazione e all'acquisizione di elementi di giudizio¹⁶⁶ e che si svolge mediante procedimenti (o sub-procedimenti¹⁶⁷) dichiarativi¹⁶⁸.

Le ispezioni svolte dalle Autorità indipendenti sono definite «ispezioni esterne»¹⁶⁹ o «economiche»¹⁷⁰ in quanto rivolte a soggetti (persone fisiche o giuridiche) esterni al titolare della funzione di controllo e sono state ricondotte ai principi di cui agli artt. 41, c. 2, 47, 97 Cost. che legittimano forme di controllo pubblicistico sugli operatori economici a tutela di interessi pubblici e diritti individuali costituzionalmente rilevanti¹⁷¹.

164 Cfr. con riferimento ai poteri di ANAC in materia di contratti pubblici l'art. 222, c. 2, 3 e 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

165 Cfr. l'art. 3 del *Regolamento per lo svolgimento delle attività ispettive* di ART.

166 La strumentalità delle ispezioni amministrative rispetto alle esigenze conoscitive era già stata chiarita da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1959, p. 289 e poi da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 33 ss. Sul tema v., altresì, R. PEREZ, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 1387 ss. e, più di recente, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Torino, 2011.

167 S. VALENTINI, *Ispezioni (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, p. 935; ID., *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano, 1999, p. 33-34; M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 1114; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 61 ss.

168 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 487, il quale colloca le ispezioni nell'ambito dei procedimenti dichiarativi, affermando che le ispezioni possono essere atti istruttori di procedimenti o procedimenti autonomi. In termini analoghi v. S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, cit., pp. 23-24.

169 Sulla distinzione tra ispezioni interne ed esterne si veda S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano, 1999, p. 26; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, 1999, p. 58.

170 M. PASSALACQUA, *Ispezioni economiche Tipologie, procedimenti e approcci sistematici*, Padova, 2005, p. 338.

171 In questi termini cfr. F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, Napoli, 2012, p. 187 ss.; M. DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 857.

6.2. La disciplina procedimentale e il regime di efficacia degli ordini di vigilanza

A differenza di altri istituti che perseguono finalità conoscitiva, la funzione di vigilanza informativa e ispettiva, come quella propriamente ordinatoria si caratterizzano per autoritatività: gli atti e i comportamenti in cui si esplicano determinano una compressione della sfera giuridica dei soggetti sottoposti alle operazioni di accertamento, potendo incidere in via unilaterale su diritti costituzionalmente protetti (libertà di domicilio, segretezza della corrispondenza, diritto alla riservatezza etc.).

I relativi poteri sono perciò subordinati al rispetto della riserva di legge¹⁷² e, nel caso, della riserva di giurisdizione¹⁷³ previste dalle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti su cui può incidere, nonché del principio di legalità (ex artt. 23 e 97 Cost.) in base al quale l'esercizio dei poteri autoritativi è subordinato alla sussistenza di una norma di attribuzione che ne definisca gli elementi essenziali¹⁷⁴.

Nel sistema delle Autorità indipendenti, a fronte di disposizioni legislative formulate in termini piuttosto ampi, l'attività di vigilanza è disciplinata da fonti secondarie e/o dai regolamenti delle stesse Autorità e, come prima accennato, la concentrazione dei poteri in capo allo stesso soggetto fa sì che i procedimenti di vigilanza e i procedimenti sanzionatori siano così intimamente collegati da arrivare a "confondersi". In alcuni casi vi è una specifica disciplina¹⁷⁵,

172 M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 971 rilevava che: «in quanto atti autoritativi le ispezioni necessariamente incidono su diritti fondamentali, e in quanto esista la norma attributiva della potestà, il principio di riserva di legge è osservato».

173 Eventualità che si pone quando i poteri ispettivi di accesso ai luoghi e di richiesta di documenti possano incidere sui diritti protetti dagli artt. 14 e 15 della Costituzione. Su tale aspetto si tornerà più puntualmente quando si analizzerà il regime di efficacia dei poteri ispettivi. Merita però ricordare che l'art. 14, c. 2, rimettendo a leggi speciali la disciplina delle ispezioni finalizzate a tutela di specifici interessi pubblici («per motivi sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali») consente una deroga rispetto al controllo preventivo dell'autorità giudiziaria, ammettendo che a fronte del bilanciamento con altri interessi generali la tutela del domicilio non riceve la medesima tutela della libertà personale.

174 Sul punto v., tra gli altri, M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, cit., p. 1141 ss; V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 36 ss.; M. PASSALACQUA, *Ispezioni economiche*, cit., p. 343; F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., p. 36.

175 Cfr., ad esempio, per ANAC il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 e il Regolamento approvato dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018 recante le *Linee-guida per lo svolgimento delle ispezioni*. Per AGCOM cfr. il regolamento *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS.

mentre in altri casi¹⁷⁶ – come anticipato – le attività di vigilanza informativa e ispettiva sono regolate quale fase preliminare (c.d. pre-istruttoria) o interna (istruttoria) del procedimento sanzionatorio.

Nei casi in cui è presente un'apposita disciplina, i regolamenti delle Autorità stabiliscono che, fatte salve ragioni d'urgenza¹⁷⁷ o la necessità di far salvo l' "effetto sorpresa"¹⁷⁸, il vigilato deve essere informato (mediante la consegna di un atto scritto) dell'oggetto dell'accertamento, degli obblighi di collaborazione (*i.e.* trasmissione di documenti e dichiarazioni scritte, audizioni orali¹⁷⁹) e delle conseguenze in caso di rifiuto¹⁸⁰ nonché dei diritti e delle garanzie di cui si può avvalere.

Tra queste compaiono la facoltà di farsi assistere da consulenti di fiducia, purché ciò non comporti la sospensione o il ritardo dell'ispezione¹⁸¹, la possibilità di rilasciare dichiarazioni, se del caso, contestando l'esattezza delle rilevazioni o la pertinenza dei documenti visionati e acquisiti, mediante osservazioni riportate nel verbale ispettivo¹⁸², di cui di regola viene consegnata copia¹⁸³. Talvolta è previsto anche un contraddittorio scritto sul documento contenente le

176 Cfr. l'art. 4, c. 1, del *Regolamento sul procedimento Sanzionatorio della Consob* adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013 e aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016; par. 1.1. del Regolamento di Banca d'Italia recante *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*; art. 8 del *Regolamento IVASS recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*. In materia antitrust il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 (emanato in attuazione della Direttiva UE 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018) ha rafforzato i poteri ispettivi e di indagine dell'AGCM.

177 Per ANAC cfr. l'art. 18 del *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* e Per AGCM cfr. l'art. 14, co. 1, l. n. 287/1990. Per ANAC il Regolamento recante le *Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni* di ANAC, p. 7;

178 Sulla necessità di giustificare la deroga alla previsione di cui all'art. 7, l. n. 241/1990 in ragione della necessità di procedere ad accertamenti "a sorpresa", cfr., *ex multis*, TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 15 marzo 2021, n. 174; TAR Umbria, Perugia, sez. I, 15 maggio 2015, n. 215; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 giugno 2008, n. 1961.

179 Cfr. l'art. 6 del *Regolamento concernente le attività di vigilanza svolte dalla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica* ..., cit., per l'attività di AGCOM; cfr. gli artt. 5, c. 3, e 10 del d.p.R. 9 maggio 2001, n. 244 sull'attività di ARERA.

180 Su cui vedi infra nel testo.

181 Cfr. l'art. 1, co. 8, 9, 10, 13 del regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*, di cui alla delibera n. 220/08/CONS come modificata dalla delibera n. 173/22/CONS, ove si prevede anche che il personale ispettivo consegna la "carta dei diritti" recante l'indicazione dei diritti e delle garanzie di cui l'ispezionato si può avvalere.

182 Cfr. il Regolamento recante le *Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni* di ANAC, pp. 7-9.

183 Cfr. l'art. 1, co. 14 del regolamento dell'AGCOM recante *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità*.

risultanze dell'istruttoria¹⁸⁴.

Nei casi in cui manca uno specifico regolamento relativo all'attività di vigilanza, ovvero questa sia considerata la fase preliminare di un procedimento sanzionatorio, la disciplina applicabile è quella disposta in generale per i provvedimenti individuali¹⁸⁵. Di conseguenza le garanzie partecipative sono ricalcate su quelle previste dalla l. n. 241/1990, comprendendo la preventiva comunicazione di avvio (con le limitazioni ricordate per i casi di urgenza e riservatezza), il diritto di presentare memorie scritte e documenti e di prendere visione degli atti¹⁸⁶.

Merita precisare che ciò non significa che le altre garanzie difensive (comunicazione risultanze, contraddittorio orale etc..) non siano riconosciute, ma che sono assicurate (*i.e.* dovrebbero essere assicurate, v. §§ 5) soltanto dopo il formale avvio del procedimento sanzionatorio a favore del soggetto privato che è stato specificamente individuato come possibile responsabile di un illecito¹⁸⁷.

In ogni caso, i poteri di vigilanza (seppur in modo diverso in relazione alla natura giuridica¹⁸⁸ e al contenuto¹⁸⁹ dei diversi atti) hanno natura obbligato-

184 Cfr. l'art. 19 Comunicazione delle risultanze istruttorie del *Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*.

185 Cfr. il *Regolamento generale sui procedimenti amministrativi della CONSOB ai sensi dell'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e dell'articolo 2, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni* adottato con delibera n. 18388 del 28 novembre 2012 e successivamente modificato con delibera n. 18628 del 31 luglio 2013 e delibera n. 22922 del 6 dicembre 2023; il *Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi e delle fasi procedurali di competenza della Banca d'Italia e della Unità di informazione finanziaria per l'Italia, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni* adottato con delibera n. 425 del 2021; *Regolamento concernente l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi dell'IVASS, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241* adottato il 2 dicembre 2014.

186 Cfr. art. 10 e 11 del *Regolamento generale sui procedimenti amministrativi della CONSOB*, art. 6 e 7 del *Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi e delle fasi procedurali di competenza della Banca d'Italia* che per espressa previsione «non si applicano ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti aventi natura cautelare ovvero carattere di necessità e urgenza».

187 Cfr., ad esempio, l'art. 6, co. 4, e l'art. 7, co. 3 e 4, d.p.R. 30 aprile 1998, n. 217 recante il *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

188 A seconda che si tratti dell'ordine di vigilanza informativa, dell'ordine che dà avvio all'ispezione (c.d. mandato ispettivo) o dell'atto conclusivo del procedimento ispettivo.

189 Quando dall'accertamento emerge la regolarità dell'attività verificata, il procedimento può essere archiviato, se iniziato d'ufficio, o può portare all'adozione dell'atto ampliativo richiesto (*i.e.* l'autorizzazione). D'altra parte, in caso di ispezioni, l'atto finale (*i.e.* verbale o relazione ispettiva) può rilevare come attestazione della corretta applicazione della disciplina da parte dell'operatore economico. Quando, invece, emergono irregolarità o illegittimità, l'atto

ria perciò la loro esecuzione richiede la cooperazione del soggetto coinvolto, in assenza della quale gli effetti giuridici non possono prodursi, con conseguente frustrazione della finalità conoscitive cui sono preordinati¹⁹⁰.

La reticenza del vigilato, che impedisca l'accesso ai luoghi, si rifiuti di rendere disponibili determinati documenti, rimanga silente davanti alle richieste di informazioni o di chiarimenti, può infatti pregiudicare il buon esito delle operazioni di accertamento.

Per evitare tale eventualità, e dunque assicurare l'efficacia dell'azione di controllo, sono astrattamente possibili due istituti: l'esecutorietà dell'atto adottato, che conferisce all'Autorità la possibilità di eseguirli coattivamente, nel rispetto della riserva di giurisdizione se gli atti incidono sul domicilio (ex artt. 14, co. 2, Cost.)¹⁹¹ o sulla segretezza della corrispondenza (ex art. 15 Cost.¹⁹²), ovvero la previsione di una misura sollecitatoria o sanzionatoria¹⁹³ a fronte dell'inadempimento spontaneo degli obblighi (di *pati*, di *dare* o di *facere*) gravanti sul destinatario.

Secondo i principi di carattere generale, i mandati ispettivi e gli ordini di

che contiene le risultanze istruttorie può costituire il presupposto per l'emanazione di un provvedimento ordinatorio che conclude il procedimento; oppure può costituire il presupposto per l'invio di segnalazioni ad altre autorità amministrative o giurisdizionali (es. Corte dei conti o magistratura) o per l'avvio di altri procedimenti di competenza della stessa Autorità, che differiscono a seconda della disciplina di settore.

190 Sul punto si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 46: «Il rapporto tra autorità indipendenti e imprese regolamentate presenta anche elementi di simbiosi. Per esercitare al meglio i propri poteri, le prime hanno bisogno della collaborazione delle seconde al fine di acquisire il maggior numero di dati sulla situazione di ciascuna azienda e sulle dimensioni del mercato nel suo insieme e di colmare così almeno in parte le “asimmetrie informative” che caratterizzano sempre i rapporti tra regolatori e soggetti regolati».

191 In dottrina v. P. BARILE, E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; G. AMATO, *Commento all'art. 14 in Commentario alla Costituzione* diretto da M. BRANCA, Bologna-Roma, 1977; P. CARETTI, *Domicilio (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 320 ss; M. DELLA MORTE, *Commento all'art. 14*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 342 ss; P. SCARLATTI, *Libertà e inviolabilità del domicilio*, in *Enciclopedia Treccani – Diritto on line*, 2016.

192 In dottrina v. P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1989; F. DONATI, *Commento all'art. 15*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 362; C. CARUSO, *La libertà e segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Form di Quaderni costituzionali*, rassegna, 10/2013.

193 Cfr. l'art. 222, co. 13, d.lgs. n. 36/2023.

vigilanza informativa sono di regola obbligatori¹⁹⁴ (e non coercitivi)¹⁹⁵, pertanto a garanzia della loro efficacia la disciplina di settore (nazionale ed europea¹⁹⁶) pone in campo ai destinatari specifici obblighi di cooperazione, alla cui violazione sono collegate misure negative di diversa natura: penalità di mora in caso di ritardo nell'adempimento¹⁹⁷ ovvero sanzioni pecuniarie in caso di rifiuto o di trasmissione di comunicazioni inesatte, incomplete o fuorvianti¹⁹⁸. Inoltre, in molti dei regolamenti di disciplina delle attività ispettive è espressamente previsto che «non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione, ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste (...) dalle legge, l'opposizione: a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o pre-

194 Cfr. Corte cost. 2 febbraio 1971, n. 10; Corte cost., 25-31 marzo 1987, n. 88. Al riguardo v. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 227-228. Con riferimento alle ispezioni della Commissione europea in materia antitrust v. M. PASSALACQUA, *Le ispezioni economiche*, cit., pp. 220 e 341, e più in generale sui poteri ispettivi di alcune Autorità europee v. M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., pp. 162-168.

195 Fermo restando che se durante il controllo emergono elementi tali da far sospettare la sussistenza di un reato, dovrà trovare applicazione la disciplina delle ispezioni giudiziali «con la conseguenza che gli atti compiuti dovranno essere convalidati ex art. 14, co. 2, Cost.» (così per le ispezioni tributarie G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., p. 77; V. TENORE, *Studi sull'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., p. 200) e che, in caso di mancata collaborazione degli interessati, le Autorità possono avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza. Cfr. l'art. 14 l. n. 287/1990, e l'art. 8, c. 4, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 prevede che, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza rinviando all'articolo 54, c. 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52. Cfr. altresì, l'art. 187-*octies* del TUF.

196 In materia procedimento antitrust svolto dalla Commissione europea, gli art. 20 e 21 del Regolamento CE n. 1/2003 prevedono le sanzioni cui si espone l'impresa che rifiuta di collaborare e i casi in cui, in caso di opposizione, l'ispezione può essere realizzata con l'uso della forza grazie all'intervento delle autorità nazionali. In materia, cfr. M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 178 ss.; A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo*, cit., 86 ss; M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., pp. 12-30.

197 Cfr. l'art. 15, c. 2-*bis*, l. n. 287 del 1990 prevede che l'Autorità «può irrogare alle imprese e associazioni di imprese penalità di mora il cui importo può giungere fino al 5 per cento del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle a: a) ottemperare alla diffida di cui al comma 1 del presente articolo; b) ottemperare alle misure cautelari adottate ai sensi dell'articolo 14-*bis*; c) rispettare gli impegni resi obbligatori mediante decisione ai sensi dell'articolo 14-*ter*».

198 In materia antitrust, l'art. 12, c. 2-*bis*, 2-*ter* l. n. 287/1990 rinvia all'art. 14, c. 5 (Cfr. altresì gli artt. 9 e 10 del d.P.R. n. 217/98); l'art. 2, c. 20, l. 14 novembre 1995, n. 481 applicabile alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (ARERA, AGCOM, ART); nel settore dei mercati finanziari cfr. l'art. 187-*quindecies* TUF e l'art. 144 TUB. In materia di obblighi di trasparenza e di prevenzione della corruzione ANAC: l'art. 222, co. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e il «Regolamento sull'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici» adottato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023 nonché le «Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni».

scrizioni interne, anche orali; b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative; c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo»¹⁹⁹.

In questi casi, dunque, la cooperazione dei privati è indotta dalla “minaccia” della misura afflittiva, la quale dunque è strumento di *enforcement* dell’obbligo di collaborazione, senza però incidere sulla natura dell’intervento amministrativo che rimane non coercitivo, dato che il soggetto può anche rifiutarsi di adempiere all’ordine o all’invito, accettandone le relative conseguenze²⁰⁰.

6.3. L'estensione delle garanzie difensive delle sanzioni c.d. «punitiva» nei procedimenti di vigilanza

Una volta illustrato brevemente il sistema, è possibile concentrarsi sul profilo problematico che interessa segnalare che riguarda proprio le implicazioni che si stanno producendo sulle garanzie procedurali e sul regime di efficacia degli ordini di vigilanza (ispettiva e informativa) dato l’intreccio di poteri che caratterizza il sistema delle Autorità e l’applicazione della nozione di «sanzione punitiva».

Per effetto di alcuni recenti interventi giurisdizionali²⁰¹ e legislativi²⁰², in-

199 Per AGCM v. il comma 3 dell’art. 10 (Ispezioni) d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. Per ARERA, AGCOM e ART v. artt. 7, co. 1 (Richieste di informazioni e documenti, e art. 8, co. 3 (Accessi e Ispezioni) d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244. Per ANAC v. l’art. 14 (Richiesta di informazioni, chiarimenti e documenti) del *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*.

200 A PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 227 secondo il quale l’ispezione è misura meramente obbligatoria «la cui attuazione richiede il concorso dell’inquisito, il quale a suo rischio e pericolo – rischiando cioè di subire eventuali sanzioni di natura penale, civile o amministrativa – può anche rifiutarsi di adempiere all’ordine o all’invito».

201 La Corte costituzionale con sent. n. 84 del 2021, in dialogo con la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (2 febbraio 2021, *DB c. Consob*, causa C-481/19), ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 187-*quindices* TUF nella parte in cui impone di sanzionare anche la persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

202 Cfr. l’art. 12, c. 2-*bis*, l. n. 287/1990 (per come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 recante *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*) a norma del quale «l'Autorità può in ogni momento richiedere a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili. Tali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge».

fatti, è stata riconosciuta una deroga al generale obbligo di collaborazione gravante sui soggetti vigilati, cui è stato riconosciuto il diritto al silenzio anche nei procedimenti di vigilanza.

Il caso è noto, e ampiamente commentato in dottrina, perciò è sufficiente richiamarne gli esiti.

La Corte costituzionale, previo rinvio pregiudiziale alle Corte di Giustizia²⁰³, ha riconosciuto alle persone fisiche vigilate la possibilità di rifiutarsi di adempiere agli ordini delle Autorità se le informazioni richieste sono suscettibili di far emergere la loro responsabilità «per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo o per un reato»²⁰⁴, entro specifici limiti.

In primo luogo, si è precisato che la garanzia, dunque, opera per le dichiarazioni confessorie delle persone fisiche coinvolte in procedure suscettibili di condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative «punitive» secondo i c.d. criteri *Engel*, valutazione che è rimessa al giudice nazionale²⁰⁵; ovvero, se la sanzione inflitta non ha coloritura penale, può essere fatta valere qualora «in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura siano utilizzabili in un procedimento penale, intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di reato»²⁰⁶. In secondo luogo, la Corte ha precisato che in ogni caso «il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, quali un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista dalle autorità o manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa»²⁰⁷.

203 Corte giust., 2 febbraio 2021, *DB c. Consob*, causa C-481/19, in www.curia.europa.eu, su cui, tra i molti, v. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sistema Penale*, 2021, 73 ss; G. DELLA CANANEA, *Common constitutional traditions taken seriously: the right to remain silent in administrative procedure*, in *Italian Journal of public Law*, 1, 2022, p. 275 ss.

204 Si veda, in particolare, Corte cost., ordinanza n. 117 del 2019, su cui v., tra gli altri, G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2, 2020, p. 579; e Corte cost., sent. n. 84 del 2021, su cui, tra i molti, v. E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d'indagine di Banca d'Italia e Consob*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, p. 1048; I. SFORZA, *Il nemo detegere nelle audizioni Consob e Banca d'Italia: uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2, 2022, p. 98.

205 *Ibidem* § 42.

206 *Ibidem*, § 44.

207 *Ibidem*, § 41.

Nonostante le richiamate precisazioni, i principi affermati dalle Corti sono stati oggetto di interpretazioni estensive. In particolare, una parte della dottrina ha sostenuto che le garanzie riconosciute dalla Corte costituzionale alle persone fisiche nell'ambito delle indagini per illeciti di *market abuse*, oltre che incidere sulle tecniche informative delle Autorità²⁰⁸, dovrebbero essere applicate in materia *antitrust* e anche a favore delle persone giuridiche²⁰⁹.

In più, si è proposto di ampliare la portata del diritto al silenzio al punto da includere non solo le dichiarazioni propriamente confessorie (come sancito dalla Consulta e dalla Corte di Giustizia), ma anche tutte le dichiarazioni e produzioni documentali astrattamente utilizzabili dall'Autorità contro il soggetto vigilato²¹⁰, nonché, addirittura, la reticenza ingannevole e il mendacio²¹¹.

In questo quadro, nonostante alcune differenze, le tesi di coloro che sostengono la possibilità di invocare il diritto al silenzio a fronte di doveri di collaborazione di secondo grado sono accomunate da due presupposti.

In primo luogo, una nozione estremamente lata di sanzione amministrativa di «natura penale». Da molte ricostruzioni, infatti, emerge una nozione di «materia penale» talmente ampia da ricomprendere tutte le sanzioni di un dato ambito (per es. il settore dei mercati finanziari, quello *antitrust*, quello fiscale e tributario) solo perché *alcune* delle misure applicate in quei contesti sono state riconosciute «punitiva» dalla giurisprudenza europea²¹². Tanto che si arriva a sostenere che possono giustificare un rifiuto di collaborare le condotte punite con sanzioni pecuniarie di modesta entità²¹³, e finanche i comportamenti che

208 Così v. M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2022, sez. II, pp. 689-733.

209 In questi termini v. M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, cit., p. pp. 726-733; E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio, Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022, pp. 117-121.

210 V. E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., pp. 117-121; M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, cit., pp. 726-733.

211 E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., pp. 145-155.

212 Cfr. E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, cit., p. 243 che critica l'orientamento della Corte di Cassazione che esclude la natura punitiva alle sanzioni irrogabili da Consob e Banca di Italia diverse da quelle previste in materia di abusi di mercato.

213 V., per es., A. MARCHESELLI, *Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali*, *Riv. tel. dir. trib.*, 1, 2021, p. 131 che ritiene «sicuramente punitiva», pur riconoscendo la non elevata entità dell'importo (minimo di 250 e massimo di 2000 euro), la sanzione prevista per chi ometta di rispondere alle richieste istruttorie dell'Agenza delle Entrate. Negli stessi termini v., A. MARINELLO, *Diritto al*

possono determinare «conseguenze sfavorevoli anche ulteriori e diverse» (c.d. «sanzioni improprie»²¹⁴) quali la perdita di un beneficio (detrazione o diritto di rivalsa), la previsione di preclusioni probatorie o di oneri (come l'assoggettamento del contribuente al c.d. accertamento induttivo) previsti come conseguenza per la mancata collaborazione²¹⁵.

In secondo luogo, le varie ricostruzioni avallano l'idea che la (asserita) natura afflittiva delle misure irrogabili (nei contorni appena evidenziati), attrae l'intero procedimento di indagine all'interno del perimetro applicativo delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

Seguendo questa prospettiva nei settori considerati, la potenziale strumentalità dell'attività di vigilanza rispetto all'esercizio della funzione sanzionatoria varrebbe di per sé a determinare l'applicazione di tutte le garanzie proprie della materia penale.

6.4. I profili problematici

La questione esaminata è complessa e l'approdo a cui è giunta la giurisprudenza è molto rilevante. In primo luogo perché è stato il frutto di un virtuoso "dialogo" tra le Corti²¹⁶ che ha portato ad individuare una soluzione uniforme, aspetto «tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità»²¹⁷.

Inoltre, la decisione finale ha prodotto un innalzamento dello *standard* di

silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corte Europee e Corti nazionali innalza lo standard di tutela del contribuente, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2, 2022, pp. 654-656.

214 Su cui v., tra gli altri, L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni improprie nel sistema tributario*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARZADURI, Milano, 2016, p. 1317 ss; ID., *Sanzioni improprie e imposizione tributaria*, in L. PERRONE, C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 519 ss.

215 A. MARCHESELLI, *Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio*, cit., pp. 131-134; v. anche A. MARINELLO, *Diritto al silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corte Europee e Corti nazionali innalza lo standard di tutela del contribuente*, cit., pp. 658-664 il quale però esclude che la medesima conclusione valga per l'accertamento induttivo extracontabile, ritenendo che non abbia connotazione sanzionatoria.

216 Sull'importanza data dalla Corte costituzionale allo sviluppo della cooperazione intergiurisdizionale si vedano G. LATTANZI, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, p. 18-21; M. CARTABIA, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019*, p. 6, 14-15; G. CORAGGIO, *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, p.18-20 tutte pubblicate in www.cortecostituzionale.it.

217 Cfr. Corte cost. sent. n. 149 del 2022 relativa alla dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio del *ne bis in idem* in un caso di doppio binario sanzionatorio in materia di diritto d'autore.

tutela delle persone fisiche esposte al rischio di essere punite con misure afflittive molto gravi nell'ambito di un sistema a doppio binario sanzionatorio, in forza del quale i medesimi fatti possono essere puniti sia in sede penale che in sede amministrativa (sempre con misure sostanzialmente penali). In questo quadro non si può che convenire con la Corte costituzionale quando afferma che a fronte «di simili scenari sanzionatori» pareva necessario il riconoscimento, «in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato» (cfr. ord. n. 117 del 2019).

Nondimeno, vi sono alcuni aspetti su cui conviene porre l'attenzione perché potrebbero essere forieri di implicazioni non pienamente auspicabili.

Infatti, le interpretazioni estensive avanzate in dottrina, in parte avallate da alcuni profili di ambiguità della sentenza n. 84 del 2021²¹⁸, hanno l'effetto di ridimensionare gli obblighi informativi dei soggetti vigilati (non ancora formalmente indagati), con il rischio di depotenziare uno degli strumenti su cui si basa l'attività conoscitiva dell'Autorità, utile anche allo svolgimento dell'attività di regolazione e di vigilanza nel loro complesso.

Infatti, l'estensione delle garanzie della materia penale ai procedimenti di vigilanza *tout court*, solo perché potenzialmente prodromici all'adozione di qualsiasi sanzione amministrativa, potrebbe determinare una sorta di “penalizzazione” delle misure amministrative afflittive (anche se con finalità inibitoria, ripristinatoria, risarcitoria etc.)²¹⁹.

218 In particolare non è completamente chiaro se la garanzia riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 2021 comprenda soltanto il privilegio contro l'autoincriminatione, dato che si riferisce alle dichiarazioni da cui può emergere una responsabilità per un illecito punito con sanzione amministrativa «punitiva» ovvero per un reato, oppure se possa implicare un vero e proprio *right to remain silent* poiché in un passaggio dell'argomentazione si richiama le dichiarazioni auto-indizianti «da cui possono emergere informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita».

219 È quello che fa una parte della dottrina che enfatizzando, tra i criteri *Engel*, quello dell'afflittività arriva non soltanto a sostenere la “pan-penalizzazione” delle sanzioni amministrative, ma anche la possibilità di ricondurre sotto i principi dell'art. 6 CEDU tutti i provvedimenti amministrativi con effetti afflittivi (anche se con finalità non punitiva) con quel che ne deriva in termini di garanzie procedurali e di intensità del sindacato giurisdizionale. In questo senso v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 1338. Su queste basi una dottrina più recente ha analizzato i poteri ispettivi muovendo dal presupposto di dover verificare, tra l'altro, se questi rispettino i principi dell'art. 6 CEDU (M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit., spec. pp. 191-199), muovendo dal presupposto che questi si applichino non solo ai poteri e provvedimenti sanzionatori ma anche

In questa prospettiva, oltre che la coerenza con le fonti nazionali²²⁰ ed europee²²¹, vi sarebbe da verificare se l'anticipazione di queste regole già alla fase di vigilanza non potrebbe risultare sproporzionata, correndo il rischio di offrire un'iper-garanzia alle posizioni soggettive dei soggetti vigilati, con pregiudizio per l'efficacia dei controlli.

Il che non significa – merita precisare – che si debba negare al vigilato tutele adeguate, ma che, in termini generali, è da valutare se non sia opportuno disciplinare in modo specifico e differenziato le garanzie difensive da riconoscere in sede di vigilanza, al fine di trovare un equilibrio fra le esigenze di tutela dei vigilati e le esigenze di salvaguardia dell'effettività del *public enforcement*.

7. Distinzione e tipizzazione dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti

L'analisi fin qui svolta ha messo in rilievo le implicazioni che ha determinato e sta determinando la “concentrazione-confusione” dei poteri che caratterizza il sistema delle Autorità amministrative indipendenti, sul regime procedimentale dell'attività sanzionatoria e su quella di vigilanza.

Entrambe le tendenze non sono però coerenti con il sistema costituzionale e sovranazionale cui devono ispirarsi i poteri in esame, da cui si ricava un'esigenza di tipizzazione e distinzione dei poteri con conseguente differenziazione dei regimi giuridici a questi applicabili. Tale esigenza emerge sia dalle norme che riconoscono i diritti fondamentali su cui i poteri incidono (§ 7.1.), sia dai

ai poteri e provvedimenti autoritativi perché particolarmente afflittivi o perché prodromici (anche solo potenzialmente) all'avvio di un procedimento sanzionatorio.

220 Il legislatore italiano, nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (art. 35, l. 5 agosto 2022, n. 118), nel prevedere il potere dell'AGCM di richiedere «*in ogni momento*» (e, dunque, anche prima del formale avvio di un'istruttoria) «a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili», ha utilizzato una formula che pare incentrata sul diritto a «non auto-incolparsi» e che richiama quella del Considerando n. 23 del Regolamento CE n. 1/2003 («[t]ali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge») nonché quella utilizzata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. § 6.2.)

221 Come ricordato la Corte di Giustizia e il diritto europeo derivato (direttiva 2016/342/UE), continuano a escludere che il principio del *nemo tenetur se detegere* operi per le persone giuridiche e lo circoscrivono nei limiti del *privilege against self-incrimination*. Inoltre, l'assunto andrebbe passato al vaglio anche della dottrina Engels, perché i provvedimenti di vigilanza di per sé non hanno sempre un elevato grado di afflittività e non hanno finalità punitiva (semmai preventiva o ripristinatoria); pertanto, rispetto ad essi non si pongono le medesime esigenze di tutela che vengono in rilievo a fronte della potestà sanzionatoria.

principi fondamentali che devono orientarne la disciplina (§ 7.2.).

7.1. I fondamenti (costituzionali, convenzionali, europei) dal punto di vista delle norme sui diritti

La dimensione multilivello (costituzionale, europea, internazionale) del principio di legalità, oggi consacrata nell'art. 117, c. 1. Cost., insieme alla vigenza delle Carte dei diritti (la CEDU e la CDFUE) e alla giurisprudenza delle Corti europee applicativa delle stesse, hanno fatto emergere che i principi fondamentali sull'esercizio del potere rilevano e sono declinati innanzitutto come diritti della persona.

In questo quadro, l'aspetto particolarmente significativo dell'evoluzione più recente è la tendenza all'integrazione dei parametri costituzionali con quelli delle Carte europee²²² in linea con l'idea per cui «la missione essenziale dei diritti fondamentali è quella di fissare altrettanti limiti invalicabili all'azione dei poteri dello Stato (legislativo, amministrativo, giudiziario), in nome della tutela di un nucleo centrale di interessi della persona stessa, riconosciuti come non disponibili da parte della collettività»²²³.

Emblematico è stato, per le funzioni di amministrazione attiva, l'art. 41 CEDU, che declina in termini di diritto ad una buona amministrazione, rispettivamente, i principi di imparzialità, di eguaglianza sostanziale, di tempestività, di trasparenza-accessibilità, l'obbligo di motivazione e la responsabilità da fatto illecito delle Istituzioni pubbliche²²⁴. Il medesimo mutamento di prospettiva si

222 In questa prospettiva assume particolare rilevanza il 'dialogo' fra le Corti, nazionali ed europee, che si è sviluppato a seguito della dottrina della "doppia pregiudizialità" elaborata a partire da Corte cost., sent. n. 269 del 2017. Sul tema si veda, tra gli altri, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 2925 ss; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali, costituzionali ed europei*, in *Quaderni cost.*, 1, 2018, p. 197 ss; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020; C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

223 Così F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 481 ss, lo stesso Autore ha ulteriormente sviluppato la riflessione, con riferimento al diritto penale, in ID., *Diritto penale e diritti della persona*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Paliero*, Milano, 2022, pp. 845-874 pubblicato anche in *Sistema penale*, 13 marzo 2023.

224 In questa prospettiva si veda C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e diritti e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 255 ss. Sull'art. 41 CDFUE si veda

è avuto per la potestà sanzionatoria amministrativa: grazie alla più recente giurisprudenza, CEDU e costituzionale, hanno progressivamente acquisito centralità i diritti sanciti dagli art. 6, 7 CEDU e dagli artt. 47, 48, 49 CDFUE. In questo modo, la giurisprudenza ha fatto emergere come i principi costituzionali ritenuti tradizionalmente da applicare alle sanzioni amministrative in senso tecnico (*i.e.* aventi finalità propriamente punitive) rilevano anche in termini di diritti fondamentali della persona²²⁵.

Ebbene, come emerge dal testo delle disposizioni citate, il grado di protezione che ricevono i diritti in questione è sensibilmente diverso. Ciò si spiega – qui sta il punto che interessa evidenziare – sia in ragione della diversa intensità con cui possono essere incisi/limitati dai poteri di amministrazione attiva o da quello punitivo, sia dal diverso assetto che assume l'equilibrio tra gli interessi del singolo e gli interessi della comunità (e conseguentemente tra individuo e potere pubblico) nel quadro delle diverse funzioni. Quest'ultimo profilo incide sul modello procedimentale da applicare all'esercizio delle diverse funzioni.

Per tali ragioni, pare necessario (ri)condurre al corretto e (diverso) fondamento costituzionale e convenzionale i diversi poteri affidati alle Autorità indipendenti.

I poteri di regolazione e di vigilanza concretizzano funzioni di amministrazione attiva il cui esercizio, di regola, dà luogo ad una vicenda amministrativa “multipolare” e si esplica mediante una pluralità di atti e di operazioni materiali che mirano a soddisfare in via immediata gli interessi pubblici. Perseguono dunque finalità (non punitive ma) inibitorie, ripristinatorie, risarcitorie etc.. ed esplicano effetti direttamente riconducibili alla protezione di una pluralità di interessi.

È per questo che devono essere ricondotti sotto l'ambito applicativo degli artt. 23, 97 Cost. e 41 CEDU: l'ordinamento definisce un certo equilibrio (in-

anche D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 601 ss; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 537 ss.

225 F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, cit. p. 492 «in una prospettiva di tutela integrata» quel che rileva è se una «disposizione sia o meno compatibile con il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* nella sua dimensione di diritto fondamentale della persona, riconosciuto assieme a livello costituzionale e sovranazionale».

dividuo-comunità e, dunque, libertà-autorità) che può richiedere che il destinatario dell'azione amministrativa subisca delle limitazioni nei propri diritti e sia gravato da obblighi (procedimentali e finali) necessari a soddisfare l'interesse generale; un equilibrio che, in definitiva, implica che l'amministrazione abbia la disponibilità dell'assetto di interessi.

Pertanto, fermo restando l'esigenza di predeterminazione delle regole in base alle quali devono essere svolte le funzioni di vigilanza, soprattutto ispettiva (aspetto su cui sarebbe senz'altro opportuno che vi fossero delle discipline uniformi, anche di livello europeo²²⁶) è ammissibile che tanto il modello procedimentale quanto l'ampiezza delle garanzie difensive da riconoscere al soggetto vigilato siano diversi da quelli riconosciuti in sede sanzionatoria e che siano definiti tenendo conto anche delle esigenze di effettività dell'azione di controllo.

Diversamente la potestà sanzionatoria, anche quando esercitata dall'amministrazione, è espressione di potestà punitiva che deve essere sottoposta ad uno specifico e differenziato regime giuridico, riconducibile agli artt. 25, 97 Cost., 6, 7 CEDU. L'evoluzione della giurisprudenza CEDU e costituzionale in materia sanzionatoria, infatti, ha dimostrato che nell'accertamento degli illeciti le Autorità amministrative perseguono una finalità punitiva, omogenea a quella perseguita con la sanzione penale²²⁷, finalità che è ulteriore rispetto al fine di cura degli interessi pubblici affidata alla loro competenza e rispetto alla quale i diritti individuali reclamano garanzie coerenti e adeguate.

Quando l'ordinamento sceglie di prevedere e fare applicare una sanzione in senso tecnico assegna al comportamento illecito un particolare disvalore e dunque, nel sanzionare, persegue una finalità *specificata e ulteriore* (rispetto a quella di tutela dell'interesse pubblico)²²⁸, una finalità 'repressiva' anche in funzione

226 Sui limiti della disciplina europea in materia di poteri ispettivi delle Autorità di regolazione e vigilanza e sulla opportunità di discipline uniformi nei diversi settori si veda F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta in materia di direttiva europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 5, 2017, p. 1015 ss e l'ampia analisi di M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, cit..

227 Omogeneità che, peraltro, si poteva ricavare già dal principio di specialità previsto dall'art. 9 l. n. 689/1981, su cui v. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 583; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 311. Per l'applicazione del metodo teleologico che consente di «ricavare gli specifici caratteri della sanzione amministrativa dagli scopi ad essa attribuiti dal legislatore» v. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., § 5.

228 Così, chiaramente, Corte cost. n. 151 del 2021.

deterrente, sul piano generale e individuale²²⁹.

La potestà sanzionatoria, dunque, è espressione di un'attività *giustiziale* che dà luogo ad una vicenda amministrativa da configurare in termini tendenzialmente “bipolari”, riguardando direttamente il soggetto che ha posto in essere la violazione, con conseguente limitazione della rilevanza giuridica degli interessi dei terzi (imprese concorrenti, consumatori, utenti etc..) che sono avvantaggiati più dalle misure preventive e di vigilanza che non dalla sanzione in sé.

Tali elementi giustificano la specialità della disciplina in materia di sanzioni amministrative (anche non sostanzialmente penali), nel senso di un “rafforzamento” delle istanze garantiste a favore del destinatario e impongono determinate qualificazioni giuridiche dell'attività e dell'atto con cui è esercitata, in attuazione dei principi di stretta legalità, imputabilità e colpevolezza, previsti dalla l. 689 del 1981 che a lungo la giurisprudenza ha interpretato e applicato in modo molto riduttivo, ma che di recente sta rivalutando²³⁰.

In definitiva, il percorso di riconsiderazione dei poteri pubblici sotto l'angolo visuale dei diritti della persona, offre elementi utili per fare emergere la diversa ratio dei limiti sostanziali e di forma cui devono essere subordinati i poteri di vigilanza e quelli sanzionatori, per essere conformi alle coordinate della odierna dimensione della legalità (costituzionale, europea e convenzionale).

7.2. I fondamenti dal punto di vista dei principi sul potere

Dal punto di vista del potere, la questione si coglie in modo particolare

229 C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 102 ss.

230 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2024, n. 12 che qualifica la revoca del *rating* di legalità e il divieto di ripresentare la domanda di attribuzione del *rating* per un anno dalla cessazione del motivo ostativo, in caso di inottemperanza agli obblighi informativi gravanti sull'impresa, come sanzioni in senso stretto e ritiene necessaria la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo. In particolare (al § 1.3.) si afferma che: «senza necessità di stabilire se le sanzioni di cui all'articolo 7, commi 2 e 3, del Regolamento abbiano anche natura “sostanzialmente penale” ai sensi della giurisprudenza della CEDU, si applicano a tali provvedimenti i principi e le regole previsti in materia di sanzioni amministrative dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689 e, pertanto, deve sussistere in capo alla società sanzionata l'elemento soggettivo».

considerando il principio di legalità²³¹, nella sua funzione garantista²³² che trova fondamento nel principio personalista e in quello di giustiziabilità degli atti amministrativi.

Sotto un primo profilo, il fatto che la disciplina legislativa debba fondare e delimitare il potere pubblico è diretta conseguenza del principio personalista su cui si fonda lo Stato di diritto costituzionale²³³, in base al quale la libertà della persona 'viene prima' del potere dello Stato e degli interessi dei gruppi sociali cui l'individuo può appartenere.

Di conseguenza l'intervento pubblico limitativo delle libertà individuali deve essere autorizzato dalla legge (artt. 23, 97 Cost.) e deve essere giustificato da uno degli scopi che la Costituzione affida alle istituzioni della Repubblica: garantire la tutela delle libertà altrui (art. 2 Cost.), agire per ridurre le disuguaglianze di fatto, promuovere i fattori abilitanti della partecipazione attiva dei

231 Sul principio di legalità è impossibile dare indicazioni bibliografiche esaustive, data la vastità del tema e la quantità dei contributi dottrinali. Senza pretesa di completezza si rinvia a F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1988, spec. 620 ss; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *ivi*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, p. 155 ss; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in ID., *Amministrazione e Costituzione*, 1996; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Inf. Dir. pubbl.*, IX, Torino, 1994; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Inf. Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss; ID., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in A.A. V.V., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, 2008, p. 21 ss; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, *ivi*; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 4-22; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SATTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79-90; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, p. 433 ss; F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2016, supplemento, p. 83 ss; E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Esi, 2022, p. 55 ss.

232 Sulla duplice funzione del principio: legalità-indirizzo e legalità-garanzia v. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 16-17; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, pp. 36-38.

233 Su cui, tra i molti, v. P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Stato di diritto. Storia, teoria critica*, Milano, 2002 e *ivi* in particolare i saggi di D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 17 ss; P. COSTA, *Stato di diritto: un'introduzione storica*, p. 89 ss; L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, p. 387 ss; di recente si veda i contributi raccolti in M. GREGORIO, B. SORDI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti (Firenze, 10 marzo 2023), Milano, 2023.

cittadini e del pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.)²³⁴, assicurare tutela agli interessi diffusi e collettivi che difficilmente trovano garanzia in forma differenziata (artt. 9, 41, c. 2 e c. 3 Cost.).

Sotto altro profilo, la previsione dei fini e dei modi di esercizio del potere amministrativo si giustifica per la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale (artt. 24, 113 Cost.): la pre-determinazione legislativa degli elementi essenziali degli atti amministrativi offre al giudice un parametro di raffronto sulla base del quale verificarne la legittimità. Per rendere possibile la verifica del giudice, a sua volta sottoposto soltanto alla legge (art. 101 cost.), è necessario che la norma fornisca un parametro sufficientemente stringente²³⁵.

A tutela di queste esigenze, operano i due corollari del principio di legalità: il principio di nominatività e il principio di tipicità²³⁶, in base ai quali i provvedimenti amministrativi devono trovare fondamento in puntuali norme di legge che stabiliscano il fine pubblico da perseguire, il contenuto, l'oggetto e gli effetti giuridici che possono produrre²³⁷.

Secondo le ricostruzioni prevalenti, nel principio di nominatività trova espressione la legalità in senso formale, soddisfatta dalla presenza di un fondamento legislativo alla base dell'esercizio del potere, mentre il principio di tipicità soddisfa anche un'esigenza di legalità sostanziale²³⁸, assicurando una disciplina idonea a circoscrivere i margini di discrezionalità mediante la previa determinazione degli elementi dell'atto²³⁹. In applicazione di tale principio, dunque, viene definito l'ambito di incidenza del potere autoritativo sulla sfera di libertà degli individui.

234 Si veda, da ultimo, E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 561.

235 L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Milano, 1990, p. 5. Il collegamento tra art. 113 Cost. e principio di legalità è affermato già in Corte cost., 22 dicembre 1964 n. 118, in *Giur. cost.* 1964, 1189.

236 Sul tema, di recente, v. A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, p. 529 ss; E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., p. 548 ss; L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità degli atti amministrativi*, Genova 2003.

237 D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 107-109; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 37; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 34.

238 V., già, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 551. Più di recente P. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

239 Di particolare rilievo in questo senso la nota sentenza Corte cost. 7 aprile 2011, n.115.

Quanto al fondamento, il principio di tipicità trova enunciazione generale negli artt. 23 e 97 Cost., nonché previsione specifica nelle singole norme della Costituzione e delle Carte europee che ammettono la previsione di limiti legali alle libertà e ai diritti individuali. Quanto ai contenuti, il principio si articola essenzialmente in due profili: la tassatività *dei tipi di atto* (esistono soltanto gli atti amministrativi definiti dalla legge ed è escluso che l'amministrazione possa emanare atti di diverso tipo, da essa stessa articolati e definiti) e la *determinatezza* della previsione normativa che attribuisce il potere (non basta una mera attribuzione di potere, ma occorre una descrizione articolata e puntuale dei presupposti, dell'oggetto, degli effetti giuridici che possono scaturire)²⁴⁰.

7.3. Segue. la rilevanza del principio di tipicità

Per quanto qui direttamente interessa, va tuttavia considerato che, nella prospettiva costituzionale, la tipicità è da riferire ai poteri (prima ancora che agli atti) e non è sintetizzabile in un unico modello, avendo un'intensità diversa rispetto alle varie forme di azione amministrativa²⁴¹.

Secondo l'impostazione che pare preferibile, la tipicità è strettamente legata al carattere dell'imperatività²⁴², ovvero alla capacità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica a prescindere dal consenso dell'interessato²⁴³. Non

240 In questo senso v., tra gli altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 107 secondo il quale la tipicità «si articola nel senso che spetta ordinariamente alla legge individuare gli atti che possono avere effetti autoritativi, stabilire quali siano questi effetti, prevedere in presenza di quali presupposti possano essere presi, quali organi abbiano la competenza ad emanarli seguendo quale procedimento»; v. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, p. 65.

241 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 530.

242 Sulla tesi per cui la tipicità riguarda soltanto l'attività amministrativa autoritativa v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, p. 82; ID., *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, 1996 (ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, p. 493 ss); D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 760; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Milano, 2010. Per una diversa tesi, in base alla quale la tipicità per gli atti autoritativi discenderebbe dal principio di legalità, mentre per gli atti non autoritativi discenderebbe dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 616, richiamato da E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., p. 560. In senso critico sul rapporto tra tipicità e imperatività v. anche B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 391 ss.

243 Sulla controversa nozione di imperatività (o autoritatività del provvedimento) si vedano almeno gli scritti di M.S. GIANNINI, *l'Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 ss.; ID., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988 ss; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; M.

opera dunque per l'attività di prestazione in senso stretto e per l'attività amministrativa consensuale²⁴⁴.

Inoltre, anche rispetto ai poteri autoritativi – e qui sta il profilo che interessa sottolineare – può assumere “graduazioni” diverse in relazione alle finalità e agli effetti del singolo potere.

La ragione di ciò è presto spiegata: in base ai principi dello Stato costituzionale di diritto e del sistema multilivello di fonti sovranazionali²⁴⁵, per cui l'amministrazione partecipa alla realizzazione del progetto costituzionale²⁴⁶, il rapporto tra legge e attività amministrativa si è arricchito di elementi di complessità²⁴⁷ che condizionano anche la portata del principio di tipicità²⁴⁸.

In primo luogo, come risulta evidente, l'individuazione dell'interesse pubblico da perseguire è affidata non solo alla norma attributiva del potere ma anche alle norme che definiscono i compiti e le finalità del soggetto pubblico competente, nonché alle disposizioni, di diverso livello, che disciplinano la materia nel suo complesso²⁴⁹.

D'altra parte, l'esigenza di predeterminazione dei criteri e dei parametri

RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 20; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss.

244 Sul tema v. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; rispetto agli accordi di diritto pubblico, v. C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, p. 85 ss; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Torino, 2003, p. 214 ss.

245 V. VIGLIOTTI, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 371 parla di «prospettivismo della legalità, intesa come la constatazione, cioè, che vi sono tante legalità quante sono le prospettive da cui la si osserva, insieme con la perdita del ruolo protagonista della sua fonte eponima, che non è più in grado di definirne i confini e di deciderne i contenuti» fa riferimento alle plurime legalità: costituzionale, comunitaria, convenzionale, legalità penale internazionale, legalità globale.

246 Al riguardo, v. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in ID., *Amministrazione e Costituzione*, 1996. Più di recente la prospettiva è valorizzata da A. PIOGGIA, *La Costituzione e il diritto amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, cit., p. 43 ss.

247 Rispetto alla concezione dell'attività amministrativa come meramente esecutiva della legge teorizzata da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 281 ss poi pubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955, p. 203 ss.

248 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 538 «il canone della tipicità, pur affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in termini pressoché perentori, ha subito e continua a subire alcune deroghe sistematiche».

249 S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, cit., pp. 9-10 che considera i vari fattori che «relativizzano» la centralità del c.d. «interesse pubblico primario» e rendono sempre più complessa la sua individuazione nel caso concreto.

che consentono di circoscrivere l'esercizio del potere e di permetterne uno scrutinio giurisdizionale efficace non è soddisfatta sempre e soltanto dalle fonti primarie (nazionali o europee). Ciò spesso non sarebbe possibile e, talvolta, neppure auspicabile²⁵⁰. Pertanto, in molti settori – dalla regolazione delle attività economiche al funzionamento dei servizi pubblici anche sociali – si fa sempre più ricorso a una normazione “elastica” in virtù della quale è la stessa legge a “dilatare” l'ambito dei poteri amministrativi, attraverso il ricorso a clausole generali²⁵¹ e a concetti indeterminati²⁵², che richiedono di definire gli obiettivi da realizzare rispetto ad ambiti circoscritti e di calarli sulle singole circostanze concrete.

È evidente, dunque, che il canone della legalità-tipicità trova significativi “temperamenti” e continua ad operare soprattutto come «regola sull'interpretazione delle norme attributive di poteri amministrativi: regola che “si traduce anche in un fattore di precomprensione delle disposizioni di diritto amministrativo” che impone all'interprete di assumere che “la norma sul potere amministrativo abbia sempre un contenuto precettivo sostanzioso, ancorché maggiore di quello enunciato dal testo della disposizione”»²⁵³.

Ebbene, in ragione di questa complessità e dell'operazione interpretativa

250 Al riguardo è significativa la recente prospettazione, da parte della Corte costituzionale, di una riserva di amministrazione nei confronti del legislatore, da intendersi in termini di riserva di procedimento: cfr. Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116; Corte cost., 4 agosto 2021, n. 177. Sul tema, si veda S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 725 ss; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

251 Sulle clausole generali, *ex multis*, E. FABIANI *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 183 ss. Nella dottrina amministrativa, tra gli altri, v. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191 ss; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2007; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309; ss; M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, Pisa, 2021.

252 Sui concetti giuridici indeterminati e sulla complessa distinzione tra le varie formule (norma elastica, concetto indeterminato, clausola generale) v., *ex multis*, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit.; E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, 'standards' valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3556 ss; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss.

253 E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, cit., p. 63 che, a sua volta, richiama A. TRAVI, *Tipicità degli atti e 'potere amministrativo'*, cit., pp. 532-533

che questa richiede, il canone della tipicità va “calibrato” sul tipo di potere autoritativo che viene in rilievo e sui diritti su cui incide. Ciò perché quale sia il grado di determinatezza della disciplina di un certo potere, non è questione che possa essere completamente definita in astratto, ma dipende dai valori che esso coinvolge²⁵⁴. Rilevano le riserve di legge e il carattere assoluto o relativo delle stesse nonché le finalità del potere; ma rilevano anche i margini di “comprimibilità” e, ad un tempo, le esigenze di tutela che la Costituzione e le Carte europee ammettono e prefigurano per i diversi diritti.

Riportando queste considerazioni all’oggetto della presente analisi, si può dunque considerare fisiologico che il grado di determinatezza della norma attributiva dei poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione delle Autorità indipendenti possa variare in ragione delle diverse finalità e degli effetti che ciascuno è destinato a produrre sui diritti individuali.

Il dato è confermato, per esempio, nel quadro della problematica questione dei c.d. poteri impliciti che trova diversa soluzione a seconda che ci riferisca ai poteri di *rule making*, ovvero a poteri che si svolgono mediante atti autoritativi, di carattere ablatorio e conformativo, o a poteri sanzionatori²⁵⁵.

Per i primi, che si esercitano mediante atti generali non immediatamente incidenti nella sfera soggettiva degli interessati, è ammissibile – seppur entro certi limiti sottoposti al controllo giurisdizionale – l’esercizio di un potere ricavato in via interpretativa dalla norma di attribuzione; per i secondi, che incidono in modo diretto sulla sfera giuridica dei destinatari, è sempre necessaria una *previa ed espressa* disposizione di legge; mentre per i poteri sanzionatori (punitivi) è necessario non solo che il conferimento di potere sia previo ed espresso, ma anche che siano *previamente determinati in modo sufficientemente certo* gli elementi essenziali (presupposti, tempi, effetti). Non è casuale, del resto, che la legge generale in materia di sanzioni amministrative declini il principio in termini di «stretta legalità»²⁵⁶.

254 E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, cit., pp. 565-567.

255 Sul punto v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 731; S. SPUNTARELLI, *Poteri impliciti*, cit., p. 948 e 955; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 87- 88.

256 Come osservato già da P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 593.

Considerazioni analoghe valgono per la dimensione procedimentale del potere che pure è soggetta al principio di legalità-tipicità. Come osservato, infatti, «gli atti istruttori e strumentali idonei a condizionare l'esito del procedimento, e perciò la decisione finale, sono soggetti anch'essi ad un canone di tipicità»²⁵⁷ nel senso che devono trovare fondamento nelle norme che regolano lo specifico potere e devono risultare coerenti e proporzionati rispetto alle finalità e al carattere del potere esercitato.

I vari istituti procedimentali (il termine, la partecipazione, il contraddittorio, la conoscenza degli atti etc.) trovano dunque diversa declinazione in relazione al tipo di funzione esercitata²⁵⁸.

La legge n. 241/1990, del resto, prevede una cornice di regole generali, ma non definisce un unico modello. Al contrario, offre la base legittimante per molteplici varianti per quanto attiene al rapporto tra l'organo responsabile della fase istruttoria e l'organo con potere decisionale e per quanto riguarda i possibili modelli di partecipazione²⁵⁹.

Ciò perché – anche sul piano procedimentale – l'equilibrio costituzionalmente compatibile tra le esigenze di garanzia (degli interessi privati e dell'interesse pubblico) e le esigenze di efficienza ed effettività, deve essere basato sulla considerazione dei diritti su cui incide il singolo potere, di volta in volta esercitato, e sullo scopo perseguito²⁶⁰.

8. Autorità indipendenti: garanzia delle libertà e giustizia nei mercati

Tanto considerato, per risolvere le criticità evidenziate sembra necessario ridefinire lo statuto disciplinare delle funzioni delle Autorità indipendenti. Si è consapevoli che si tratta di un'operazione tutt'altro che semplice perché in gioco vi è la necessità di individuare un giusto equilibrio fra le esigenze di tutela dei diritti dei soggetti vigilati e l'esigenza di salvaguardare l'effettività dell'attivi-

257 A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., p. 538

258 In questi termini v. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss; da ultimo v. T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., pp. 27-29.

259 In termini generali, sulle diverse forme e funzioni della partecipazione procedimentale v., tra gli altri, F. GIGLIONI, S. LARICIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 943 ss; M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, p. 296 ss.

260 Sulla rilevanza del principio del contraddittorio e sull'esigenza di adeguare il modello di partecipazione alle esigenze del tipo di procedimento e degli interessi che coinvolge si veda, di recente, Corte cost. sent. n. 47 del 2023 in materia di procedimento tributario.

tà di prevenzione, controllo e repressione degli illeciti affidata alle Autorità, a sua volta funzionale alla protezione di interessi pubblici e privati di particolare rilevanza.

Tuttavia, la convinzione è che a tal fine sia doveroso tenere conto primariamente degli elementi di ordine sistematico appena richiamati, per come ricavabili dai principi costituzionali rilevanti in materia.

In quanto Istituzioni della Repubblica le Autorità indipendenti devono informare la loro azione ai principi dello Stato di diritto, quindi non possono essere veicolo di sistemi lesivi delle prerogative costituzionali: lo statuto procedimentale e sostanziale applicato ai loro atti deve essere coerente con le funzioni svolte e con i diritti su cui incidono. Da qui la necessità di adeguare i sistemi sanzionatori ai principi fondamentali del diritto punitivo, per come interpretati dalla Corte costituzionale e dalle Corti europee.

D'altra parte, in quanto apparati amministrativi, lo statuto della loro azione non può essere orientata all'esclusivo fine di tutelare le posizioni soggettive dei diretti destinatari (al pari di quanto avviene nell'esercizio della funzione giurisdizionale), ma deve essere salvaguardata anche la loro capacità di intervento a tutela degli altri diritti e interessi rilevanti.

Il modello sociale e pluralista, che caratterizza la nostra Carta costituzionale esclude che possano considerarsi valide quelle letture – avanzate nei primi anni '90 ma talvolta riproposte in dottrina – secondo le quali la “garanzia” che le Amministrazioni indipendenti devono assicurare è da riferirsi esclusivamente alle libertà economiche²⁶¹.

Al contrario, il tipo di intervento che l'ordinamento affida loro è funzionale all'equilibrio tra i diritti dei vari soggetti che “abitano” i mercati, all'insegna della realizzazione dei valori costituzionali di giustizia e di eguaglianza²⁶² su

261 Cfr. cap. I, § 2 anche per i relativi riferimenti bibliografici. Sul punto, da ultimo, v. M. MANETTI, *Potere e garanzie (Autorità indipendenti)*, cit., pp. 788-789.

262 Come messo in evidenza dalla dottrina anche se effetti redistributivi e lotta alle disuguaglianze non sono obiettivi direttamente affidati alle Autorità indipendenti, tuttavia il fisiologico contrasto alle tendenze monopolistiche, alle posizioni dominanti e agli extra-profitti a beneficio anche dei ‘soggetti deboli’ del mercato (lavoratori, PMI fornitrici o concorrenti etc.) può aumentare a condizione che le Autorità «considerino consapevolmente la ricaduta positiva della loro applicazione sull'uguaglianza economica, che diano priorità alle decisioni che potrebbero influenzare positivamente le persone a basso reddito, che sostengano politiche di welfare che creino maggiori opportunità e che contribuiscano a rendere l'impatto della concorrenza rafforzata meno ‘minaccioso’ per i perdenti». In questi termini v. A. BOITANI, A. PEZZOLI, *Antitrust e lotta alle disuguaglianze: obiettivo esplicito o esternalità consapevole?*, in *Mercato*

cui si poggia il progetto costituzionale²⁶³.

In questo quadro, la diversa tipizzazione dei poteri è necessaria e opportuna anche per salvaguardare l'effettività del *public enforcement*.

8.1. Distinzione organizzativa e differenziazione del regime giuridico applicabile ai poteri di regolazione-vigilanza e a quelli sanzionatori

È indubbio che la ricostruzione proposta avrebbe un impatto significativo, soprattutto sull'attività sanzionatoria²⁶⁴, ma alle possibili disfunzioni si potrebbe far fronte modificando l'assetto organizzativo e le regole di funzionamento del sistema attualmente vigente, in particolare sciogliendo il “nodo” della “confusione” dei poteri.

L'unitarietà della funzione di «governo dei mercati» affidata alle Autorità amministrative indipendenti non richiede necessariamente (anche) l'omogeneità del regime giuridico dei mezzi di azione; anzi, l'analisi svolta ha dimostrato che l'indistinzione tra le funzioni (e tra i relativi strumenti) può pregiudicare anche l'effettività dell'azione di *enforcement*.

In ogni caso, la sottoposizione del potere punitivo a discipline più garantiste non incide sulla possibilità di far ricorso agli altri poteri (cautelari, ordinatori, ripristinatori etc..) di cui dispongono le Autorità²⁶⁵, né impedisce di potenziare l'attività di vigilanza²⁶⁶, in aderenza al criterio di proporzionalità nella

concorrenza regole, 3, 2023, p. 19.

263 In questi termini, da ultimo, v. M. MANETTI, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, cit., p. 788-798, ma già N. MARZONA, *Consob e Costituzione*, in *Jus*, 1987, p. 213 faceva discendere la “legittimazione” costituzionale della Consob nella funzione, ad essa attribuita, di recupero dell'uguaglianza all'interno di una serie di relazioni economiche.

264 Si veda al riguardo le considerazioni critiche di F. GHEZZI, *Sui «tempi» del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione dei giudici amministrativi italiani: un «tentato omicidio» del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2022, p. 237 ss.

265 Come conferma anche la giurisprudenza che ha affermato la natura perentoria dei termini dei procedimenti sanzionatori; si veda, in particolare, Cons Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761: «Deve (...) considerarsi come l'accertamento operato dall'Autorità sorregga un provvedimento il cui contenuto consiste nella sola irrogazione di una sanzione pecuniaria. L'estinzione del potere non riguarda, quindi, ulteriori sanzioni o, comunque, ordini di diversa natura che, in quanto estranei al provvedimento, non possono ritenersi involti dalla statuizione». Negli stessi termini v., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 luglio 2024, n. 6057.

266 Vi è chi dubita dell'efficacia dissuasiva di sanzioni punitive particolarmente afflittive, contestando alla radice l'idea che sanzioni particolarmente elevate siano in grado di influenzare in modo significativo le condotte delle imprese, e ritiene che sarebbe più utile incrementare l'azione preventiva delle Autorità. Si veda in questo senso M. LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2020, p. 256, nt. 42.

scelta degli strumenti giuridici di prevenzione, dissuasione e repressione degli illeciti, accolto anche dal diritto europeo²⁶⁷.

In concreto, l'ipotesi proposta può essere perseguita in (almeno) due modi: mediante una separazione di carattere organizzativo tra gli apparati preposti alle funzioni di regolazione-vigilanza e gli apparati preposti all'esercizio del potere sanzionatorio; ovvero mediante una riforma della disciplina che abbia l'effetto di distinguere più nettamente, sul piano procedimentale e delle garanzie, l'esercizio dei poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione.

Come noto, la strada della totale separazione tra Autorità di regolazione e vigilanza e Autorità con funzioni sanzionatorie e para-giurisdizionali è stata seguita in Francia, nel settore dei mercati finanziari, in esecuzione di una pronuncia della CEDU²⁶⁸. Si tratta di una soluzione che naturalmente richiederebbe l'intervento del legislatore e andrebbe valutata con attenzione perché, senz'altro garantirebbe al massimo le esigenze di «parità delle armi» nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, assicurando l'effettiva terzietà dell'organo competente ad applicare le sanzioni; tuttavia, porterebbe con il sé il rischio di ridurre la forza deterrente di un modello di *enforcement* in cui un'autorità amministrativa mantiene il potere di irrogare sanzioni di rilevante entità.

267 Il riferimento è all'art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, per come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, recante *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, che non solo stabilisce che la principale conseguenza dell'accertamento dell'infrazione deve essere l'intimazione a rimuovere la stessa mediante una diffida, lasciando la sanzione pecuniaria solo per i casi più gravi, ma aggiunge anche che al «momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità».

268 In specie, a partire dalla sentenza *Dubus* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.n. France*), riguardante la struttura organizzativa interna della *Commission bancaire française* (COB) e la compatibilità della stessa rispetto all'art. 6 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, pur presentando una certa distinzione tra l'organo istruttorio-accusatorio (*Secrétariat Général*) e l'organo decisorio competente ad adottare la sanzione (*Commission*), non era realizzata una sufficiente separazione tra gli stessi. In particolare, il *Secrétariat Général* (l'organo istruttorio) appariva in posizione servente rispetto alla *Commission* (l'organo decisorio) dalla quale riceveva istruzioni ed era controllato (Cedu, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.n. France*, § 60). In attuazione di tale sentenza, nel 2010 è stata creata una nuova autorità (*Autorité de control prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica (cfr. l'art. L. 612-4 dell'Ordonnance n. 2010-76 del 21 gennaio 2010). Al riguardo si veda E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 93-102.

La strada della distinzione organizzativa interna, tra apparati preposti alla vigilanza e apparati preposti all'esercizio del potere sanzionatorio, seppur di non facile realizzazione (poiché nel modello vigente la decisione è sempre affidata all'organo collegiale), sembra però percorribile mediante discipline organizzative che assicurino effettiva distinzione tra gli uffici preposti ai diversi procedimenti (di vigilanza e sanzionatori) ovvero alle diverse fasi dei procedimenti diretti all'accertamento di condotte illecite.

Altresì utile sarebbe escludere, nell'ambito del procedimento sanzionatorio, quelle che sono state definite «regressioni della sequenza procedimentale»²⁶⁹, con le quali il Collegio, competente per la fase decisoria, dispone approfondimenti istruttori affidandoli proprio agli stessi uffici che hanno condotto l'istruttoria (e che hanno quindi formulato la proposta di sanzione). Nello stesso senso, si potrebbe prevedere un divieto espresso per i funzionari che abbiano preso parte ad una delle fasi del procedimento di intervenire anche nelle altre.

Ancora di più pare necessaria la riforma della disciplina procedimentale in modo da assicurare l'effettiva differenziazione, sul piano procedimentale e delle garanzie, dei regimi giuridici cui sottoporre i poteri di vigilanza e quelli sanzionatori.

Si tratta di una soluzione più facilmente percorribile dato che, nella gran parte dei casi, richiederebbe soltanto la modifica dei regolamenti elaborati dalle stesse Autorità, e che consentirebbe di modulare le regole procedimentali e le garanzie difensive dei soggetti destinatari in relazione alla finalità della misura da assumere e al suo grado di afflittività, nonché di disciplinare in modo puntuale i limiti di utilizzabilità del materiale probatorio acquisito nell'una o nell'altra sede.

La soluzione proposta risponderebbe al monito, rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale, circa la necessità di calibrare la tutela dei diritti del destinatario (vigilato o incolpato) sulla specificità dei procedimenti e dunque in ragione del grado di "costrizione" cui il soggetto si trovi sottoposto, del tipo di pregiudizio che rischia di subire e del grado di coinvolgimento dei diritti degli

²⁶⁹ M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, cit., p. 271.

altri soggetti del mercato²⁷⁰. E avrebbe l'effetto di ricostituire il legame tra le finalità contemplate dalla legge e gli strumenti utilizzati per realizzarle, in linea con l'idea che una cosa è “sorvegliare”, altra cosa è “punire”²⁷¹.

270 Corte cost., sent. n. 84 del 2021 (punto 5. del *Considerato in diritto*) che ha invitato il legislatore a dare una «declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto [al silenzio] – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione».

271 Le espressioni sono impropriamente riprese da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

GIANLUCA ROMAGNOLI
Professore associato nell'Università degli Studi di Padova
gianluca.romagnoli@unipd.it

LA REGOLAZIONE CONSOB CINQUANT'ANNI DOPO

CONSOB REGULATION FIFTY YEARS LATE

SINTESI

Lo scritto esamina il fenomeno dell'espansione dei poteri innominati di Consob, avallato dalla giurisprudenza. In particolare, prende posizione sull'allargamento della sfera di influenza dell'autorità derivante dal riconoscimento alla stessa dell'esercizio di potestà non previste dalla legge ma che trovano giustificazione nelle finalità istituzionali della stessa. Quindi, affronta il tema della qualità delle garanzie procedurali per evidenziare la loro inidoneità ad essere reale ed effettivo fattore di compensazione dell'allargamento della regolazione di Consob.

ABSTRACT

The paper examines the phenomenon of the expansion of Consob's unnamed powers, endorsed by case law. In particular, it takes a position on the expansion of the authority's sphere of influence resulting from the recognition of its exercise of powers not expressly provided by law but justified by its institutional objectives. Therefore, address the issue of the quality of procedural guarantees to highlight their unfitness to be a real and effective compensating factor for the expansion of Consob's regulation.

PAROLE CHIAVE: mercato finanziario, regolazione, potere, funzione, procedimento.

KEYWORDS: *Financial Markets, Regulation, Power, Function, Proceeding.*

INDICE: 1. Il progressivo ampliamento delle competenze di regolazione di Consob. – 2. Gli strumenti di regolazione Consob. Il rapporto tra atto normativo ed atto atipico. – 3. Varietà delle prerogative tipiche di regolazione Consob. – 4. L'espansione della regolazione Consob come conseguenza della valorizzazione delle sue finalità istituzionali. – 5. La compensazione procedimentale dell'arretramento della legalità sostanziale, tra affermazione e dubbi. – 6. La qualità della tutela procedimentale ed i suoi limiti.

1. Il progressivo ampliamento delle competenze di regolazione di Consob

I cinquant'anni che ci separano dalla istituzione della Commissione nazionale per le società e la borsa, Consob (art. 1 l. 7 agosto 1974, n. 216 di con-

versione, con modifiche, del d.l., 8 aprile 1974, n. 94) – ed i quarantanove dall'avvio della sua attività¹ – hanno visto un progressivo e costante ampliamento delle sue competenze regolatorie.

La Commissione, originariamente investita di funzioni limitate all'informazione relativa alle società con titoli quotati in borsa ed all'organizzazione ed ammissione dei relativi strumenti di investimento (artt. 3, 4, 5, 18, 19, l. n. 216/1974), oggi è assegnataria d'una serie di compiti che la rendono responsabile dell'affidabilità degli operatori del mercato mobiliare, della trasparenza e correttezza dei comportamenti che incidono sull'allocazione della ricchezza e sulla trasformazione del risparmio in immobilizzazioni finanziarie.

Salvo eccezioni, sostanzialmente giustificate dalla natura dell'investimento (assicurativo, bancario, previdenziale)², Consob autorizza gli intermediari che offrono servizi di investimento, “regola” le loro condotte, le offerte indirizzate agli investitori e le relative modalità, i mercati in cui sono negoziati prodotti e strumenti finanziari, l'informazione che deve essere resa di pubblico dominio dagli emittenti e da chi partecipa al relativo capitale³.

L'ampiezza delle competenze di Consob, verosimilmente, rende inutilmente dispendiosa l'elencazione degli ambiti del suo intervento regolatorio e, nel contempo, evidenzia l'utilità d'una riflessione su alcuni aspetti della sua azione che si sostanzia nell'adozione di atti normativi, di provvedimenti ad in-

1 Si ricorda, infatti, che all'istituzione dell'autorità non seguì, nell'immediato, l'inizio della sua attività, rinviata d'oltre un anno, sino alla nomina dei commissari, disposta con d.p.r. 8 luglio 1975 n. 426.

2 A presidio della cui disciplina son preposte altre autorità, quali Ivass, Banca d'Italia e Covip.

3 Per una panoramica delle competenze di Consob, talvolta complementari rispetto a quelle delle altre autorità italiane di regolazione (Banca d'Italia, Ivass e Covip), si veda F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato dei capitali*¹², Torino, Giappichelli, 2023, p. 75 ss. Per una loro sintesi si rinvia a F. POLITTI, *Le autorità di regolazione dei mercati finanziari*³, Torino, Giappichelli, 2024, p. 28 ss., che, in considerazione della molteplicità delle competenze e degli interessi affidati alla cura di Consob, fa propria la definizione dell'amministrazione -proposta da Alberto Predieri- di organizzazione «polifunzionale e polivalente», investita di poteri di regolazione del mercato finanziario (p. 48). Ulteriormente, per un quadro d'insieme dei profili organizzativi e delle competenze dell'amministrazione, si vedano anche, L. ENRIQUES, M. GARGANTINI, *La Consob: natura, organizzazione e funzioni*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, I, Bologna, Zanichelli, 2020, I, p. 315 ss.; L. CARDIA, *La Consob*, in AA. VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di P. Cirillo e R. Chieppa, Padova, CEDAM, 2010, p. 265 ss.; C. RABITTI BEDOGNI, *Le nuove funzioni e i nuovi poteri di vigilanza di Consob*, in AA. VV., *Arbitri e mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Il Mulino, 2010, p. 341 ss.; F. PERNAZZA, *Un'autorità a tutto tondo: la Consob*, in AA. VV., *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. Valentini, Milano, Giuffrè, 2005, p. 212 ss.

cidenza generale o puntuale o, ancora, in determinazioni orientative, interpretative caratterizzate da una più o meno spiccato livello di “coattività” sostanziale. Infatti, una riflessione sulla regolazione – in particolare dei mercati finanziari – attenta alla realtà non può essere limitata alla considerazione delle determinazioni dotate di una formale forza precettiva⁴.

L'esame dell'azione di Consob -del suo impatto sul mercato vigilato- evidenzia come anche l'impiego di atti atipici sortisca un effetto conformativo per il solo fatto della loro provenienza⁵. Dunque pesi molto di più di quanto ci si potrebbe attendere dagli atti ricompresi nell'insieme “elastico” della c.d. *soft law*; cioè da atti ricondotti in una categoria di cui i tratti qualificanti dovrebbero essere, di massima, la non vincolatività e la non coercibilità⁶.

4 Nel testo si segue quella diffusa accezione sostanziale di regolazione – N. RANGONE, *Regolazione dei mercati*, in AA. VV., *Diritto dell'economia del mercato*³, a cura di G. Lemme, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 404 – che vi include ogni elemento dotato di una “capacità materiale” di incidere direttamente sull'attività od organizzazione dei suoi destinatari, indipendentemente dalla sua natura o provenienza.

5 La giurisprudenza ha riconosciuto il carattere lesivo -e quindi l'impugnabilità- di un comunicato stampa il cui tenore non aveva una funzione accertativa, in prospettiva, con finalità d'indirizzo ma meramente notiziale. Per T.A.R. Lazio, 25 febbraio 2002, n. 3570, in www.giustizia-amministrativa.it il suo contenuto, per il ruolo di guida e di orientamento del mercato svolto dalla Commissione, infatti, può incidere negativamente sulla situazione di chi lo impugna perché non avrebbe «(...) solo la funzione di precisare e giustificare la determinazione adottata nel caso di specie, ma altresì quella – neutrale, autonoma, responsabile e generalizzante – di indicare agli operatori i parametri ed i criteri interpretativi seguiti dalla Commissione nella materia, consentendo agli stessi di operare sulla base di un'ostensibile lettura di tali criteri e parametri, proiettabili in una ragionevole previsione dei futuri comportamenti della Commissione stessa in situazioni similari e/o persistenti».

6 Si precisa che le manifestazioni della *soft law* che qui interessano sono quelle riconducibili nel suo sotto insieme che ricomprende gli atti di “post law”, inclusiva di «tutti gli strumenti spesso informali (comunicazioni, inviti, segnalazioni, note informative) volte ad influenzare i comportamenti dei destinatari» e così, a cascata, secondo alcuni «in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi con valenza regolatoria»: così, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁶, Torino, Giappichelli, 2024, p. 95. Sul rapporto tra regolazione e legalità si rinvia anche a, PANTALEONE, *Regolazione indipendente e anomalie al cospetto delle matrici della legalità*, in *Questa rivista*, n. 1, 2020, p. 421 ss. Più ampiamente, sul tema, oltre alle indicazioni della nota precedente si vedano, G. MORBILDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, 2, p. 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss.; ID, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, 2, p. 53 ss.; B. MARCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, 2, p. 32 ss. Per un approccio (condivisibilmente) critico alla “categoria” della *soft law*, si rinvia a M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 730 ss., per il quale (p. 736), a prescindere dalle problematiche definitorie o di limitazione dell'insieme, «(...) gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo non possono certo tollerare che i pubblici poteri si avvalgano di strumenti ambigui e affrancati dal controllo di legalità. Quale che possa essere la ragione che sta all'origine del ricorso ai mezzi di *soft law* (difetto di competenza, regolazione flessibile e così via), si dà soltanto un'alternativa: o questi mezzi rimangono innocui (*de minimis non curat praetor*) ovvero, ogni qual volta assumeranno concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di

L'azione di regolazione di Consob, peraltro, deve essere considerata tenendo presente la circostanza della ormai, pacifica riconduzione dell'autorità nell'insieme delle amministrazioni indipendenti⁷. Dunque, avendo riguardo ad una qualificazione che, almeno in parte, spiega la capacità conformativa dei suoi atti atipici, la cui forza può essere giustificata solo con un consistente "annacquamento" tanto del principio di legalità che di quello (conseguente o complementare) di tipicità dei poteri pubblici⁸.

Infatti, un filone di pensiero – che, come si vedrà, incontra il favore della giurisprudenza – indica in quella qualità dell'amministrazione uno dei presupposti e delle condizioni dell'attività di regolazione e, poi, la considera determinante per individuare la gamma di atti che l'autorità può adottare per assolvere

legalità e di giustizia».

⁷ Tra le prime pronunzie che, sia pur ai fini processuali, attribuiscono a Consob la qualifica di amministrazione indipendente si veda Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5817, in *De Jure*. In realtà credo che, a prescindere dall'evoluzione della disciplina dedicata a Consob, già i tratti originari del modello organizzativo – ricavabile dagli artt. 1-3, l. 216/1974 – consentano d'indicarla come il "prototipo" delle autorità amministrative indipendenti italiane, cfr. G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 11-14. Non penso – diversamente da quanto indicato nel volume celebrativo pubblicato dall'autorità, *Consob. 50 anni di storia*, (p. 52) in www.consob.it – che si debba far coincidere il conseguimento dell'indipendenza della Commissione con il momento dell'attribuzione della personalità giuridica ad opera dell'art. 2, l. 4 giugno 1985, n. 281. Infatti, ciò che rileva è la sottrazione della P.A. all'indirizzo politico amministrativo dell'esecutivo per l'operare d'un regime legale che da garanzia d'un esercizio imparziale di funzioni a connotazione altamente tecnica, in una posizione di soggezione alla legge, cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 340; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019, *passim*. Regime, rispetto cui ha un valore marginale l'elemento formale della personalità giuridica, tanto più se si considera che -da tempo- la legislazione ammette organizzazioni, dotate di quel requisito, investite di competenze tecniche – come ad esempio alle c.d. agenzie fiscali (art. 62, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300) – ma, comunque, soggette ad un, significativo, potere d'indirizzo e vigilanza ministeriale. Per ulteriori riferimenti, si vedano, per quanto concerne la qualificazione, L. ENRIQUES, M. GARGANTINI, *La Consob: natura, organizzazione e funzioni*, cit., p. 281 ss. Tra le prime e più autorevoli voci che si espressero sull'indipendenza della Commissione d'obbligo è ricordare la lucida analisi di A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato statale*, in AA. VV., *Consob. L'istituzione e la legge penale*, a cura di G.M. Flik, Milano, Giuffrè, 1987, p.192 ss. La Tra gli scritti generali meno recenti meritevoli di menzione – nell'ambito di una estesissima bibliografia – si segnalano, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna, il Mulino, 2007, *passim*; F. MERUSI, M. PASSARRO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2003, *passim*; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA. VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, p. 151 ss., e con specifico riferimento a Consob, pp. 154-157; G. MORBIDELLI, *Il regime giuridico delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 165 ss.

⁸ Sul rapporto tra i fondamentali principi di legalità e tipicità, si veda, E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi* (2, 2019), in www.aic.it. Ulteriormente, A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere amministrativo*, in *Jus*, 2020, p. 529 ss.

i propri compiti⁹. L'indipendenza, quindi, non allude solo ad un modello organizzativo peculiare e non ha solo valenza descrittiva perché costituisce anche fattore di moltiplicazione del potere d'influenza dell'amministrazione in cui la si riscontra¹⁰.

2. Gli strumenti di regolazione Consob. Il rapporto tra atto normativo ed atto atipico

Se si considera il rapporto – o l'integrazione – tra gli strumenti di regolazione, sembra possibile affermare che anche il modo con cui la Commissione ha esercitato le sue prerogative normative l'abbia indotta al più ampio impiego di atti atipici.

Infatti, se si guarda a quella forma di condizionamento, non è azzardato individuare una relazione di quasi consequenzialità necessaria tra il regolamento e quegli atti atipici “chiarificatori” che Consob chiama “comunicazioni”.

Il Tuf, come gli altri testi unici economici, fa ampio ricorso all'attribuzione di potestà normativa alle autorità di settore. Infatti, delega a Consob il completamento delle sue disposizioni costruite tramite l'impiego di formule generiche o di clausole generali¹¹. Il legislatore – in considerazione dell'elevata tecnici-

9 Come evidenziato da un attento studioso – P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in AA. VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 119 – in dottrina si riscontrano posizioni di chi nel prendere posizione sul tema della regolazione, evidenzia la complessità ed eterogeneità delle attività che in essa si ricomprendono, ritenendola indissolubilmente legata alla sussistenza di un modello organizzativo rispondente ai tratti caratterizzanti le amministrazioni indipendenti. In tal senso, da ultimo, F. POLITTI, *Le autorità di regolazione*, cit., p. 5 e p. 177 ss., per il quale «l'elemento peculiare delle autorità di regolazione è rappresentato (...) dalla indipendenza di tali organi. Indipendenza significa capacità di determinare la propria azione nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge». Dunque, funzione amministrativa non ridotta all'attività di mera esecuzione della legge operante a tutela dei singoli e svolta senza alcun condizionamento del potere politico e dei poteri privati e, ulteriormente, sottratta al c.d. “rischio di cattura”. Sulla stretta e qualificante relazione tra regolazione ed organizzazione delle amministrazioni si vedano anche S. VALENTINI, *La regolazione e le sue istituzioni*, in AA. VV., *Diritto e istituzioni della regolazione*, cit., p. 8 ss. e p. 32 ss. e F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, Giappicchelli, 2007, p. 158 ss.

10 Per una riflessione sul modo con cui la qualificazione incide sull'espansione del potere d'influenza dell'amministrazione, rimando a, G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. autorità indipendenti sulle dinamiche economiche dei c.d. mercati regolamentati e le sue ragioni culturali*, in *Questa rivista*, n. 1, 2021, p. 773 ss. e spec. p. 777 ss.

11 Ampiezza e genericità delle disposizioni primarie che, da tempo, ha indotto ad interrogarsi sulla loro idoneità ad essere adeguati strumenti di conferimento ed esercizio del potere. È risaltante e condivisibile, infatti, l'opinione di chi reputa che la disposizione attributiva della potestà regolamentare -come eventualmente integrata dalle fonti europee- debba definire tanto l'ambito quanto i principi e criteri cui deve uniformarsi l'amministrazione quando se ne avvale, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M.

tà dell'oggetto di normazione e d'un'esigenza d'un suo agevole, flessibile e costante aggiornamento – si riserva la definizione dei principi ordinatori delle materie lasciando a Consob il compito di «fare il resto»¹².

Il contributo specialistico dell'amministrazione di settore dovrebbe – nelle prospettive della legislazione finanziaria – realizzare ciò che la legge formale, anche per i limiti insiti nel suo processo di formazione, non è in grado di fare. Quindi, nell'ordine: delineare una buona disciplina del mercato mobiliare, ampiamente inteso, costantemente al passo con i tempi, capace di adeguarsi all'evolversi delle prassi invalse tra gli operatori; formare regole ad elevato contenuto tecnico, preciso e comprensibile, verosimilmente, in grado di limitare quanto più possibile l'incertezza derivante dall'attribuzione di poteri discrezionali ampiamente intesi quanto quella che – inevitabilmente – è legata alla discrezionalità interpretativa riconosciuta tanto all'amministrazione quanto al giudice¹³.

L'aspirazione/illusione del legislatore è stata, però, frustrata dalla prassi di Consob – come in parte di altre autorità di regolazione – che ha reso non immediata l'individuazione del precetto rivolto ai vigilati. Quella, infatti ha, a sua volta, optato per la formulazione di disposizioni generiche, o di principio, con frequente impiego di clausole generali. Spesso l'amministrazione, ora per evitare la rapida obsolescenza di disposizioni dettagliate, ora per riservarsi il più ampio margine di manovra nel caso concreto, rifugge dalla fissazione di proposizioni normative quanto più precise che permettano di ricavare con ragionevole certezza ed immediatezza la portata del comando e, dunque, la consistenza della condotta imposta od attesa¹⁴.

La consistenza del comando e la relativa conoscibilità – presupposto ne-

D'Alberti, A. Paino (a cura di), *Arbitri e mercati*, cit., p. 69.

12 G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 100-102.

13 Tratto comune della legislazione economica e, in particolare, di quella finanziaria, può essere indicato nell'aspirazione a rendere quanto più prevedibile il comportamento atteso tanto dall'amministrazione quanto dal soggetto vigilato. Di qui l'ambizione a ridurre, per quanto possibile i dubbi interpretativi, destinati a riflettersi sull'azione dell'amministrazione investita di un qualunque potere di scelta, indipendentemente dal tipo di discrezionalità decisionale (amministrativa o tecnica) che le sia stata conferita dalla normativa. Come ricorda F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, cit., p. 310, l'incertezza o l'instabilità «delle norme e delle regole produce un effetto perverso sull'economia. Gli studi in quest'ambito dimostrano come i mercati e le imprese investono in situazione di stabilità, potendone prevedere gli effetti futuri, a legislazione vigente».

14 G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 100 ss. e spec. 104-107.

cessario della sua vincolatività/coercibilità¹⁵ – è, quindi, resa possibile dalla lettura delle c.d. “comunicazioni”. Dipende, dunque, dalla “mediazione” compiuta con questi atti innominati con cui la Commissione esprime, spontaneamente o su richiesta degli interessati, il proprio punto di vista sulla portata dei singoli documenti normativi od istituti, individuando comportamenti o prassi ad essi astrattamente conformi¹⁶.

Nella sostanza, con questi atti, l'amministrazione svolge un'attività integrativa della normazione esprimendo una preferenza, presidiata, quanto meno, da quella forza precettiva indiretta, derivante dall'attribuzione alla medesima anche del potere punitivo. All'autorità, invero, spetta oltre che la funzione normativa ed applicativa anche quella sanzionatoria. Il timore dell'esposizione alla sanzione, quindi, spinge all'obbedienza, attribuendo alla comunicazione una forza implicita¹⁷. Come da tempo rilevato dalla giurisprudenza, il disattendere le indicazioni contenute nell'atto formalmente non vincolante espone all'elevato rischio dell'avvio d'un procedimento punitivo a carico di chi si sia discostato dall'interpretazione fornita dalla P.A.¹⁸.

Non tutto, però, viene per nuocere, perché l'integrazione compiuta con gli strumenti innominati, talvolta, opera a favore dei vigilati. Infatti, l'atto atipico può esercitare una forza conformativa anche nei confronti dell'amministrazione emanante, assumendo, ai nostri fini, una rilevanza “bilaterale”¹⁹.

L'anticipazione d'una preferenza interpretativa o la fissazione di indicazioni su cui si attesterà la prassi applicativa può essere intesa come l'assunzione

15 Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 100.

16 G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 104.

17 Forza, credo, ragionevolmente ben più persuasiva di quella derivante dalla soggezione del regolato al regolatore che – per G. MORBIDELLI, *Gli effetti della soft law*, cit. pp. 3-4 – è situazione che, al pari del rapporto gerarchico, consente al secondo di indicare le regole che, in principio, il primo deve osservare.

18 G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 92 e 113.

19 Bilateralità degli effetti, peraltro, che sembra confermata dalla prassi dell'amministrazione che, nel caso ritenga superato il contenuto di una propria precedente comunicazione interpretativa, ne «dispone» il venir meno della forza orientativa, impiegando termini che, con immediatezza, richiamano fenomeni attinenti all'esercizio d'un vero e proprio potere amministrativo (art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241). Ad esempio, si veda l'avviso del 24 novembre 2021, «in merito all'applicazione del regolamento prospetto e revoca di comunicazioni Consob adottate nella vigenza della direttiva prospetto», in *www.consob.it*. Con quest'atto la Commissione, preso atto che la normativa europea sopravvenuta ha reso inattuali le comunicazioni ne dispone, appunto, la revoca... ritenendo, in tal modo di privarle d'efficacia per il futuro.

d'un più o meno articolato autovincolo da parte dell'amministrazione²⁰. Quindi, a seconda dei casi, anche come manifestazione d'una rinuncia anticipata a parte di quella discrezionalità che è attribuita dalla legge all'amministrazione, di per sé, apprezzabile per rendere più prevedibile il modo in cui si sostanzierà l'azione di vigilanza²¹.

Ma c'è di più. Dall'autovincolo potrebbe ancora derivare un obbligo di coerenza a carico della P.A., generando in capo ai destinatari un affidamento autonomamente tutelabile²². Non è, infatti, implausibile ritenere che quella situazione possa essere suscitata dal concorso della percezione dell'alta competenza ed autorevolezza dell'amministrazione con la ragionevole certezza del rispetto di quanto anticipato perché costituisce, sul versante interno, il recepimento di indicazioni provenienti dall'autorità di vigilanza europea (ESMA)²³.

3. Varietà delle prerogative tipiche di regolazione Consob

Il significativo impiego di atti atipici da parte di Consob, comunque, non attenua l'interesse per la categoria degli atti tipici di regolazione – cioè per quelli previsti dalla legge – il cui insieme si contraddistingue per l'estrema varietà dei modi e contenuti con cui la P.A. incide sul mercato mobiliare. La Commissione, infatti, è chiamata dalla normativa di settore ad autorizzare, a prescrivere comportamenti, a verificare ed a reagire²⁴, in vario modo, all'inosservanza della disciplina di cui deve garantire il rispetto²⁵.

²⁰ RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation*, cit., p. 65

²¹ Per alcuni riferimenti alle determinazioni degli organi UE ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si rinvia a B. MARCHETTI, *Soft law e normatività*, cit., p. 46-49.

²² Cfr. F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, cit. p. 308.

²³ Si ricorda che l'Autorità europea dei degli strumenti e dei mercati finanziari, ESMA, al fine di «assicurare l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'Unione», ha il potere d'adottare atti a contenuto, in principio, vincolanti per le autorità nazionali competenti (ex art. 16 reg. UE 1095/10 del 24 novembre 2010). Di conseguenza, l'attesa del rispetto da parte dell'autorità nazionale di indicazioni autovincolanti comunicate ai vigilati, risulta rinforzata nell'ipotesi in cui le ultime costituiscano atto di recepimento delle prassi raccomandate dall'amministrazione europea. Sul punto, si veda, RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation*, cit., p. 68, che intravede nel citato potere d'orientamento un atto di *soft regulation*, sovranazionale che acquista una valenza orientativa interna e, quindi, una rilevanza per i vigilati, grazie alla «mediazione» dell'autorità nazionale.

²⁴ Oltre alle indicazioni precedenti, si vedano anche M. VENTURUZZO, S. ALVARO, *I poteri di vigilanza e controllo della Consob*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, II, cit., p. 280 ss.

²⁵ Compito che viene assolto con strumenti ulteriori rispetto alle prerogative pubblicistiche, d'accertamento, ordine e sanzione. Infatti la legge attribuisce alla Commissione-per il conseguimento delle proprie finalità istituzionali- una speciale legittimazione ad adire il giudice ordinario. Con una disposizione che non aveva precedenti negli anni '70 del secolo scorso (art.

L'ampiezza delle situazioni in cui è previsto un potere d'intervento dell'autorità impone, per ragioni di spazio, il richiamo a titolo esemplificativo, senza pretesa di completezza, solo ad alcune delle sue prerogative.

Una prima ipotesi di regolazione penetrante può essere individuata nella disciplina dei c.d. mercati regolamentati, risultato d'una riforma della metà degli anni novanta del secolo scorso (d. lgs. 415/1996) che limitò l'intervento pubblico diretto e attribuì a soggetti privati prerogative che originariamente erano riservate all'amministrazione²⁶.

La c.d. privatizzazione dei c.d. mercati ufficiali, riservò, infatti, a società di diritto privato –partecipate da privati – l'organizzazione e la gestione di questa particolare forma di servizio agevolativo degli scambi di strumenti finanziari (art. 64 Tuf). Al superamento del modello dei mercati pubblici fece, peraltro, fronte una sostanziale implementazione della competenza normativa di Consob (art. 64, comma 4, art. 64-*bis*, comma 6, e 65, comma 2, Tuf), cui s'accompagnò l'attribuzione alla stessa d'un potere d'autorizzazione (art. 64-*quater*, comma 1, Tuf) e l'affidamento d'una funzione di vigilanza continuativa che si sviluppa tramite l'esercizio di poteri informativi (art. 62-*octies*, Tuf)²⁷, ispettivi (art.

6 d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136) -G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 136- la legge ammise Consob all'impugnazione delle delibere assembleari delle società vigilate di approvazione di bilanci predisposti non osservando i criteri di corretta redazione. Successivamente, la previsione –oggi confermata dal Tuf (art. 157, comma 2)- venne estesa a presidio dell'effettivo del rispetto di altri istituti, così consentendosi alla P.A. di ottenere un risultato che altrimenti le sarebbe stato precluso: l'eliminazione (reale) d'una determinazione associativa resa possibile o conseguente alla violazione delle regole dalla stessa presidiate. Il rimedio demolitorio è oggi esperibile dalla Commissione contro le delibere approvate in violazione d'obblighi primari attivi di diversa portata che la legge sanziona con la sospensione del diritto di voto, come nel caso di omissioni informative relative all'acquisto di partecipazioni rilevanti (art. 120, comma 5, Tuf), di mancata pubblicità dei patti parasociali (art. 122, comma 4, Tuf) o di omissione del lancio d'un'offerta pubblica imposta dalla legge (art. 110 Tuf). Ancora, la Commissione è legittimata a proporre al tribunale una denuncia ex art. 2409 cod. civ. -per provocare l'ispezione giudiziale- in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri di vigilanza del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, di società con titoli negoziati nei mercati regolamentati (art. 152, comma 1, Tuf), o di qualunque altra società sospettata di abusiva offerta di servizi d'investimento e di gestione del risparmio (art. 166, comma 3, Tuf).

26 M. SEPE, *Mercati finanziari e regolazione degli scambi*, in n AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. Pellegrini, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 493 ss.

27 Per la disposizione Consob -nell'ambito delle proprie competenze e nel perseguimento delle finalità previste dagli articoli 62, comma 1, e 62-*ter*, comma 1, Tuf- può: a) chiedere a chiunque la comunicazione, anche periodica, di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e nei termini da esse stabiliti; b) procedere ad audizione personale nei confronti di chiunque possa essere in possesso di informazioni pertinenti; c) richiedere ai revisori legali o alle società di revisione delle sedi di negoziazione di fornire informazioni.

62-*novies*, Tuf)²⁸, d'intervento e correttivi (art. 62-*decies*, Tuf)²⁹.

L'autonomia riconosciuta al gestore – che vede nella definizione del regolamento del mercato la sua principale manifestazione – deve rispettare i principi e le regole poste da Consob³⁰. La normativa dell'autorità, infatti, fissa le prescrizioni generali ed astratte tese a garantire la realizzazione d'un sistema di scambi idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori. Dunque, è la P.A. che traccia gli argini a quell'autonomia privata. Con le sue norme indirizza le società, che si candidano ad offrire i servizi di negoziazione, nell'elaborazione del loro regolamento del mercato che è quell'atto d'auto-organizzazione che, a sua volta, fissa modalità e termini nel rispetto dei quali si svolgerà l'attività imprenditoriale. È proprio la centralità di quell'atto d'autonomia privata – che regola anche i rapporti con coloro che si avvalgono del mercato regolamentato – che giustifica la soggezione alla vigilanza amministrativa e, quindi, è la ragione del potere della P.A. d'incidere, sia pur indirettamente ma, comunque, significativamente, sulle dinamiche delle nego-

28 Per la disposizione, Consob -nell'ambito delle proprie competenze e nel perseguimento delle finalità previste dagli articoli 62, comma 1, e 62-*ter*, comma 1, Tuf- può effettuare ispezioni e richiedere l'esibizione di documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari nei confronti dei gestori delle sedi di negoziazione e di coloro ai quali i gestori medesimi abbiano esternalizzato funzioni operative essenziali o importanti e al loro personale; richiedere ai soggetti incaricati della revisione legale dei conti dei mercati regolamentati di fornire informazioni e, quando sussistono particolari necessità e non sia possibile provvedere con risorse proprie, autorizzare revisori legali o società di revisione legale a procedere a verifiche o ispezioni per suo conto.

29 I poteri di intervento attribuiti a Consob dal primo comma risultano particolarmente ampi. Infatti -nell'ambito delle proprie competenze e nel perseguimento delle finalità previste dagli articoli 62, comma 1, e 62-*ter*, comma 1, Tuf- può: a) pubblicare sul proprio sito internet avvertimenti al pubblico; b) intimare ai gestori delle sedi di negoziazione di non avvalersi, nell'esercizio della propria attività e per un periodo non superiore a tre anni, dell'attività professionale di un soggetto ove possa essere di pregiudizio per la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni, la tutela degli investitori e l'efficienza complessiva del mercato; c) disporre la rimozione di uno o più esponenti aziendali del gestore di un mercato regolamentato ovvero, sentita l'altra autorità, della Sim o della banca italiana che gestisce un sistema multilaterale di negoziazione o un sistema organizzato di negoziazione, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio al perseguimento delle finalità previste dagli articoli 62, comma 1, e 62-*ter*, comma 1, Tuf; d) ordinare, anche in via cautelare, a chiunque -«inclusi gli operatori, diversi dai soggetti abilitati, ammessi alle sedi di negoziazione, anche come partecipanti remoti»- a cessazione temporanea o permanente di pratiche o condotte contrarie alle disposizioni della Parte III del Tuf. In fine, il secondo comma, abilita la Commissione ad adottare, in caso di necessità ed urgenza «ogni misura idonea al mantenimento di ordinate condizioni di negoziazione sui mercati regolamentati, sui sistemi multilaterali di negoziazione e sui sistemi organizzati di negoziazione».

30 F. ANNUNZIATA, *La disciplina*, cit., p. 272 ss.; ID, *Le società di gestione dei mercati regolamentati*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, II, cit., p. 1088 ss. e spec. 1100 ss.

ziazioni³¹.

Mutando campo, altro esempio di regolazione indiretta di “tipo forte”, realizzata interagendo con un soggetto privato, è ravvisabile in quella svolta da Consob sull’Organismo di vigilanza e tenuta dell’albo unico dei consulenti finanziari (art. 31, comma 4, Tuf) che, a partire dal 1 dicembre 2018³², ha progressivamente assunto tutte le funzioni di vigilanza sui soggetti abilitati ad operare fuori sede. Qui Consob esercita un’azione d’indirizzo e controllo su d’un ente cui la legge ha trasferito funzioni che le erano originariamente assegnate e, tra queste la tenuta degli albi cui devono essere iscritti i consulenti, la verifica delle condizioni di ammissione e permanenza dell’iscrizione, il controllo sulla correttezza dei comportamenti e, da ultimo, l’esercizio della potestà sanzionatoria.

Similmente a quanto è previsto per i mercati, la Commissione è chiamata a svolgere un’azione che ha una dimensione “plurilivello”. È il suo regolamento che definisce le disposizioni, i principi e i criteri cui devono improntarsi pressoché tutte le attività ricomprese tra le funzioni dell’Organismo (art. 30-*bis*, comma 6, Tuf). Consob, ancora, vigila sulla adeguatezza delle procedure interne dell’Organismo e sull’effettivo ed appropriato svolgimento dei compiti affidati (art. 31-*bis*, Tuf), potendo avvalersi di potestà conoscitive, ispettive e, eventualmente, autoritative/correttive (art. 142 ss. reg. intermediari). La Commissione, infatti, può: richiedere informazioni al soggetto vigilato; prescrivere misure “riparatorie” e, al limite, disporre la rimozione di uno o più componenti degli organi di amministrazione e controllo dell’Organismo in caso di riscontrata grave

31 Il controllo che Consob svolge in sede autorizzatoria è molto ampio in quanto funzionale a verificare se il gestore si è dotato di una disciplina conforme alla normativa UE direttamente applicabile ed a quella del Tuf, come attuata in via regolamentare, e, ancora, sia idonea a garantire la trasparenza del mercato, l’ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori (art. 64-*quater*, comma 2, Tuf). Una verifica puntuale è, poi, svolta sul regolamento del mercato per riscontrare se lo stesso fissi in modo appropriato e corretto (art. 64-*quater*, comma 4, Tuf): a) le condizioni e le modalità di ammissione alle negoziazioni e di esclusione e sospensione dalle negoziazioni degli operatori; b) le condizioni e le modalità di ammissione alla quotazione e alle negoziazioni e di esclusione e sospensione dalla quotazione e dalle negoziazioni degli strumenti finanziari; c) le condizioni e le modalità per lo svolgimento delle negoziazioni e gli eventuali obblighi degli operatori e degli emittenti; d) le modalità di accertamento, pubblicazione e diffusione dei prezzi; e) i tipi di contratti ammessi alle negoziazioni nonché i criteri per la determinazione dei quantitativi minimi negoziabili; f) le condizioni e le modalità per la compensazione e il regolamento delle operazioni concluse sui mercati; g) le modalità di emanazione delle disposizioni di attuazione del regolamento da parte del gestore.

32 Deliberazione Consob del 20704 del 15 novembre 2018, in *www.consob.it*.

inosservanza dei loro doveri legali o statutari o per comprovata inadeguatezza nell'esercizio delle funzioni (art 31-*bis*, comma 6-7, Tuf)³³.

Non meno rilevante è l'attività di regolazione esercitata dalla Commissione all'esito dei procedimenti autorizzativi di propria competenza, come nel caso in cui le sia richiesto il rilascio del nulla osta alla pubblicazione di un prospetto informativo. In quest'ipotesi Consob "filtra" la "fattibilità" ³⁴ dell'iniziativa privata, il cui avvio è subordinato al suo assenso³⁵.

Per tutelare preventivamente gli investitori e l'efficienza del mercato dei capitali (art. 91 Tuf) la P.A. verifica, nel concreto, se la documentazione sottoposta al suo esame raccoglie un insieme d'elementi sufficienti e comprensibili, tali da consentire agli oblati «una valutazione con cognizione di causa» dei rischi, delle prospettive, dei benefici e dello strumento proposto con l'operazione (art. 94-*bis* comma 1, Tuf). Il nulla osta finale, quindi, è il risultato d'un'istruttoria complessa nel corso della quale l'amministrazione può chiedere correzioni o integrazioni alle bozze di prospetto, al fine di renderlo idoneo veicolo di diffusione «di tutte le informazioni che a seconda delle caratteristiche dell'offerente o dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti siano rilevanti per un investitore»³⁶.

Il conseguimento dell'autorizzazione non conclude l'attività dell'amministrazione e dunque gli spazi regolatori alla stessa attribuiti. Infatti, il rilascio del nulla osta segna l'avvio d'un'azione di vigilanza che prosegue per tutto il periodo di validità dell'offerta di vendita o sottoscrizione e che si protrae anche dopo la sua conclusione.

La Commissione, infatti, è incaricata d'assicurare il rispetto di quelle re-

³³ La Commissione, peraltro, s'è riservata una vera e propria funzione di controllo di legittimità sugli atti relativi all'iscrizione, cancellazione e reinscrizione all'albo. La disciplina subrimaria elaborata dall'autorità prevede che l'interessato può darvi impulso presentando un reclamo il cui effetto ultimo –in caso di fondatezza- può essere quello d'obbligare l'Organismo alla modifica o revoca della determinazione contestata (art. 144 Reg. Intermediari).

³⁴ Intendendosi come verifica della sussistenza delle condizioni fissate dalla normativa per l'avvio dell'operazione.

³⁵ Sui poteri di controllo del prospetto, si veda F. ANUNZIATA, *La disciplina*, cit., p. 380 ss.; M. PALMIERI, *Offerte al pubblico e sollecitazioni*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, II, cit., p. 1297 ss.

³⁶ Verifica approfondita ma, comunque, limitata alla completezza, coerenza ed intellegibilità delle informazioni tipizzate, che devono essere incluse nel prospetto. Dottrina e giurisprudenza – Cass., 16 aprile 2024, n. 1653, in *De Jure* – infatti, escludono che il controllo si estenda anche alla veridicità delle notizie incluse nei documenti inviati all'amministrazione e che, quindi, possano prospettarsi eventuali responsabilità extracontrattuali dell'ultima, verso gli investitori, per l'eventuale pubblicazione di prospetti contenenti informazioni, false od errate.

gole –dalla stessa dettate (art. 95 Tuf)– di correttezza e trasparenza dello svolgimento dell’operazione, concepite per dar concretezza al principio di parità di trattamento degli investitori sancito dalla legge (art. 92 Tuf). L’effettività dell’osservanza di quelle disposizioni, invero, è garantita attribuendole dei significativi poteri di condizionamento della condotta dell’offerente. Infatti, l’amministrazione è dotata di prerogative di indagine ed intervento che spaziano dalla richieste di informazioni (art. 97 e art. 98-*quinquies*, Tuf) a quella di sospendere l’operazione o, addirittura, vietarla, se, rispettivamente, emerga un fondato sospetto di violazione della normativa o ne risulti accertata la trasgressione (art. 99 Tuf).

Rimanendo in tema di iniziative dirette ad una moltitudine di investitori, una speciale ipotesi di regolazione – destinata ad incidere questa volta sul contenuto di una proposta contrattuale – è quella che Consob realizza quando impiega quei poteri “correttivi” che le consentono di modificare il prezzo d’un’offerta pubblica totalitaria (art. 106 Tuf). La Commissione – al ricorrere di certe condizioni previste dalla legge e precisate dal proprio regolamento (artt. 47-*ter* – 47-*novies* Reg. Emittenti)- può aumentare o ridurre il corrispettivo che la legge vuole sia proposto con l’opa obbligatoria (art. 106, comma 2, Tuf)³⁷ per garantirne la sostenibilità e la correttezza. Dunque, le è consentito –con un provvedimento dispositivo di “rettifica”- stabilire che non debba pagarsi agli oblati il “prezzo più alto” se accerta una situazione che ne esclude l’idoneità a contemperare le esigenze di chi acquista e chi vende od a soddisfare l’interesse più meritevole di protezione³⁸.

La Commissione, con provvedimento motivato, a richiesta dell’obbligato (art. 47-*bis* Reg. Emittenti), può disporre che l’offerta sia promossa ad un prez-

³⁷ Per comodità di lettura si riporta l’art. 106, comma 2, Tuf «Per ciascuna categoria di titoli, l’offerta è promossa entro venti giorni a un prezzo non inferiore a quello più elevato pagato dall’offerente e da persone che agiscono di concerto con il medesimo, nei dodici mesi anteriori alla comunicazione di cui all’articolo 102, comma 1, per acquisti di titoli della medesima categoria. Qualora non siano stati effettuati acquisti a titolo oneroso di titoli della medesima categoria nel periodo indicato, l’offerta è promossa per tale categoria di titoli ad un prezzo non inferiore a quello medio ponderato di mercato degli ultimi dodici mesi o del minor periodo disponibile. Il medesimo prezzo si applica, in mancanza di acquisti a un prezzo più elevato, in caso di superamento della soglia relativa ai diritti di voto per effetto della maggiorazione ai sensi dell’articolo 127-*quinquies*».

³⁸ Per l’esame delle ipotesi in cui Consob può esercitare il potere di rettifica, si veda C. MOSCA, *Le opa obbligatorie*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, II, cit., p. 1423 ss.

zo inferiore se accerta che i prezzi di mercato sono stati influenzati da eventi eccezionali, vi sia il fondato sospetto che siano stati oggetto di manipolazione od, ancora, che il prezzo più alto da tener come riferimento sia stato determinato da operazioni poste in essere dall'obbligato nell'ambito della propria attività d'impresa o sia riferito ad operazioni irrilevanti rispetto all'obbligo d'offerta (art. 106, comma 3, lett. c, n. 1-2, Tuf).

All'amministrazione, dunque, spetta il compito di far sì che l'entità dell'obbligo di pagamento non venga determinato o condizionato da operazioni non "collegabili" all'obbligato e, in particolare, ad una sua presunta intenzione di riconoscere selettivamente a taluni un plusvalore corrispondente ad una frazione del premio di controllo.

La Commissione, con provvedimento motivato, ove sia necessario per la tutela degli investitori, può rettificare il corrispettivo in aumento, invece, quando accerti che il prezzo cui deve essere lanciata l'offerta è inferiore a quello effettivamente riconosciuto, anche in precedenza, a singoli venditori o, comunque, sia stato condizionato da operazioni di manipolazione di mercato (art. 106, comma 3, lett. d, n. 1-2 e 4, Tuf).

La Commissione, quindi, con il proprio intervento mira a neutralizzare gli effetti di quelle iniziative degli obbligati, che –discriminando gli investitori, in violazione del principio di parità di trattamento- sono finalizzate a comprimere l'entità dell'obbligo dei primi³⁹.

Altra particolare manifestazione dell'azione di regolazione di Consob può essere indicata in quella con cui l'amministrazione, secondo la terminologia europea, «istituisce» le c.d. «pratiche di mercato ammesse» (art. 13, par. 2, reg. UE 596/2014 del 16 aprile 2014).

39 Per la natura compensativa correttiva della rettifica del prezzo d'offerta, si veda Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale, «Sul presupposto che una condotta manipolativa abbia alterato il prezzo del titolo su un mercato finanziario, oppure abbia modificato la percezione del suo valore da parte degli agenti sul mercato, l'ordinamento intende tutelare il principio generale in base al quale tutti gli investitori devono operare in condizioni di uguaglianza sotto il profilo della conoscenza del meccanismo di fissazione del prezzo e della conoscenza delle origini delle informazioni pubbliche, a tal fine sterilizzando le conseguenze negative dell'altrui condotta abusiva». Perciò la «"collusione accertata" tra l'offerente e uno o più venditori, da cui "emerge il riconoscimento di un corrispettivo più elevato di quello dichiarato dall'offerente" (...) consente alla Consob, ai sensi dell'articolo 106, comma 3, lettera d), numero 2), del TUF, di rettificare in aumento il prezzo dell'offerta», impedendo che «un accordo, o comunque di un'intesa in senso lato, volta a perseguire l'obiettivo di eludere le norme che presidiano la formazione del prezzo dell'OPA» possano produrre un qualche effetto.

Con questo tipo di determinazioni la Commissione individua delle condotte che, per caratteristiche e/o contesto in cui sono attuate, non ricadono nell'ampio divieto di manipolazione dei mercati (art. 180, comma 1, lett. c, Tuf), inteso come insieme di iniziative che danno luogo alla diffusione di notizie o integrano contegni che possono incidere anche in modo potenziale sul prezzo degli strumenti finanziari negoziati su sistemi di scambio riconosciuti o sull'andamento di altri indici (art. 12, reg. UE 596/2014).

Consob, previa verifica della natura inoffensiva della prassi esaminata – della sua inidoneità a porre in pericolo o ledere il bene protetto⁴⁰ – ne riconosce la legittimità, con conseguente sottrazione alle sanzioni altrimenti applicabili⁴¹.

In fine, tra le tante manifestazioni della regolazione Consob è da menzionare quel suo intervento che si sviluppa tramite la sperimentazione di prescrizioni particolari, che delineano «ambiti circoscritti» ove i vigilati possono porre in essere condotte non previste dalla normativa preesistente o con esse non sicuramente compatibili, in quanto dalla prima espressamente autorizzati e monitorati con continuità. È questo il caso della c.d. *sandbox* regolamentare⁴², considerata espressione d'una forma di collaborazione procedimentale tra amministrazione ed istante che prende avvio per impulso del privato⁴³.

L'accoglimento della domanda comporta l'emissione di un nulla osta che abilita all'assunzione di condotte che trovano una loro certa ma temporanea copertura nello stesso provvedimento amministrativo⁴⁴, la cui duplice e concor-

40 F. ANNUNZIATA, *La disciplina*, cit., p. 496-497.

41 L'art. 185, comma 1-bis, Tuf esclude la punibilità per manipolazione del mercato di chi ha «commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell'articolo 13 del regolamento (UE) n. 596/2014». Il successivo art. 187-ter, comma 4, prevede che «non può essere assoggettato a sanzione amministrativa ai sensi del presente articolo chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato».

42 M. CLARICH, *Manuale*, cit. p. 100. Sul tema si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I nuovi strumenti regolatori*, in AA. VV., *Il testo unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, I, cit., p. 29 ss.

43 Cfr. M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2024, p. 651 ss.

44 L'art. 10, reg. Consob Regolamento «recante la disciplina dei procedimenti per l'emanazione dei provvedimenti individuali previsti dal Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 30 aprile 2021» prevede che «Con il provvedimento di ammissione alla sperimentazione la Consob può prevedere la deroga, anche parziale, a disposizioni adottate nell'esercizio delle proprie funzioni regolamentari ovvero ad orientamenti di vigilanza o altri atti di carattere generale adottati nell'esercizio delle funzioni istituzionali secondo quanto previsto dall'articolo 36, comma 2-sexies, del decreto-legge n. 34 del 2019».

rente ragione è quella di consentire la ricerca di soluzioni disciplinari nuove e tutelanti per gli investitori senza “sconvolgere” il quadro vigente.

4. L'espansione della regolazione Consob come conseguenza della valorizzazione delle sue finalità istituzionali

Chi si interroga sulle cause della crescita dell'influenza della Commissione potrebbe essere tentato di indicarne la ragione diretta od indiretta nell'intensificazione della produzione legislativa, tanto interna quanto europea.

A ben guardare, però, l'espansione della regolazione Consob non deriva unicamente dal continuo accrescimento normativo delle sue attribuzioni e dalla corrispondente crescita della possibilità di ricavare dal primo nuovi poteri impliciti in quanto connessi o strumentali rispetto a quelli previsti dalla legge⁴⁵. Infatti, quel “moto incrementale” è spinto da una giurisprudenza che indulge nel riconoscere alla Commissione la spettanza di poteri innominati, nella misura in cui appaiano funzionali alla realizzazione delle finalità generali che la legge assegna a quest'ultima e non a poteri specifici ed espressi⁴⁶.

Il giudice amministrativo, prima, costruisce le funzioni della Commissione

⁴⁵ La giurisprudenza sulle autorità di regolazione, come è noto, ammette che dal potere espresso possa ricavarsi un potere implicito in quanto “ricompreso” o “strumentale” rispetto al primo ed individua in quelle due condizioni il limite a tale espansione. Così è giunta ad escludere la legittimità d'una determinazione di A.E.E.G.S.I. con cui l'amministrazione disponeva a carico del destinatario del suo atto –ed in favore di terzi– un obbligo di pagamento perché quel provvedimento non risultava riconducibile ad alcun potere espressamente conferito alla prima. Per Cons. Stato, sez. II, 30 agosto 2024 n. 7312, in www.giustizia-amministrativa.it, nel confermare un proprio precedente ribadisce che deve essere «(...) attentamente circoscritta l'ammissibilità della categoria dei poteri c.d. impliciti, fondati cioè sulla base di una previsione legislativa che solo 'implicitamente' li preveda, in quanto legati da un nesso di strumentalità con il potere esplicito. Nella sua assolutezza, tale linea interpretativa – nella misura in cui ritiene di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati – va respinta per le stesse ragioni indicate sopra. Con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto conformativo, ablatorio e sanzionatorio, non è possibile superare la valenza costituzionale del principio di sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione. Di attribuzioni implicitamente conferite può parlarsi soltanto con riferimento ai poteri 'strumentali' sussumibili nello stesso "spazio" giuridico del potere 'principale', situati cioè all'interno dei confini individuati dalla norma attributiva, in ordine a: interesse pubblico perseguito; punto di incidenza materiale; soggetti destinatari; tipo e grado di incisione delle posizioni giuridiche soggettive" (in tema di poteri impliciti afferente all'ambito tecnico della regolazione, v. anche: Cons. Stato, sez. II, n. 10188 del 28 novembre 2023)».

⁴⁶ In termini, per quanto riguarda una determinazione di Agcom recante un ordine che non trovava copertura in alcuna disposizione normativa, si veda, Cons. Stato, sez. VII, 2 gennaio 2024, n. 39, in www.giustizia-amministrativa.it. Il giudice respinge il ricorso contro il provvedimento perché reputa che quello trovi giustificazione nelle indicazioni della normativa interna ed europea, in quanto strumento necessario a garantire un'effettiva tutela dei consumatori e degli utenti.

ne operando (o dando per compiuta) una sintesi di tutte le disposizioni e principi normativi di settore e, poi, individua nel risultato di quella sintesi la base sufficiente per la conferma della correttezza dell'esercizio di ogni prerogativa atipica.

All'evidenza, però, il ragionamento non persuade. Infatti, l'ampio rinvio ad un insieme indeterminato di documenti normativi fa apparire priva di consistenza l'operazione di sintesi della funzione e, quindi, come la delineazione del suo contenuto abbia un carattere assiomatico. Quest'ultimo carattere negativo, ulteriormente, porta a dubitare del corollario che si vuol trarre in termini di spettanza d'ogni potere innominato nella misura in cui questo sia strumentale alla realizzazione delle finalità della P.A.

Lascia perplessi, poi, tanto il risultato quanto il modo con cui si realizza la delineata espansione regolatoria. L'adesione a quell'impostazione rende, infatti, gli spazi d'intervento della P.A. sostanzialmente indefiniti. La legge e, più in generale, il quadro normativo risulta privo della forza di tracciare confini per essere destinato solo a tratteggiare lo sfondo od a descrivere il terreno in cui si muove l'amministrazione indipendente impegnata nella tutela dei beni che deve proteggere.

L'espansione si giustifica perché, secondo quell'impostazione, il bisogno viene prima della legge perché quello deve ricevere una protezione sostanziale, efficace e continuativa che non può essere limitata dalla seconda, tanto più quando entra in gioco un bene costituzionalmente tutelato come il risparmio (art. 47 Cost.)⁴⁷.

47 Può dirsi ormai pacifico che, l'art. 47 Cost.- originariamente pensato per la disciplina del credito- comprenda il risparmio in tutte le sue forme e, dunque, elevi ad oggetto di tutela tanto quello bancario quanto quello assicurativo, previdenziale e mobiliare/finanziario, Cfr. S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 47. Da tempo, la dottrina, peraltro, sottolinea come la "laconicità" del primo comma della disposizione, non consenta di sostenere letture riduttive della sua portata e, dunque, la copertura del solo il canale bancario. Si ritiene, infatti, che i riferimenti al credito contenuti nel secondo periodo del primo comma dell'articolo -che contemplano specifici controlli- non sono idonei a comprimere l'apertura ad una tutela di ogni immobilizzazione di ricchezza accumulata e reinvestita in funzione di far fronte a bisogni futuri. Sul punto si vedano, G. LORASCHI, *Credito e risparmio: l'art. 47 della Costituzione*, in AA. VV., *La Costituzione economica, Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Milano, Il Sole24 Ore, 1985, p. 199 e G. VISENTINI, *Il risparmio e il credito nella Costituzione (art. 47)*, *ivi*, p. 254-255. La Corte costituzionale, peraltro, non dubita che la protezione dell'art. 47 Cost, sia ad ampio spettro e dunque si estenda anche al risparmio assicurativo. Infatti, muovendo da quel presupposto ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione legislativa che prevedeva un termine di decadenza irragionevolmente breve per l'esercizio dei diritti derivanti dai contratti d'assicurazione sulla vita. Cfr. Cort. cost., 29

Il connubio tra svalutazione della normativa e sopravvalutazione del bisogno, consente di ritenere affidata alla P.A. la scelta libera dei mezzi da impiegare per assolvere i propri compiti.

Il percorso espansivo delineato, per quanto concerne Consob, risulta ben documentato da una sentenza del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, sindacando la legittimità d'una comunicazione che dichiarava l'esistenza d'una situazione di controllo azionario di fatto su Telecom S.p.A. e ne enucleava una autonoma nozione⁴⁸, ha concluso per la spettanza all'amministrazione resistente d'un potere accertativo dichiarativo assolutamente innominato perché neppure indirettamente evincibile da altre norme espresse⁴⁹.

Rinviando ad altra sede i dubbi sulla tenuta del ragionamento⁵⁰ – ribadita la preferenza per l'opinione di chi ritiene che la copertura normativa deve estendersi tanto alla previsione del potere quanto alle modalità e condizioni del suo esercizio⁵¹ – è utile sintetizzare il percorso che conduce il magistrato a libe-

febbraio 2024, n. 32 (par. 8 considerazioni in diritto), in *www.cortecostituzionale.it*. E', peraltro, da segnalare come, di recente, non siano mancate proposte interpretative evolutive disposizione costituzionale tese a rinvenire nella stessa una base forte a tutela dell'accumulazione "non speculativa", Cfr. A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *Questa rivista*, n. 1, 2017, p. 349 ss. Per una riconsiderazione del ruolo della disposizione costituzionale e del modo e limiti di sua attuazione a fronte della disciplina UE, si veda, R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47, Banca impr. e soc.*, 2018 (3), p. 393 ss.

48 Comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017, «Telecom Italia S.p.A. – Qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.A. ai sensi della disciplina in materia di operazioni con parti correlate, dell'art. 2359 del codice civile e dell'art. 93 del d.lgs. n. 58/1998 ("TUF")», in *www.consob.it*.

49 Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

50 Le cui perplessità ho esposto nel mio, *Natura "provvedimentale" delle comunicazioni atipiche "qualificatorie" di Consob e condizioni necessarie per il valido esercizio del relativo del potere*. Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 3, p. 389 ss.

51 In tal senso, G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Riv. reg. dei mercati*, 2017, 270. Per una più ampia considerazione del tema è, altresì, d'obbligo rinviare a G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss. e, con riguardo ai poteri ad incidenza puntuale, spec. p. 734. In tal senso si veda, con riguardo ad una determinazione innominata di A.R.E.R.A., anche Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2021, n. 5490, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui «(...) la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi a che da un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto, in virtù del quale "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa" (Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011). Per le stesse ragioni, deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione ab externo sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa». La lettura delle sentenze, però, suscita l'impressione che l'adesione

rare l'attività di regolazione dai vincoli di legge⁵².

Idealmente il “cammino” può suddividersi in tre tappe anche se, tendenzialmente, ciascuna pare idonea, per la sua assolutezza, a sostenere quello «sganciamento» della regolazione dalla legge.

La prima tappa⁵³ può farsi coincidere con la valorizzazione della vocazione tecnico specialistica ed imparziale di Consob. Connotazione complessiva che attribuirebbe alle prese di posizione della Commissione un valore obiettivo⁵⁴, appunto, per il fatto della loro provenienza e dalla circostanza d'essere oggetto

all'impostazione più rigorosa della legalità da parte dei giudici segua un motto pendolare. Infatti, pare che affermino la necessità del reperimento d'una normativa dettagliata sul potere quando quella sia a “portata di mano” e, dunque, possono respingere il ricorso. Diversamente, per salvare la determinazione impugnata, ricorrono alla teoria dei poteri impliciti (nella sua versione più o meno spinta), quando il dato letterale non offre basi espresse.

52 E, dunque, ad abbandonare la contraria impostazione che richiedeva la tipizzazione dei poteri capaci di incidere su situazioni costituzionalmente garantite, seguita da una più risalente giurisprudenza. Espressione di quest'ultimo filone di pensiero, ormai minoritario, si possono rinvenire in T.A.R. Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in *Foro amm.*, T.A.R., 2002, p. 1898 ss., ove viene sottolineata la necessaria corrispondenza tra poteri amministrativi e previsioni normative ed escluso che l'esigenza di garantire la miglior soddisfazione degli interessi rimessi alla cura dell'amministrazione possa giustificare l'esercizio di poteri innominati. Negli stessi termini, in riferimento ad una determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, si veda anche, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6761, in *Foro amm.*, C.d. S., 2003, p. 2997; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 5003, in www.giustizia-amministrativa.it.

53 G. ROMAGNOLI, *Natura “provvedimentale” delle comunicazioni atipiche “qualificatorie” di Consob*, cit., p. 390-391 e p. 394-396.

54 Si deve, peraltro, ricordare che la giurisprudenza ha, da tempo, fatto propria quella impostazione. Infatti, su quella base venne ritenuto ammissibile un ricorso contro una comunicazione della Consob inviata ai sindaci d'una banca popolare con cui veniva sollecitato l'adeguamento dello statuto all'art. 148, comma 2, TUF, invitandoli ad attivarsi per l'approvazione di clausole che assicurassero ai soci di minoranza l'elezione di almeno uno dei componenti effettivi dell'organo di controllo, T.A.R. Lazio 18 maggio 2001, n. 4191, in *Foro it.*, 2001, III, c. 437. Nel considerare l'aspetto relativo all'impugnabilità della nota il tribunale ricorda «(...) come già in un caso analogo (ord. 21 ottobre 1999, n. 2964 sulla c.d. passivity rule richiamata dall'interventrice), atti del genere considerato, pur non integrando la figura tradizionale del provvedimento amministrativo, costituiscono, in ogni caso, dei pronunciamenti idonei ad incidere sulla sfera giuridica della società che ne è destinataria, vincolandone giuridicamente la condotta (salva la possibilità di fatto della medesima di discostarsene, e salvi, in tal caso, i controlli giurisdizionali di volta in volta appropriati alle susseguenti misure della Consob). Questi pronunciamenti, infatti, costituiscono espressione di un potere prescrittivo che non è riconducibile in alcun modo all'autonomia – o comunque ad una posizione d'autorità – fondata sul diritto privato, ma risale pur sempre ad una posizione di supremazia pubblicistica. L'interpretazione seguita attraverso la nota impugnata, in particolare, non è contenuta in una sorta di “parere” reso al soggetto privato (non potendo ascrivere alla Consob- almeno in questa materia- mere funzioni consultive), ma è stata imposta al medesimo nel modo tipico di una manifestazione di volontà, della quale, del resto, presenta le forme espressive. La nota in questione, inoltre, non è un atto meramente preparatorio bensì costituisce un provvedimento a sé stante produttivo d'effetti giuridici esterni consistenti in un obbligo d'adeguamento (...)». Ancora, per T.A.R. Lazio 26 novembre 2002, n. 10709, in www.giustizia-amministrativa.it, gli atti quali le comunicazioni, pur non integrando la figura tradizionale del provvedimento amministrativo, sono espressione di una posizione di supremazia pubblicistica come tale sempre idonea ad incidere sulla sfera di interessi di soggetti che operano nell'ambito

di comunicazione o pubblicazione.

In particolare, per il giudice, quel peculiare potere accertativo dichiarativo che si esprime nella comunicazione impugnata costituirebbe una prerogativa immanente dell'autorità e, quindi, sussisterebbe anche nel silenzio della legge. Si giustificerebbe, infatti, per la sua riconducibilità alle funzioni istituzionali. La creazione di certezze notiziali concorrerebbe a realizzare le finalità che il legislatore assegna all'amministrazione di settore cui è affidato il compito di garantire il corretto funzionamento del mercato finanziario a tutela dell'interesse generale degli investitori e dei risparmiatori.

Una seconda tappa⁵⁵ può farsi corrispondere al passo della sentenza con cui il giudice "corrobor" la sua affermazione riconducendo il potere accertativo innominato alla funzione di regolazione dei mercati. Dunque, ricomprende questa prerogativa nell'insieme di quelle tramite cui si attua la regolazione indipendente. Cioè in un'azione ampiamente intesa che ha nei mercati il proprio terreno elettivo di applicazione, per essere concepita al fine di orientare e correggere «*ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti*» e che, ulteriormente non permettono di chiedere alla legge, come integrata dai principi del diritto amministrativo, di definire con esattezza sia l'ampiezza del potere che i criteri del suo esercizio.

Se si va oltre la prima impressione, ci si accorge, come anticipato, che il giudice «scolora» il ruolo della legge perché le caratteristiche di contesto, secondo lui, necessariamente impongono di intendere il principio di legalità in modo (assolutamente) debole. Cioè come parametro volto ad assicurare la mera fun-

dell'ordinamento di "settore". Per il Tribunale, testualmente, «*si tratta, infatti, di manifestazioni di giudizio, racchiudenti per lo più valutazioni di discrezionalità tecnica che, pur non avendo di solito una forza giuridica tale da abilitarle a conformare in modo cogente la sfera degli operatori, hanno comunque, in ragione del loro contenuto di accertamento, una propria capacità di incidere sui rapporti economici. Assistite da una presunzione di legittimità di particolare spessore, in ragione della competenza tecnica dell'organo da cui promanano, esse esprimono un punto di vista qualificato ed imparziale che esplica proprio la funzione prevista dalla legge (art. 91 Tuf) di tutelare l'investitore orientandolo: creano, quindi, una certezza di tipo notiziale che però, nel peculiare contesto in cui sono destinate a circolare, il quale deve rendere possibili transazioni e decisioni con la necessaria rapidità e continuità, presenta la caratteristica d'essere giuridicamente affidante (nel senso che gli operatori e gli investitori sono autorizzati a riporvi affidamento), alla stregua di quanto accade nella comune vita sociale per le certezze legali assistite da fede privilegiata (che sono annoverate dalla dottrina, non a caso, tra le manifestazioni dell'autorità, per quanto suscettibili anch'esse di dissolversi in caso di difforme accertamento giurisdizionale)*».

⁵⁵ G. ROMAGNOLI, *Natura "provvedimentale" delle comunicazioni atipiche "qualificatorie" di Consob*, cit., p. 398-399.

zionalizzazione delle iniziative della P.A. agente perché in taluni “settori”, quali quelli dei mercati finanziari, risulterebbe «oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere (...) il contenuto del provvedimento amministrativo»⁵⁶.

La terza tappa⁵⁷, in fine, può corrispondere a quel passaggio della motivazione in cui si sgancia l'attribuzione del potere dal contesto normativo. Ove è reputato sufficiente per il riconoscimento della attribuzione del potere una sua qualche strumentalità alla realizzazione d'un fine assai ampio, per essere ricavabile dall'insieme “indefinito” di tutte le norme positive. Da una massa di dati che il giudice “confessa” di non poter elencare⁵⁸, ma che, comunque, mirano a garantire «la tutela degli investitori» e la «efficienza» e «trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali»⁵⁹.

Quest'ultima tappa renda palese lo sganciamento assoluto della regolazione dalla legge. Infatti, con l'argomentazione finale si supera anche l'ultima condizione minima – rappresentata dal legame tra legge ed azione amministrativa – che richiede che l'atto, come/quale espressione di regolazione, possa dirsi strumentale rispetto ad un fine predefinito da una fonte normativa esterna alla P.A.⁶⁰ Infatti, il modo con cui il giudice individua la funzione dell'amministrazione risulta privo di qualunque forza limitativa, perché ricostruibile dalla stessa P.A. “a proprio uso e consumo” per dare copertura, in tesi, ad ogni suo possibile intervento. Se l'amministrazione è abilitata ad individuare il proprio fine o, se si vuole, la composizione dei propri fini, le si conferisce la possibilità di fare tutto e l'esatto contrario. Così, la prevalenza che la P.A. ritiene d'accordare alla tutela dell'investitore, le consente di legittimare un potere “prescrittivo/accertativo” nuovo o più stringente nei confronti di chi offre occasioni di investimento. Viceversa, l'opposta preferenza per un bene/fine pariordinato, quale il buon funzionamento dei mercati dei capitali, le consente di giustificare iniziative di segno opposto, nell'immediato meno “protettive” degli investitori e dei rispar-

56 Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.1.1.

57 G. ROMAGNOLI, *Natura “provvedimentale” delle comunicazioni atipiche “qualificatorie” di Consob*, cit., p. 400.

58 Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.1.1.

59 Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.2.

60 Ribadisce, a conclusione del suo studio, la necessità che l'azione delle autorità indipendenti sia compresa negli spazi riservati dalla legge ancorché quella attribuisca loro un'ampia potestà di operare apprezzamenti tecnico economici, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione*

miatori⁶¹.

5. La compensazione procedimentale dell'arretramento della legalità sostanziale tra affermazione e dubbi

La pronuncia sulla comunicazione Telecom – come altra giurisprudenza sulle autorità⁶² – giustifica l'apertura sistemica al potere innominato – e la relativa caduta della legalità sostanziale – con la compensazione realizzata dalla legalità procedurale il cui rigoroso rispetto garantirebbe la compatibilità costituzionale delle prerogative implicite. Le regole d'azione – ordinando un rapporto procedimentale in cui si sviluppa un confronto tra P.A. ed il destinatario degli effetti delle determinazioni future – consentirebbero la realizzazione di un «controbilanciamento dinamico» dei vuoti della legge e della sua difficoltà «di predeterminare in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità»⁶³.

Ciò detto, però, la sentenza non manifesta una fiducia assoluta in quella

indipendente dei mercati, cit., p. 198 ss.

61 Come rilevavo – G. ROMAGNOLI, *Natura "provvedimentale" delle comunicazioni atipiche "qualificatorie" di Consob*, cit., p. 390-391 e p. 403-404 – lo sganciamento della regolazione dalla legge, non può essere neppure indirettamente temperato dal riferimento incidentale compiuto dal Consiglio di Stato alla natura tecnica della regolazione amministrativa, supponendo che quella consenta di reperire dei parametri di definizione delle condizioni di esercizio del potere innominato che il giudice ritiene comunque spetti all'autorità. Infatti, non è possibile indicare nella tecnica la fonte univoca di integrazione della legge (comunque la si voglia individuare) per almeno due ragioni. In primo luogo, come rilevato in dottrina – E. CAROLONI, *Le verità amministrative*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 150 ss. – l'impiego delle regole tecniche risulta fortemente condizionato da una ineliminabile e consistente componente ermeneutica conseguente alla formulazione delle disposizioni normative tramite concetti giuridici indeterminati. In secondo luogo, può dirsi acquisito – F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. del dir., Agg. II*, Milano, 2009, p. 471 ss. – che non è possibile derivare dalla tecnica una conseguenza necessaria poiché il più delle volte non esiste un vincolo rigoroso alla scelta dei criteri d'analisi e valutazione. Le certezze, infatti, sono escluse quando entra in gioco la c.d. discrezionalità tecnica, cioè, quando la determinazione concreta è il risultato dell'applicazione di parametri che portano a risultati non coperti da "certezze scientifiche" assolute che conducono a conclusioni che la prevalente giurisprudenza reputa per lo più limitatamente sindacabili. Sul limite della sindacabilità delle scelte a connotazione tecnica della P.A., tra le tante, pronunzie si veda, Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6696, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una considerazione del tema, in dottrina, si rinvia, per tutti a D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2023, 3, p. 591 ss. ed a, F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 3, 2020, p. 749 ss.

62 Aspetto particolarmente enfatizzato per le c.d. "amministrazioni indipendenti", a partire da Cons. Stato sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

63 G. ROMAGNOLI, *Natura "provvedimentale" delle comunicazioni atipiche "qualificatorie" di Consob*, cit., p. 404.

forma di “compensazione”. Da una parte della motivazione, infatti, trapela un dubbio sulla forza di «riempimento» della legalità procedurale e sulla sua assoluta coerenza con le coordinate costituzionali del nostro sistema.

Se ci si concentra sul primo aspetto si coglie che per il giudice le garanzie procedimentali hanno un duplice rilievo di carattere assoluto: uno di segno positivo, relativo all'obbligatorietà del loro rispetto; uno di segno negativo, dato dalla insuperabilità del vizio causato dalla loro violazione. La validità dell'atto è subordinata al puntuale rispetto della disciplina procedurale prevista per la produzione di uno specifico tipo di provvedimento. Dunque, per quanto riguarda le determinazioni che possono considerarsi espressione di regolazione a rilevanza generale, si impone l'ossequio delle regole che Consob ha dettato per la propria produzione normativa (art. 23, l. 262/2005)⁶⁴. Invece, per quanto concerne l'adozione degli atti ad incidenza individuale, deve garantirsi la partecipazione dei destinatari tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento (*ex* art. 7, l. 241/1990) e – possiamo aggiungere – qualora la determinazione non soddisfi un interesse pretensivo, quelle ulteriori prescrizioni integrative dettate per i procedimenti a carattere sanzionatorio o contenzioso, per cui la legge sul risparmio detta una apposita ed articolata disciplina (art. 24, comma 2, l. 262/2005).

Per il giudice non ci può essere alcun valido esercizio di potere in difetto di un procedimento formalmente avviato perché i destinatari dei suoi effetti devono essere avvertiti del proposito della P.A. e, ulteriormente, hanno un diritto ineliminabile ad interloquire con quella⁶⁵.

Il secondo aspetto di rilievo si connette al primo. L'ineludibilità del procedimento, per la sua idoneità a ricondurre il potere atipico «*nel solco della legalità costituzionale*», esclude che Consob possa difendere la propria determinazione concreta facendo valere la disciplina pensata per circoscrivere l'area dei vizi rile-

⁶⁴ Dunque si chiede che il prodotto finale sia il risultato dell'elaborazione di un progetto di atto, armonico con le linee disciplinari, i cui contenuti siano improntati al principio di proporzionalità, adeguatamente motivati, oggetto di preventiva analisi di impatto regolamentare e di una pubblica consultazione. Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.2.

⁶⁵ Per Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.2., «*Con riguardo alla partecipazione procedimentale delle società appellanti, che è quella che più rileva in questa sede, la Consob avrebbe dovuto dare formale avvio a un procedimento specificamente finalizzato all'esercizio della funzione di regolazione dichiarativa del rapporto controverso per assicurare l'esercizio dei diritti di partecipazione.*

Si tratta di un coinvolgimento delle parti necessario per garantire un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva che, nella specie, dovendo colmare le lacune sostanziali della legge, assume valenza ancora più accentuata».

vanti⁶⁶.

Per il Consiglio di Stato non è dato superare l'omissione dell'atto d'avvio del procedimento permettendo alla P.A. di «*dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*» (art. 21-*octies*, l. 241/1990). Per il giudice, infatti, il fondamento costituzionale del diritto di partecipazione si erge a limite assoluto all'applicabilità dell'art. 21-*octies* l. 241/1990, indipendentemente dalla natura del potere esercitato dall'autorità. È questa una conseguenza della netta contrapposizione tra parte pubblica e privata, cioè, tra chi ha la prerogativa di imporre e chi è in posizione di soggezione⁶⁷. Dunque, è l'esistenza di un contrasto di posizioni che, di per sé «*impedisce di svolgere un giudizio prognostico favorevole alla pubblica amministrazione in ordine alla irrilevanza di una eventuale partecipazione. Vengono, infatti, in rilievo ampi profili decisori di contenuto giuridico che implicano valutazioni le quali rinvergono proprio nel procedimento la loro sede naturale*».

Sicuramente interessante – in una prospettiva evolutiva – è, in fine, la manifestazione da parte del giudice d'una incertezza sulla capacità taumaturgica della «compensazione procedimentale». Per quanto quella segua all'enfatizzazione dell'importanza della legalità procedimentale è evidente il dubbio sul suo impiego sistematico come mezzo di legittimazione d'ogni potere atipico e, ulteriormente, di copertura del processo d'ampliamento del raggio della regolazione Consob. Infatti, il Consiglio di Stato, prima, ne riconosce la solo parziale idoneità ad ovviare all'opacità della legge, di cui appunto sottolinea come non garantisca il superamento di tutte le criticità. Poi, sollecita un intervento legislativo che introduca disposizioni puntuali, tali da delineare in modo più preciso i poteri di spettanza delle autorità amministrative indipendenti nei campi di rispettiva competenza⁶⁸.

66 Come evidenziato in dottrina –M. MIDIRI, *Certezza nel mercato e accertamenti Consob: la prospettiva del giudice*, in *Giur. comm.* 2022, II, p. 159 – il Consiglio di Stato «*alza l'asticella*» della misura della conservabilità degli atti non conformi alle regole procedimentali.

67 Contrapposizione, si deve sottolineare, che ha una rilevanza obbiettiva a prescindere dalla natura espressa o, più o meno, implicita, del potere che l'amministrazione intende esercitare.

68 Per Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.1.1., «*Il rispetto delle regole di partecipazione serve, pertanto, a restituire, almeno in parte, coerenza al sistema, assicurando il recupero delle garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimentali, nonostante l'opacità della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori*».

Magari è solo un'illusione ma dalla sentenza potrebbe trarsi il segnale d'una futura, forse non prossima, inversione di rotta o, comunque, d'una sua correzione. Quelle righe, forse sono un indizio dell'avvio di una meditazione in grado di condurre ad un ragionevole contenimento di quella costante e, non di rado, imprevedibile crescita dell'area di influenza della Commissione e, dunque, del suo spazio di regolazione⁶⁹.

6. La qualità della tutela procedimentale ed i suoi limiti

Fissata l'imprescindibilità della tutela procedimentale ci si può chiedere in che cosa quella consista. Questa, infatti, è una domanda necessaria poiché quella protezione che è normalmente definita in funzione della natura ed effetti dell'atto che la P.A. intende adottare⁷⁰. Ciò in quanto il procedimento – che è il percorso concepito per garantire il corretto esercizio del potere- deve essere strutturato in funzione del provvedimento che ne costituisce espressione⁷¹

Il giudice, peraltro, non aiuta più di tanto nella ricerca della risposta. In-

È bene precisare che la descritta funzione di “compensazione” non comporta un pieno recupero del fondamento democratico della legalità, in ragione della non omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale, ma assicura un maggiore livello di garanzie per il privato. La Sezione rileva come sarebbe, invero, opportuno che il legislatore intervenisse a disciplinare, con misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale».

69 Movimento di cui, forse, si intravedono i primi segnali nella giurisprudenza recente sugli atti delle autorità di regolazione non finanziarie. In tal senso si segnala, Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2024 n. 2255, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «Il deficit di legalità sostanziale non può essere «compensato» da una declinazione “procedurale” del principio di legalità (per la quale, invece, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, id., Rep. 2016, voce Amministrazione dello Stato, n. 340), e neppure aggirato con la teoria dei c.d. poteri impliciti. L'attitudine del modello regolatorio a garantire un contraddittorio paritario (attraverso gli schemi della c.d. “consultazione”) ha una sua ragione specifica. Il regolatore deve poter contare su di una capillare piattaforma conoscitiva, avente ad oggetto i dati tecnici ed economici di funzionamento del mercato, per rimuovere le proprie asimmetrie informative. La trasparenza del modello “process oriented” scongiura anche possibili condizionamenti del regolatore da parte dei gruppi economici. La partecipazione amministrativa, pur segnando il superamento di una visione elitaria ed autoritaria dell'amministrazione (consentendo agli operatori economici interessati di fare pervenire il proprio contributo informativo e valutativo), non equivale certo all'investitura democratica della legge. La “compensazione” procedurale del principio di legalità, in ipotesi, potrebbe ritenersi coerente soltanto con un assetto corporativo della società e della sua rappresentanza. Sotto altro profilo, la consultazione assicura un maggiore livello di garanzie per l'operatore privato, operando (al pari della motivazione) come una sorta di “limitatore” della discrezionalità (è questo, a parere del collegio, il senso che deve attribuirsi alle parole della stessa Corte costituzionale secondo cui la «declinazione procedurale del principio di legalità», rappresenta «un utile, ancorché parziale, complemento delle garanzie sostanziali»: sentenza n. 69 del 2017, id., Rep. 2018, voce Trasporti e autoservizi, n. 13)».

70 S. VALENTINI, *La regolazione e le sue istituzioni*, cit., p. 48.

71 Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit. p. 231 ss.

fatti, si limita a ricordare che la legge sul risparmio detta due diversi regimi procedurali⁷²: un primo per la produzione di atti normativi e generali; un secondo per l'adozione di provvedimenti ad incidenza puntuale, a sua volta differenziato a seconda che quelli siano di tipo accrescitivo o privativo. Ed è proprio questo secondo regime articolato -che a differenza del primo non prevede una disciplina omogenea (art. 23, comma 1, l. 262/2005)- che ha alimentato dubbi e ha condotto a soluzioni applicative che hanno dato luogo ad una compressione delle tutele procedurali.

La legge sul risparmio distingue i provvedimenti di Consob ad incidenza puntuale, in due sotto categorie, in funzione delle quali differenzia le garanzie riconosciute alle parti del rapporto procedimentale. In particolare la tutela viene articolata in ragione del tipo d'interesse che fa capo al privato. Una per il caso in cui l'interlocutore della P.A. è portatore d'un interesse pretensivo, perché si attende una qualche forma di beneficio dall'atto amministrativo; un'altra per la situazione contraria, in cui il privato è portatore d'un interesse oppositivo, perché la determinazione che avversa potrebbe produrre effetti ablativi o sanzionatori (art. 24, comma 1, l. 262/2005)⁷³.

La diversa direzione degli effetti delle due subcategorie d'atti conduce ad improntare i relativi procedimenti a due distinti principi: il primo al principio della partecipazione, il secondo a quello del contraddittorio. A principi diversi che quindi giustificano una differente estensione dei diritti delle parti e dei corrispondenti doveri della P.A.

Il procedimento sottoposto al primo regime è meno vincolante per l'amministrazione. Questa, infatti, è sottratta alle più stringenti e garantistiche prescrizioni che: la privano del potere d'avviare l'accertamento presupposto dalla decisione prima della notifica della nota di contestazione; comprimono la possibilità di modulare l'istruttoria; la costringono a procedere dopo aver esaminato le difese ed i documenti presentati a discolpa dal candidato responsabile e la obbligano a concedere al soggetto passivo un diritto di replica alla proposta di decisione finale; la obbligano, prima di tutto, all'adozione di garanzie organizzative ed attuative del principio di separazione tra chi indaga e chi decide.

⁷² Come quelli Banca d'Italia, Covip, Consob, Ivass ed Agcm.

⁷³ G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., p. 219-220.

All'evidenza la possibilità di scegliere se includere un procedimento nell'una o nell'altra categoria è determinante per l'individuazione del livello di protezione accordato al soggetto passivo. Ma, questo è il punto, quando c'è un'alternativa la qualità ed intensità delle tutele risulta subordinata alle preferenze interpretative di chi ha il potere di scegliere. Dunque, sostanzialmente, tutto dipende, prima, dall'autorità e, poi, dal giudice. Dalla prima che può prediligere una determinata impostazione rigorosa e dall'altro che, condividendone la "politica di vigilanza", la conferma in sede di verifica della legalità dei concreti atti di regolazione⁷⁴... magari perché condizionato da una larvata deferenza⁷⁵.

L'esame della giurisprudenza sugli atti Consob sembra indicare una tendenza al contenimento dei diritti procedurali. Il Consiglio di Stato, infatti, ha escluso l'annullamento d'un provvedimento di rettifica del prezzo dell'offerta pubblica obbligatoria (art. 106, comma 3, lett. d), n. 2, Tuf), perché per il relativo procedimento non varrebbero le stesse garanzie rinforzate prescritte per quelli sanzionatori⁷⁶.

L'operazione di "salvataggio" della determinazione Consob è realizzata in due fasi⁷⁷. Un prima, interpretativa -a carattere sostanzialmente abrogativo- in

⁷⁴ È, infatti, osservazione risalente quella secondo cui l'indipendenza delle autorità non implica l'assenza di politicità della disciplina da loro posta e delle successive scelte applicative. In tal senso è d'obbligo rinviare a G. MORBIDELLI, *Il regime giuridico delle autorità indipendenti*, pp. 175-176, e per una recente conferma dell'attualità di quel rilievo, si veda F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità indipendenti ieri e oggi*, 2019, spec. p. 13, in www.federalisimi.it.

⁷⁵ La deferenza del giudice nei confronti delle autorità indipendenti è una costantemente rilevata da tutti gli studi che hanno toccato il tema dei giudizi contro i loro provvedimenti limitativi/punitivi. Oltre a S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, Jovene, 2017, p. 430 ss., si veda, L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Questa rivista*, n. 1, 2018, p. 237 ss. Per ulteriori considerazioni, si rinvia L. LIPPOLIS, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità di vigilanza finanziarie*, in AA. VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Jovene, 2021, spec. p. 303 ss.

⁷⁶ Sul cui livello di contraddittorio, si veda, N. LONGOBARDI, *Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine*, in *Questa rivista*, n. 1, 2022, p. 210 ss.

⁷⁷ Percorso, poi, seguito dal massimo giudice amministrativo per escludere che le garanzie rinforzate si applichino anche ai procedimenti amministrativi avviati da Banca d'Italia per rimuovere amministratori di imprese creditizie e dunque all'esercizio di un potere analogo a quello che la legge assegna Consob sugli intermediari finanziari. Per Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, (par. 9 e 9.1 di motivazione) in www.giustizia-amministrativa.it, «(...) la rimozione collettiva dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e di uno o più componenti dell'alta dirigenza non costituisce un provvedimento sanzionatorio, ma rientra tra le misure di intervento precoce, a loro volta facenti parte del più ampio genus dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia. La finalità della misura del removal non è quella di affliggere il titolare della carica, quanto di preservare la stabilità e la

cui si nega qualunque significato alla sottocategoria dei procedimenti contenziosi menzionati dalla legge. Una seconda in cui – esclusa la natura sanzionatoria della determinazione impugnata – si colloca l'atto Consob nell'ampio insieme «dinamico» degli atti di regolazione, cioè di quelle misure che – per non essere puramente punitive – sono adottabili in esito al procedimento regolato dalla l. 241/1990⁷⁸.

Preso atto della tendenza alla compressione delle garanzie procedimentali, ci si può chiedere quali conseguenze possa comportare la violazione di quelle

*sana gestione della banca. In questo senso, gli effetti che, indiscutibilmente, si producono anche sulla persona fisica titolare della carica, che per l'appunto viene rimossa da tale posizione, non paiono comunque sufficienti a ricondurre la misura in discorso nell'alveo delle sanzioni in senso stretto. La ragione dell'intervento dell'Autorità è di tutt'altra natura rispetto all'intento punitivo proprio della sanzione, inserendosi, come si è detto, nel quadro delle misure di vigilanza, atte a prevenire il definitivo dissesto dell'istituto vigilato e, dunque, avuta di mira tutt'altra finalità che non la punizione di un determinato soggetto, la cui condotta concreta resta infatti sullo sfondo. Invero, i presupposti della misura, che pure incide sul titolare della carica societaria, non riguardano in modo specifico la condotta del soggetto rimosso, né tantomeno assume un particolare rilievo l'indagine circa l'imputabilità sul piano soggettivo della detta condotta. Rilevano invece i presupposti oggettivi legati alla situazione della Banca - "i presupposti indicati all'articolo 69-octiesdecies, comma 1, lettera b)", che sono, oltre alle gravi violazioni normative e gravi irregolarità amministrative, un significativo deterioramento della situazione della Banca - ed il fatto che altre misure meno invasive non siano sufficienti a risolvere la situazione (cfr. art. 69-octiesdecies)». Dunque, nessun rilievo assume nel procedimento di Banca d'Italia l'interesse oppositivo degli amministratori in carica a contrapporsi alla loro rimozione ed a contestare il fondamento della pretesa della P.A. che, innegabilmente, esprime un giudizio negativo sulle loro condotte si caratterizza per un'immanente carica sanzionatoria. Valutazione amministrativa negativa, si sottolinea, che per l'alta attendibilità attribuita agli apprezzamenti tecnici delle autorità amministrative indipendenti può costituire presupposto sufficiente per l'affermazione di loro di responsabilità civilistiche. Sul problema, mi si consenta di rinviare a G. ROMAGNOLI, *La responsabilità amministrativa degli organi di amministrazione. Interferenze tra regimi*², in Aa. Vv., *Le azioni di responsabilità nelle società di capitali*, a cura di M. De Poli e G. Romagnoli, Pisa, Paccini, 2024, p. 165 ss.*

⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330 (par 3.1, di motivazione), in www.giustizia-amministrativa.it. Per il giudice, l'atto Consob di aumento del prezzo dell'opa non ha carattere genuinamente punitivo perché è misura conformativa «(...) avente la finalità preminente di "restituire" agli azionisti di minoranza le condizioni di scelta economica che il mercato avrebbe espresso ove non fosse stato perturbato dall'asserito comportamento collusivo di offerente e venditore. Di per sé, l'effetto di etero-regolazione dell'attività privata - in cui si compendia il carattere tradizionalmente definito autoritativo del provvedimento amministrativo - non è di per sé sufficiente ad integrare la nozione di sanzione. A questi fini, come si è detto, rileva invece l'interesse tutelato dall'ordinamento, lo scopo perseguito dal legislatore (il quale deve avere una finalità di deterrenza generale o speciale), e l'intensità dell'incisione realizzata nella sfera giuridica del destinatario.

La funzione espressa dalla delibera della Consob è la regolazione economica del mercato finanziario». Posta quella premessa, quindi, prosegue nel giustificare la negazione della natura afflittiva del provvedimento affermando che «Di per sé, l'effetto di etero-regolazione dell'attività privata - in cui si compendia il carattere tradizionalmente definito autoritativo del provvedimento amministrativo - non è di per sé sufficiente ad integrare la nozione di sanzione. A questi fini, come si è detto, rileva invece l'interesse tutelato dall'ordinamento, lo scopo perseguito dal legislatore (il quale deve avere una finalità di deterrenza generale o speciale), e l'intensità dell'incisione realizzata nella sfera giuridica del destinatario. La funzione espressa dalla delibera della Consob è la regolazione economica del mercato finanziario. Per quanto articolata in attività di

tutele che, comunque, si ritengano spettare al soggetto passivo del procedimento.

La risposta all'interrogativo è differente e dipende dal giudice a cui si prospetta l'illegittimità. Infatti, i provvedimenti della Commissione possono essere contestati, in base alla loro natura, rispettivamente, rivolgendosi al giudice amministrativo od a quello ordinario.

Le violazioni delle garanzie procedurali sono, in principio, rilevanti quando si chiede al giudice speciale di controllare il corretto esercizio d'un potere prescrittivo conformativo ed eventualmente annullare l'atto viziato⁷⁹.

diverso contenuto e valore giuridico, la regolazione ha oramai guadagnato un assetto sempre più omogeneo di istituti, i quali raffigurano un modello ben distinto dalle tradizionali forme di azione pubblica. Il fulcro su cui fa "leva" la regolazione consiste nello sfruttare, in vista della realizzazione di obiettivi di interesse pubblico, la spontanea propensione degli operatori economici all'efficienza allocativa e produttiva; il comportamento economico viene, a tal fine, orientato mercé la simulazione della pressione concorrenziale. Tale tipo di azione pubblica, dunque, incide "sulla" economia, senza comprimerne i meccanismi spontanei, bensì definendo un quadro di regole e valori che devono essere tutelati. La regolazione economica del mercato finanziario si snoda attraverso un processo continuo di elaborazione e aggiustamento delle regole di governo del settore e nella connessa attività di vigilanza sull'applicazione delle stesse. Il processo è adattivo e dinamico, al fine di tenere conto delle peculiarità di ciascun mercato, del grado di maturità del mercato, del progresso tecnologico, nonché articolato su plurimi livelli istituzionali (nazionali, internazionali e transnazionali). La formalizzazione giuridica dello scambio costituisce l'ambiente normativo più idoneo all'implementazione della pressione concorrenziale, mercé la correzione dello squilibrio informativo e cognitivo fonte di abuso ai danni degli investitori. Il fondamento della "trasparenza" – che tutela la parte vittima dell'asimmetria di potere contrattuale con l'imposizione di obblighi di comportamento (soprattutto di informazione chiara ed accessibile) alla controparte, e con l'eterointegrazione del contenuto del regolamento – è duplice: da un lato, essa si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità"; dall'altro, in termini analisi economica, la trasparenza innesci un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici meno efficienti. Su queste basi, è evidente come la rettificazione del prezzo non ha affatto una funzione afflittiva, trattandosi invece di una misura "compensativa" dell'autonomia privata: sul presupposto che una condotta manipolativa abbia alterato il prezzo del titolo su un mercato finanziario, oppure abbia modificato la percezione del suo valore da parte degli agenti sul mercato – l'ordinamento intende tutelare il principio generale in base al quale tutti gli investitori devono operare in condizioni di uguaglianza sotto il profilo della conoscenza del meccanismo di fissazione del prezzo e della conoscenza delle origini delle informazioni pubbliche, a tal fine sterilizzando le conseguenze negative dell'altrui condotta abusiva. È vero che la finalità della norma, di cura dell'interesse pubblico, non è decisiva per escludere la qualificazione penalistica secondo la CEDU, ma ciò vale soltanto quando sia comunque ravvisabile una concorrente finalità punitiva, nella specie qui non ravvisabile, come dimostra anche la circostanza che il venditore – che pure si vorrebbe partecipe della "collusione" – non è in alcun modo attinto dalla misura amministrativa in esame».

⁷⁹ In tal senso si veda, Cons. Stato, sez. VI, 6330/2018, cit., par. 7.5 e 7.6, che annulla il provvedimento Consob di rettifica in aumento del prezzo d'un'opa obbligatoria per difetto d'istruttoria. Infatti, il giudice osserva che la P.A. è venuta meno al proprio dovere di accertare la sussistenza delle condizioni d'esercizio del potere, nel caso costituito dall'esistenza «(...) di un accordo, o comunque di un'intesa in senso lato, volta a perseguire l'obiettivo di eludere le norme che presidiano la formazione del prezzo dell'opa». La Commissione, continua il giudice, dispose «la modifica in aumento del prezzo dell'offerta pubblica obbligatoria di acquisto su azioni ordinarie emesse da Camfin s.p.a. in ragione di una presunta collusione». Situazione però di cui la P.A. non fornisce «alcuna prova - neppure

Al contrario, le violazioni delle garanzie procedurali non pare abbiano alcun peso per il giudice ordinario, cui spetta la giurisdizione sulle impugnazioni dei provvedimenti sanzionatori di Consob (art. 195 Tuf). Giudice, si sottolinea, che dichiara di non condividere l'impostazione seguita da quello amministrativo nei casi in cui gli è devoluta la giurisdizione sui provvedimenti punitivi di altre autorità indipendenti (art. 133, comma 1, lett. l), cod. proc. amm.)⁸⁰.

La Corte regolatrice – diversamente dal giudice amministrativo – costantemente esclude, con l'eccezione dell'omissione della trasmissione dell'atto d'avvio o la sua inidoneità informativa⁸¹, che qualunque violazione dei diritti procedurali conduca all'annullamento dell'atto affittivo⁸².

Il giudice ordinario⁸³ nega che possa sortire un effetto caducante anche il

indiretta, in ragione ad esempio della stranezza intrinseca delle condotte accertate e della mancanza di spiegazioni alternative - della partecipazione all'accordo fraudolento in elusione della regola sul prezzo OPA di Allianz e Fonsai, ovvero delle società che, con la vendita delle proprie azioni Pirelli a MCI, avrebbero concorso a realizzare la presunta collusione tra MCI e Lauro Sessantuno s.p.a.».

80 Emblematiche di tale contrapposizione è quanto si legge nella motivazione di Cass., 3 maggio 2019, n. 11722, in *De Jure*, «(...) il Collegio non ritiene condivisibile l'assunto propugnato dal ricorrente sulla scorta della sentenza del Consiglio di Stato n. 1596/15 - dell'illegittimità, per violazione dei principi fissati dall'art. 195 T.U.F. e L. n. 262 del 2005, art. 24, del procedimento sanzionatorio adottato dalla CONSOB prima delle modifiche recate dalla Delib. 29 maggio 2015, n. 29.158.

Le argomentazioni sviluppate nel menzionato precedente del Consiglio di Stato – peraltro qualificabili come un *obiter dictum*, non essendosi tradotte in alcuna statuizione di annullamento (il *decisum* della sentenza del Consiglio di Stato n. 1596/15 si risolve in una declaratoria di inammissibilità del ricorso delle parti private per carenza di interesse) – non appaiono a questa Corte persuasive. Nella suddetta sentenza n. 1596/15, infatti, alla nozione di garanzia del contraddittorio viene attribuita, nell'ambito del procedimento sanzionatorio *de quo*, una portata più stringente rispetto a quella evincibile dalle regole generali del diritto amministrativo, con un conseguente significativo aumento delle garanzie di partecipazione procedimentale, che vengono assunte come doverose in quanto funzionali all'esercizio del diritto di difesa della parte privata. Tale esito ermeneutico non trova, tuttavia, convincente riscontro nel testo dell'art. 195 T.U.F. e L. n. 262 del 2005, art. 24, nè pare potersi validamente fondare sulla interpretazione sistematica delle disposizioni ivi contenute».

81 Cass., 11 febbraio 2022, n. 4521, in *De Jure*.

82 Tra le tante, da ultimo, Cass., 23 aprile 2024, n. 10922, in *De Jure*.

83 Per un esame delle problematiche relative alla tutela del soggetto passivo delle sanzioni Consob e delle limitazioni delle tutele amministrative e processuali, si vedano: E. BINDI, *L'ampliamento del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio Consob: alcuni spunti per rafforzare un percorso già iniziato*, *Riv. soc.*, 2023, p. 128 ss.; E. BINDI, P. LUCCARELLI, A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 553 ss.; LUCCARELLI, *Profili critici dei procedimenti sanzionatorio Consob e Banca d'Italia: analisi e riflessioni sul difficile ruolo del difensore tra prassi consolidate e il favor della giurisprudenziale nei confronti delle autorità di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, suppl. n. 3, p. 47 ss.; VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775 ss. Sul tema, segnalo anche il mio, *Problematiche relative al procedimento sanzionatorio di Consob... a dieci anni dalla sentenza Grande Stevens*, di prossima pubblicazione, in *Diritto della banca e del merc. fin.*, ove sviluppo, con specifico riferimento alle regole della Commissione ed alla relativa giurisprudenza, alcune riflessioni critiche già proposte in, G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, Edizioni

riscontro di evidenti violazione di regole poste a garanzia del soggetto passivo e ciò, si noti, benché talvolta indichi nel procedimento punitivo il luogo in cui l'amministrazione attualizza il precetto che assume violato⁸⁴.

Se non ci si inganna le due affermazioni danno luogo ad un cortocircuito logico evidente. Quel procedimento – luogo in cui l'amministrazione definisce il contenuto del comando della legge che si assume violato – non può essere annullato in caso di trasgressione d'una regola d'azione da parte della P.A., benché quella possa incidere sulla valutazione del comportamento del candidato responsabile. Dunque, la Commissione può – anche *a posteriori* – chiarire in sede di procedimento punitivo la consistenza della condotta attesa senza poter essere censurata per le eventuali mancanze riscontrabili nella sua attività di «concretizzazione».

L'affermazione secondo cui il giudizio d'opposizione alla sanzione verte sul rapporto e non sull'atto⁸⁵ preclude l'utilità di qualunque garanzia procedimentale, perché il giudice reputa, diversamente anche dalla giurisprudenza europea⁸⁶ di potersene disinteressare⁸⁷.

Scientifiche italiane, 2020, *passim*.

84 Infatti, la Corte regolatrice, nel respingere l'impugnazione di una sanzione Consob, ha affermato che, a fronte di un precetto indeterminato, legittimamente l'autorità può definirne la portata anche con il proprio provvedimento punitivo. Cfr. Cass., 7 agosto 2012, n. 14210, in *De Jure*.

85 Tra le prime pronunzie, oggetto di sistematico richiamo da parte della giurisprudenza successiva sulle sanzioni Consob, si ricorda, Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, in *De Jure*, relativa ad un'impugnazione di una sanzione per violazione del codice della strada. Per le sezioni unite, sono irrilevanti le garanzie procedimentali, compresa l'omessa audizione del sanzionando che ne faccia richiesta, così come l'obbligo di motivazione perché il punito può, poi, instaurare un giudizio sul rapporto. Tra le più recenti si segnalano Cass., 31 maggio 2024, n. 15293 e Cass., 28 aprile, 2022, n.13346 entrambe, in *De Jure*.

86 Per un recente caso di annullamento della decisione di una agenzia europea per un vizio procedurale, si veda Cort. giust. UE, 14 marzo 2024, C-291/22 P, in *De Jure*. Il giudice dell'Unione evidenzia l'importanza delle garanzie procedimentali, ammettendo che la loro violazione possa condurre all'annullamento dell'atto viziato senza la necessità che il ricorrente debba dimostrare come - anche solo potenzialmente - la inosservanza abbia inciso a suo sfavore (par. 72-80). La rilevanza delle garanzie procedimentali e la loro incomprimibilità è anche costantemente ribadita dalla giurisprudenza di Strasburgo. Per un'applicazione recente -anche se relativa ad un procedimento di ammonimento per *Stalking*- si veda, Cort. EDU, 22 giugno 2023, n. 10794/12, Germano c. Italia (par. 124 ss.), in www.echr.eu.

87 Probabilmente questa differenziazione della considerazione delle garanzie procedimentali, causata da un atteggiamento di incomprensibile chiusura del giudice ordinario, potrebbe presto cessare. Infatti, il 4 marzo 2024 anche la Camera, ha approvato il disegno di legge di iniziativa governativa (A.S. 1351), recante «Modifiche alla legge 5 marzo 2024, n. 21, per l'aggiornamento della delega ivi prevista e per il conferimento della delega al Governo per la riforma organica e il riordino del sistema sanzionatorio e di tutte le procedure sanzionatorie recati dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, nonché ulteriori disposizioni in materia finanziaria». Il suo art. 1, comma 1, lettera b), introduce il nuovo articolo 19-*bis* alla

legge n. 21 del 2024, che prevede una ulteriore delega al Governo per la riforma organica e il riordino del sistema sanzionatorio e di tutte le procedure sanzionatorie previste dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, da esercitare entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della medesima legge n. 21 del 2024. Disposizione che include tra i compiti affidati al legislatore delegato anche quello (lett. d) della revisione dell'attuale riparto di giurisdizione e del rito applicabile in materia di ricorsi avverso le sanzioni di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e la devoluzione delle opposizioni alle sanzioni amministrative pecuniarie di Consob al giudice amministrativo.

GIUSEPPE DRAGO
Head of Section – JST Coordinator presso la Banca Centrale Europea
giuseppe.drago@ecb.europa.eu

LA REGOLAZIONE DEL MERCATO BANCARIO EUROPEO AD OPERA DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

EUROPEAN CENTRAL BANK REGULATION ON EUROPEAN BANKING MARKET

SINTESI

Il saggio si propone di offrire una riflessione sul contributo della BCE alla regolazione del mercato bancario europeo. Al fine di perimetrare l'ambito dell'indagine, si prospetta una definizione di regolazione, termine il cui ambito concettuale risente di plurivoche interpretazioni in letteratura, nonché dell'influenza esercitata dall'anglofono *regulation*, che si regge tuttavia su un sostrato storico, culturale, giuridico diverso. In assenza di una definizione normativa, l'interpretazione prescelta del concetto di regolazione si ispira agli insegnamenti della migliore dottrina liberista italiana; essa comprende tutti gli interventi volti a introdurre e favorire il rispetto delle regole, al fine di perseguire determinati interessi. Alla luce della definizione prescelta, alcune delle attribuzioni di BCE in materia di supervisione bancaria appaiono riconducibili all'attività di regolazione; BCE, che non è soggetto regolamentatore, adotta atti generali vincolanti (regolamenti e decisioni) e non vincolanti (aspettative, guide, lettere, ecc), che comunque dispiegano indubbia carica conformativa; la regolazione adottata si presenta come multilivello, prudenziale, tecnica. Ne consegue che il contributo offerto dalla BCE alla regolazione del mercato bancario appare diffuso e ampio, e si manifesta anche attraverso forme atipiche di intervento, la cui efficacia conformativa si distende fino a lambire i contorni dei precetti regolamentari*.

ABSTRACT

The essay aims to offer a reflection on the ECB's regulatory contribution to banking supervision. To limit the scope of the investigation, a definition of regulation is proposed, term whose conceptual scope is affected by multiple in-

* Le opinioni espresse sono riferibili esclusivamente all'autore e non impegnano necessariamente la Banca Centrale Europea e/o la Banca d'Italia.

interpretations in the literature, as well as the influence exerted by the anglophone regulation, which however is based on a different historical, cultural and legal substratum. In the absence of a regulatory definition, the chosen interpretation of the concept of regulation is inspired by the teachings of the best Italian liberal doctrine; it includes all interventions aimed at introducing and encouraging compliance with the rules, in order to pursue certain interests. In light of the chosen definition, some of the ECB's powers regarding banking supervision appear attributable to regulatory activity. The ECB, which is not a regulatory body, adopts general binding acts (regulations and decisions) and non-binding acts (expectations, guides, letters, etc.), which in any case have an undoubted conformative effect; the regulation adopted is presented as multilevel, prudential, technical. It follows that the contribution offered by the ECB to the regulation of the banking market, appears widespread and broad, and is also manifested through atypical forms of intervention, whose conforming effectiveness extends to the point of touching the outlines of the regulatory precepts.

PAROLE CHIAVE: Regolazione, banche, supervisione, BCE, prudenziale

KEYWORDS: Regulation, bank, supervision, ECB, prudential

INDICE: 1. Premessa. - 2. Una definizione di regolazione - 3. Perché BCE è regolatore (ma non regolamentatore) del mercato bancario europeo - 4. Gli strumenti della regolazione: - 4.1 *gli atti vincolanti*. - 4.2 *gli atti non vincolanti* - 5. Le tre "cifre" caratterizzanti della regolazione - 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il termine regolazione è utilizzato frequentemente, e non solo in letteratura, in modo ambiguo, plurivoco e indistinto rispetto al termine regolamentazione; ulteriore fonte di ambiguità proviene dal fascino e dalla influenza esercitata dall'anglofono *regulation* che varrebbe a tradurre in inglese l'italiano regolazione. Pur non contestando in questa sede la correttezza della traduzione, la carica semantica di ogni parola si regge su un sostrato storico, culturale, diverso tra le comunità sociali cui è riferito, nonché mutevole nel tempo; ne consegue che i due termini designano concetti non necessariamente totalmente sovrapponibili, perché originati da contesti culturali e giuridici differenti, contribuendo questi ultimi, a motivo della loro diversità, ad annebbiare i contorni concettuali dei termini regolazione e *regulation*.

Al fine di meglio perimetrare l'ambito di interesse della presente tratta-

zione, mi sembra quindi opportuno puntualizzare cosa intenderò per regolazione, pur nella consapevolezza che, in assenza di una definizione normativa vincolante, rimarremo nel campo dell'interpretazione soggettiva. Una volta tratteggiato il concetto di regolazione, chiarite le attribuzioni della Banca Centrale Europea in materia di supervisione bancaria, prospetterò brevemente una rassegna di alcuni atti adottabili da parte del Supervisore, evidenziandone la cifra regolatoria.

Fedele all'approccio scientifico e mentale che postula l'insussistenza di paratie e suddivisioni del sapere, la linea di pensiero sviluppata beneficerà il più possibile di contributi scientifici riconducibili non solo alla dottrina giuspubblicistica, ma anche economica, contendendo quest'ultima il campo della regolazione con la prima.

2. Una definizione di regolazione

Una definizione univoca di regolazione non sembra si possa rinvenire nell'ordinamento italiano e/o unionale; il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) non definisce la regolazione.

Allargando l'angolo visuale, alla ricerca di una definizione solida da cui partire, si può notare che l'OCSE¹, nelle raccomandazioni che adotta periodicamente sul tema *regulation*, sottintende una nozione onnicomprensiva, riferendosi a ogni strumento (leggi incluse) attraverso cui i Governi nazionali (a tutti i diversi livelli amministrativi e comprese le agenzie indipendenti di regolazione) pongono requisiti a cittadini e imprese: va da sé che i termini regolazione e regolamentazione sono usati indistintamente².

1 Come noto l'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) rappresenta i Paesi mondiali con economie sviluppate (attualmente 36) e vi partecipa anche l'UE.

2 Cfr. Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2 Novembre 2012, pag. 25: <<For the OECD, regulation is defined broadly, referring to the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens. Regulations include laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to which governments have delegated regulatory powers>> (OECD, 1997). In https://www.oecd.org/en/publications/recommendation-of-the-council-on-regulatory-policy-and-governance_9789264209022-en.html. Analogamente le Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione, pag. 277, intendono per regolazione: <<il varo insieme di strumenti mediante i quali le amministrazioni stabiliscono requisiti per imprese e cittadini. La regolazione comprende tutte le leggi e gli ordini formali e informali, le norme subordinate, le formalità amministrative e le regole dettate da organi non governativi o autoregolamentati a cui le amministrazioni hanno delegato poteri di regolamentazione>>. In <https://www.oecd.org/it/publications/prospettive-ocse-2018-sulla->

Il mondo anglosassone ci offre una elaborata, ma per nulla univoca³, definizione di *regulation*, frutto della grande attenzione ricevuta in letteratura⁴.

Nel Regno Unito si è avvertita l'esigenza di fare chiarezza attorno al concetto di regolazione già nel 1932, in un documento, redatto da un Comitato composto da giuristi, parlamentari, funzionari pubblici (*the Donoughmore Committee report*), indirizzato al Parlamento inglese⁵; il *report*, molto interessante per comprendere l'evoluzione storico-cronologica dei rapporti tra potere parlamentare e amministrativo in Gran Bretagna, dopo una breve introduzione in cui fissa alcuni principi generali, si occupa di "*Delegated Legislation*" (*section I*) e "*Judicial or quasi-judicial power*" (*section II*). Ai nostri fini rileva la *section I* nella quale il Comitato riconosce il potere del Parlamento di delegare ai Ministri il compito di introdurre norme giuridiche sostanziali. Tali norme, delegate in forza di una legge (*Act of Parliament*), hanno lo scopo di integrare le fonti giuridiche primarie, specie ove occorra specificarne il contenuto con dettagli tecnici: il potere dell'Autorità delegata di adottare norme (di legislazione secondaria) integra il potere di *regulation*⁶. Va nondimeno evidenziato che data l'eterogeneità delle for-

politica-della-regolazione_g2g9e411-it.html

3 B. M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, New York, Columbia Univ. Press, 1980, pag. 362: <<In fact, a number of writers in the area have fallen prey to fallacies of intention or effect in "explaining" regulation, that is, explaining the occurrence of regulation based on a given group's intentions regarding it or on the regulation's later impacts or effects on particular group>>; B. ORBACH, *What is regulation in Regulation: Why and how the State Regulates*, New York, Foundation Press, 2012, pag. 1: << People hold strong views about regulation, but do they know what <<regulation>> means?...The controversy and confusion about regulation illustrate the phenomenon>>; I.A. MOOSA, *Good Regulation, Bad Regulation The Anatomy of Financial Regulation*, London, Palgrave Macmillan, 2015, *passim*; J. Q. WILSON, *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books Inc., 1980, *passim*.

4 <<The evasive nature of the term "regulation" is largely a product of confusion between two unrelated matters, the abstract concept of regulation and opinions about the desirable scope of regulatory powers or desirable regulatory policies. People intuitively understand the word "regulation" to mean government intervention in liberty and choices through legal rules that define the legally available options and through legal rules that manipulate incentives. But too often, ideologies and preexisting beliefs dictate perceptions as to what intervention means and whether intervention is needed>>. Cfr. B. ORBACH, *cit.*.

5 *Committee on Ministers' power report*, London 1932 In <https://archive.org/details/1936ReportOfTheCommitteeOnBritishParliamentMinistersPowersCmdPaperNo4060/page/8/mode/2up?view=theater>

6 <<The expressions "regulation", "rule" and "order" should not be used indiscriminately in statutes to describe the instruments by which law-making power conferred on Ministers by Parliament is exercised. The expression 'regulation' should be used to describe the instrument by which the power to make substantive law is exercised, and the expression rule to describe the instrument by which the power to make law about procedure is exercised>>": *Committee on Ministers' power report*, *cit.*, pag. 62. Cfr. anche J. M. GAUS, *The Report of the British Committee on Ministers' Powers* in *The American Political Science Review*, American

me attraverso cui la legislazione delegata si manifesta (*regulations, rules, orders, schemes*, ecc) non è facile una categorizzazione della stessa, inoltre i termini *rule, regulation, order* sono usati indiscriminatamente con riferimento alle esternazioni normative dei Ministri.

Recentemente (2016), le conclusioni del menzionato *report* sono state sostanzialmente confermate in sede parlamentare⁷; il potere di *regulation* - per la cui definizione il Parlamento rimanda al *report* sopra menzionato - farebbe parte del più ampio potere di adottare *statutory instruments*⁸ da parte ministeriale e risulta sottoposto a una procedura di adozione formalizzata⁹. Con ciò il Parlamento mantiene sugli stessi un controllo penetrante e, in ogni caso, gli *statutory instruments* sono sempre soggetti al controllo giudiziario che ne sindacava la ragionevolezza.

Probabilmente a motivo della spiccata sensibilità e maturità raggiunta sui temi liberisti, la letteratura anglosassone ha posto l'accento sulla componente autoritativa del concetto, inteso come forma di controllo, di limitazione della libertà dei singoli e/o imprese, benché molte volte la regolazione comprenda anche interventi autorizzativi, quindi ampliativi delle potestà¹⁰; spesso la *regulation* è anche percepita limitatamente a un contesto di riferimento circoscritto, per esempio il mercato, o a un gruppo di soggetti, ovvero a vantaggio di un gruppo (per esempio le imprese commerciali)¹¹. La *regulation* presuppone sempre l'esercizio di un potere autoritativo/statuale: infatti promana in genere dal

Political Science Association Vol. 26, No. 6 (Dec., 1932), pagg. 1142-1147.

7 R. KELLY, *Statutory Instruments Briefing paper n. 06509*, London, House of Commons Library, 15 dicembre 2016, in www.parliament.uk/commons-library.

8 Questi ultimi comprenderebbero non solo *rules* integrative di norme legislative (quindi esercizio di *regulation* in senso stretto) ma anche *Order of councils* e *Orders in council* che paiono avere una valenza più straordinaria, utilizzati per esempio per trasferire competenze amministrative ad alcune categorie professionali. Cfr. R. KELLY, *Statutory Instruments Briefing paper n. 06509*, cit. pag. 22.

9 Il *Parent Act*, cioè la legge attributiva del potere, definisce anche la procedura di adozione che deve essere rispettata, cfr. Cfr. R. KELLY, *Statutory Instruments Briefing paper n. 06509*, cit., pag. 11.

10 <<Regulation may take several forms. It may take the form of legal restrictions imposed by the government. It may also take the form of public standards or statements of expectations issued by regulators. In many cases, regulation requires registration or licensing, whereby the regulator approves and permits (or otherwise) some economic activity. The regulator may conduct periodic inspections to ensure compliance with prescribed standards, including the reporting and management>> in I. A. MOOSA, *Good Regulation, Bad Regulation*, in *The Anatomy of Financial Regulation*, London, Palgrave Macmillan, 2015.

Governo; tuttavia, coesistono forme ibride, poiché può anche provenire da gruppi internazionali¹² ovvero da corpi amministrativi indipendenti (*regulatory agencies*) ovvero contestualmente da soggetti pubblici/privati.

Se rivolgiamo lo sguardo alla letteratura italiana, del pari non emerge una nozione di regolazione condivisa: inoltre regolazione e regolamentazione vengono utilizzate succedaneamente. Secondo alcuni autori l'attività di regolazione mira a garantire il corretto funzionamento di un settore, in principio privato, di carattere economico o sociale, caratterizzato da un alto tasso di specializzazione; può essere definita neutrale perché gli interessi perseguiti non sono posti dal soggetto regolatore¹³. Altri studiosi rilevano come la regolazione si prefiggerebbe l'obiettivo di conformare determinate attività, che ricadono nella libertà di iniziativa del cittadino, a contenuti/fini specifici, i quali non sarebbero perseguiti in assenza di regolazione: i soggetti istituzionalmente deputati a svolgere funzioni regolatorie si caratterizzerebbero per una certa indipendenza (cd. Autorità Indipendenti)¹⁴.

L'elemento accomunante la maggior parte delle posizioni dottrinali, caratterizzante rispetto alla cultura anglosassone, sembra si possa individuare nella cosiddetta condizione di indipendenza del regolatore, nonché di neutralità, di terzietà che innerverebbe gli atti di regolazione, accompagnata da una cifra di elevato tecnicismo della stessa, perché rivolta a settori spesso in rapida evoluzione e altamente tecnico-specialistici¹⁵. Diversamente la *regulation* anglo-

11 G. J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21: <<Regulation may be actively sought by an industry, or it may be thrust upon it. A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit.>>

12 "The laws and rules that prescribe financial regulation are promulgated by the government or international groups (such as the Basel Committee on Banking Supervision)...>> I. A. MOOSA, *Good Regulation, Bad Regulation*, cit..

13 F.G. SCOCA, (*Attività amministrativa*) in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè agg. 2002, Vol. VI, pag. 80.

14 A. ZITO, (*Mercati, regolazione dei*) in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, Milano, Giuffrè, 2010, vol. III, pag. 806.

15 *Ex multis* cfr.: F. MIDIRI, *Il carattere indipendente della regolazione* in *Amministrare*, Milano, Il Mulino, 2018, fasc 2, pag. 309; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.* in *Diritto amministrativo* 2008, fasc. 1, pag. 121 e ss.; F. GUARRACCINO, *Supervisione bancaria europea*, in *Saggi e monografie di diritto dell'economia*, in F. Capriglione (a cura di), Padova, Cedam, 2012, pag. 65 e segg.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2002, pp. 265-276. Cassese codifica così gli elementi della regolazione: <<Vi è regolazione in presenza di questi elementi:

sassone viene esercitata prevalentemente dal Governo e non si esclude una “colorazione” politica della stessa, quindi mancherebbe la cd. neutralità.

Forse la ricchezza delle elaborazioni sulla regolazione nonché le divaricazioni delle assunzioni concettuali raggiunte, sono da addebitare anche al fatto che il tema occupa la terra di confine tra diritto ed economia, quindi ha risentito anche degli influssi delle teorie economiche liberiste e di quelle di stampo più socialista e interventista, nonché del controverso rapporto dialettico tra coppie concettuali assunte come antinomiche quali Stato “minimo” contrapposto allo Stato sociale, Stato e mercato, diritto e mercato, autonomia e autorità, potere cd. neutro e potere politico, Autorità indipendenti e Amministrazione statale, ecc.

Proprio dalla letteratura economica proviene una delle narrazioni più suggestive e, per me, fonte di ispirazione, per comprendere cosa si possa intendere per regolazione; paradossalmente essa è stata tratteggiata da uno dei maestri del liberismo economico¹⁶, Luigi Einaudi. Nelle sue *Lezioni di politica sociale*, Einaudi, nel descrivere il mercato << fiera >> scrive: <<...tutti coloro i quali vanno alla fiera, sanno che questa non potrebbe aver luogo se, oltre ai banchi dei venditori...ed oltre la folla dei compratori...non ci fosse qualcos'altro: il cappello a due punte della coppia dei carabinieri...la divisa della guardia municipale che fa tacere due che si sono presi a male parole, il palazzo del municipio..., la pretura e la conciliatura, il notaio che redige i contratti, l'avvocato a cui si ricorre quando si crede di essere a torto imbrogliati in un contratto, il parroco, il quale ricorda i doveri del buon cristiano. E ci sono le piazze e le strade...E tante altre cose ci sono, che, se non ci fossero, anche quella fiera non si potrebbe tenere o sarebbe diversa da quella che effettivamente è >>¹⁷.

indipendenza dell'Autorità, pubblica regolatrice, affidamento ad essa di un unico compito; natura condizionale della disciplina; relazione trilaterale (regolatore-impresa-utente); sottoposizione al principio del giusto procedimento; controllo giurisdizionale delle decisioni>>.

¹⁶ Va ricordato che anche Adam Smith, padre fondatore dell'economia moderna e del liberismo economico, non nega radicalmente l'intervento dello Stato nell'economia. Ne “*La ricchezza delle nazioni*” postula la teoria della “mano invisibile”, cioè un meccanismo naturale in forza del quale la ricerca dell'interesse personale dei singoli porta, involontariamente, al benessere collettivo; tuttavia, riconosce un ruolo anche in capo allo Stato al fine di garantire il buon funzionamento del mercato. In particolare, Smith affermava che il mercato aveva bisogno di regole di base per garantire la giustizia, la protezione e il rispetto dei contratti. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, ristampa 2017, Torino, Utet, 2017, libro V, intitolato “Delle spese del sovrano e della comunità”.

¹⁷ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi editore, 2004, parte I, par. 14.

Einaudi riconosce chiaramente e indiscutibilmente che la fiera (sineddoche del mercato) comprende necessariamente (altrimenti non sarebbe la stessa) anche coloro che sono deputati a garantirne l'ordinato svolgimento (quindi anche a regolarla) con un contributo diverso, magari sanzionatorio (il cappello a due punte dei carabinieri), dissuasorio/interdittivo (la guardia municipale), regolamentare (il municipio), conciliatorio (la conciliatura), arbitrale (l'avvocato), cogente (il notaio custode delle regole contrattuali), etico (il parroco), ecc.

In altri termini, stavolta con la lente del giurista, il "mercato" deve essere inteso come *locus artificialis*, cioè popolato anche da istituti giuridici (entro cui si iscrivono gli interventi di regolazione) che ne disegnano quanto meno i contorni esterni se non anche informandolo e innervandolo profondamente¹⁸; gli interventi di regolazione non sono né adespoti né autopoietici¹⁹, ma, quando legittimi, esercitati entro l'alveo dei poteri costituzionalmente riconosciuti (e questa considerazione, semplice, varrebbe a mio modo di vedere a *regolare* il dibattito dottrinale sulla *regolazione* verso approdi più consonanti²⁰).

Ai fini della presente trattazione includerò nel concetto di regolazione tutto ciò che *sta attorno alla fiera*, quindi abbraccerò un'accezione ampia di regolazione quale attività, complessivamente considerata, volta a introdurre e favorire il rispetto di regole, rivolta a un settore o mercato (non ai singoli soggetti in quanto tali), al fine di garantire il raggiungimento di determinati obiettivi.

Accolta una siffatta nozione di regolazione, la regolamentazione è inclusa nella regolazione perché ne cattura la dimensione produttiva di regole, pur tuttavia non ne è sinonimo, ma parte del tutto; così come sarà parte della regola-

18 La tesi abbracciata trova mirabile elaborazione in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Laterza, 2009, pag. V: <<...l'economia di mercato, al pari di altri e diversi assetti (collettivistico, misto ecc.), è *locus artificialis*, e non *locus naturalis*; che codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale, in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forma all'economia, e la fa, di tempo in tempo, mercantile o collettivistica o mista, e via seguitando; che quelle decisioni politiche sono di per sé mutevoli, sicché i vari regimi dell'economia vengono segnati dalla storicità, e nessuno può dirsi assoluto e definitivo>>.

19 Se fossero autopoietici bisognerebbe ipotizzare, come pur ipotizzato da taluno, che esista una *lex mercatoria* che si fa da sé in campo economico, al di fuori di basilari principi costituzionali.

20 Come lucidamente spiegato da R. MANFRELLOTTI, *La BCE come Autorità amministrativa europea*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, A. Barone – G. Drago (a cura di), Luiss, Roma, 2022), è un'illusione che possa ipotizzarsi un potere neutro, è una contraddizione in termini, perché chiaramente l'esercizio, ma anche il non esercizio del potere, integra una scelta e una direzione.

zione il complesso di interventi rivolti a un gruppo di destinatari o alla totalità degli stessi, volti a favorire il rispetto delle regole.

L'azione di supervisione bancaria esercitata dalla Banca Centrale Europea pare sussumibile, almeno in una sua parte, nella sopradescritta seconda componente della regolazione, con talune "incursioni" regolamentari, latamente normative, nei termini che verranno *infra* approfonditi. Per completezza occorre chiarire che l'"insieme" supervisione non si esaurisce nella regolazione, ma comprende anche quegli interventi amministrativi rivolti verso i singoli soggetti bancari vigilati: mi riferisco alle autorizzazioni, alle attività ispettive, informative, di controllo, ai numerosi procedimenti amministrativi, che BCE svolge e/o adotta²¹. La presente trattazione non si estende all'attività di supervisione *tout-court*, ma solo a quella parte della stessa sussumibile nella regolazione, in quanto rivolta verso l'intero settore (bancario) e non verso i singoli, coerentemente con la nozione di regolazione sopra tratteggiata. Naturalmente porre una linea di demarcazione netta tra supervisione *tout-court* e supervisione-regolazione non è facile²², perché gli interventi di vigilanza adottati dalla BCE verso le singole banche dispiegano un contenuto vincolante rivolto, certo, solo al singolo destinatario, ma non lasciano indifferenti tutti gli altri soggetti che abitano lo stesso mercato. Indirettamente, quindi, la supervisione-regolazione partecipa all'esercizio della funzione di regolazione nella sua globalità.

3. Perché BCE è regolatore (ma non regolamentatore) del mercato bancario europeo

Il tema della regolazione dei mercati è antico: taluni economisti sosterebbero agevolmente che la funzione primaria della regolazione, valevole per

21 Mi si permetta di rinviare su questi aspetti a A. Barone – G. Drago (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., *passim*.

22 In dottrina, con riferimento ai poteri regolamentari della Banca d'Italia, per distinguere tra atti amministrativi e regolamenti, si è fatto ricorso ad alcuni indici di riconoscibilità quali la generalità, l'astrattezza, il carattere innovativo sotteso all'esercizio della funzione regolamentare. Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento dei mercati: alcune riflessioni*, in Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, Roma, 1996; V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare in Mondo bancario*, 1994. Come si è avuto modo di chiarire, la funzione regolatoria è più sfumata rispetto a quella regolamentare vera e propria, potremmo dire che si pone in mezzo tra la prima, regolamentare, e la seconda amministrativa, saldandole inscindibilmente.

tutti i settori, è garantire mercati efficienti ed equi²³: i mercati presentano delle imperfezioni, distorsioni, quindi la regolazione è necessaria per evitare comportamenti opportunistici delle imprese, distorsivi della concorrenza²⁴.

Se rivolgiamo l'attenzione alla letteratura giuspubblicistica, in fondo non cogliamo elementi dissonanti; la regolazione è necessaria per garantire l'equilibrio tra libertà economica e interessi pubblici, in modo imparziale, efficiente e trasparente²⁵.

Quindi il combinato di considerazioni antiche circa l'esigenza di regolare i mercati e, in particolare, il mercato bancario data la sua rilevanza, con l'urgenza di fronteggiare la crisi dei mercati finanziari propagatasi in Europa dal 2010, ha prodotto un "salto" in avanti verso il consolidamento dell'Unione Europea, con la costituzione dell'Unione Bancaria Europea, al centro della quale la BCE svolge il ruolo di Supervisore unico, oltre che artefice della politica monetaria²⁶.

23 Sul concetto di equità le sensibilità sono mutate nel tempo, difficile concordare su cosa sia giusto o equo. Un contributo importante sul tema si deve a J. RAWLS, *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, *passim*.

24 Chiaramente si fa riferimento a quella parte degli autori di matrice non proprio liberista, non troppo convinti che il *laissez faire* sia sufficiente (benché come chiarito *supra* neanche Adam Smith professava l'anarchia economica riconoscendo allo Stato un certo ruolo di protezione del mercato). Cfr. *ex multis*, i premi Nobel per l'economia J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, MIT Press Ltd e R. COASE, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, Vol. III, 1960, Chicago. Coase è più "tepidi" circa la necessità della regolazione, utile soprattutto ove i costi di transazioni siano elevati e il regolatore operi adeguatamente. <<The argument has proceeded up to this point on the assumption (explicit in Sections III and IV and tacit in Section V) that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption... Furthermore, such general regulations which must apply to a wide variety of cases will be enforced in some cases in which they are clearly inappropriate. From these considerations it follows that direct governmental regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm. But equally there is no reason why, on occasion, such governmental administrative regulation should not lead to an improvement in economic efficiency>>.

25 La letteratura sul tema è vastissima e si intreccia al tema della Autorità indipendenti che incarnano il ruolo dei regolatori. *Ex multis*: M.S. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, Il Mulino, 1993; G. GUARINO, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, Giuffrè, 1970; S. CASSESE, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/1999; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. MERUSI – F. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2011.

26 La scelta di conferire a BCE il compito di regolare e supervisionare il mercato bancario unionale è, come tante scelte di forte impatto, figlia dell'emergenza: la profonda crisi dei mercati del 2010, divenuta rapidamente "crisi del debito sovrano", aveva seriamente fatto barcollare la stabilità dell'economia dell'Eurozona, preoccupando gli Stati membri a tal punto da spingerli a rinunciare a una porzione rilevante di sovranità nazionale (sul credito) per attribuirli a un soggetto terzo, sovraordinato, e meglio attrezzato a gestire crisi in modo accentrato. Sul tema, mi si permetta di rinviare a A. BARONE – G. DRAGO – C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza bancaria europea*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021.

Ma se sussiste una certa concordia nel ritenere che la regolazione migliora il mercato, ed è nell'interesse di tutte le economie un mercato efficiente da cui trarre giovamento, non è insensato chiedersi perché non riconoscere al Regolatore tutti i poteri utili a garantire e perseguire l'efficienza del mercato. BCE, cui il legislatore unionale ha attribuito rilevanti poteri di supervisione, non ha poteri regolamentari.

Il Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 Ottobre 2013 (cd. *SSM Regulation*, Reg. 1024/2013) ha conferito alla Banca Centrale Europea compiti *specifici* in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità delle banche e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro²⁷. La BCE esercita i poteri attribuiti nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, fatti salvi il diritto dell'Unione, i poteri delle altre Autorità Europee (*inter alia* l'EBA, *European Banking Authority*) e nazionali; è soggetta alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione elaborate dall'EBA e adottate dalla Commissione. BCE può adottare regolamenti di carattere auto-organizzativo, <<solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuitile>> dal Reg. 1024/2013²⁸.

La scelta di campo chiara del legislatore europeo è stata quella di escludere che la BCE possa normare, *to rule-make*, in materia di supervisione bancaria, mantenendo questo potere in capo agli organi legislativi europei, nazionali, e confermando le prerogative normative (*rectius* quasi-normative) dell'EBA che: a) elabora norme tecniche di regolamentazione (RTS, *regulatory technical standards*) che specificano le disposizioni bancarie, ma che devono essere adottate dalla Commissione europea, per delega del Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea; b) emette orientamenti (*Guidelines*) e raccomandazioni in merito all'applicazione del pertinente diritto dell'Unione.

Non risultava per nulla scontato escludere che la BCE, nell'ambito della supervisione bancaria, godesse anche di un potere regolamentare; innanzitutto perché il TFUE attribuisce questo potere a BCE in materia di politica mone-

²⁷ Art. 1 Reg. 1024/2013

²⁸ Art. 4, comma 3 Reg. 1024/2013.

taria. In forza dell'art. 132 del Trattato, la BCE ha il potere di adottare regolamenti al fine di definire e attuare la politica monetaria europea, assicurare sistemi di pagamenti e compensazioni efficienti.

Inoltre, in altri Stati UE le Autorità di settore esercitano poteri regolamentari: per esempio il Testo Unico Bancario (TUB)²⁹ e il Testo Unico della Finanza (TUF)³⁰ attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di regolamentare numerosi aspetti dell'attività degli intermediari bancari e finanziari, per assicurare stabilità, efficienza e competitività al sistema finanziario. Gli atti normativi della Banca d'Italia possono assumere forme diverse (disposizioni di vigilanza, regolamenti, circolari)³¹. Con la nascita del SSM paradossalmente si ha in Italia un'Autorità (Banca d'Italia) che ha mantenuto teoricamente un potere regolamentare su un settore del quale ha perso la connessa funzione di vigilanza (limitatamente agli intermediari significativi)³².

Le ragioni della scelta di non attribuire alla BCE una funzione normativa/regolamentare possono essere varie: la più immediata è riconducibile al dato normativo, al fatto che il TFUE non prevedeva in capo alla BCE il ruolo di supervisore del mercato bancario né tanto meno quello di regolamentatore dello stesso. Si sarebbe potuto ovviare al problema mediante la stessa scelta operata in materia di supervisione, vale a dire con un regolamento UE che attribuisse a BCE il potere regolamentare; tuttavia più in radice mi sembra che la mancata attribuzione diretta alla BCE di tale potere sia anche il risultato di considerazioni legate a un delicato equilibrio tra esigenze di efficienza e stabilità da un lato

29 L'art. 53 del TUB, Dlgs 385/1993, rubricato vigilanza regolamentare, prevede che la Banca d'Italia ...emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; d-bis) l'informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui alle lettere da a) a d)>>.

30 Dlgs 58/1998, art. 6.

31 Sul carattere normativo degli atti della Banca d'Italia, cfr, *ex multis*: S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, pag. 40; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1972, pagg. 97 ss e più recentemente B. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti* 1996, pagg. 227-246 in www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-volumi-osservatorio/osservatorio-1996; S. FOA, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002.

32 Peraltro, occorrerebbe chiedersi quanto BCE sia tenuta a osservare le norme regolamentari di settore adottate da Banca d'Italia (o da altra *National Competent Authority*), non essendo assolutamente scontato che le stesse integrino "diritto dell'Unione" o "legislazione nazionale" e conseguentemente vincolanti per la BCE ex art. 4, comma 3, *SSM Regulation*.

e, dall'altro, rispetto della sovranità degli Stati membri ed equilibrio tra Istituzioni europee. Probabilmente hanno giocato un ruolo anche valutazioni inerenti alla salvaguardia dell'autonomia della BCE, nella definizione della politica monetaria, da eventuali interferenze rivenienti dall'esercizio di poteri normativi nel campo della supervisione. Inoltre, un potere normativo in capo alla BCE avrebbe rappresentato un'ulteriore amputazione della sovranità nazionale in campo economico e finanziario, creando una concentrazione di potere inedita in capo a una Istituzione europea, attributaria già di un potere esteso nell'Eurozona, volto alla definizione e attuazione della politica monetaria unica, con l'obiettivo prioritario di mantenere la stabilità dei prezzi. Senza contare poi che la BCE è un'entità tecnica e indipendente, non eletta direttamente dai cittadini: il conferimento di un potere regolamentare pieno avrebbe potuto rinfoculare questioni di deficit democratico in Europa.

Va da sé, nondimeno, che l'esercizio del potere di normazione secondaria, cui si fosse saldato il potere di dare attuazione alle norme adottate, attraverso coerenti interventi "sul campo", avrebbe recato anche taluni vantaggi; a) avrebbe minimizzato i rischi di distonia nei diversi tratti dell'azione di regolazione del mercato, rendendo quest'ultima più efficace ed efficiente; b) avrebbe consentito alla BCE di rispondere rapidamente ai cambiamenti in un settore, quello finanziario, in costante e frenetica evoluzione; c) avrebbe garantito l'*expertise* necessario e coerente ad un settore che richiede alta specializzazione³³.

4. Gli strumenti della regolazione

Il TFUE³⁴ (artt. 132 e 34 Protocollo SEBC) propone una elencazione precisa degli "atti giuridici" (*legal acts*) che la BCE può adottare: tuttavia accanto agli atti giuridici ufficiali si pongono una serie di atti "atipici" attraverso cui

³³ G. FERRARINI – F. RECINE, *The single rulebook and the SSM: Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization*, in D. Bush – G. Ferrarini (a cura di), *European Banking Union*, Oxford 2020, para 5.27.

³⁴ Esula dal campo della presente analisi la trattazione dei poteri normativi della BCE in materia di politica monetaria per la quale si rimanda *ex multis* a: B. BEUTLER- R. BIEBER-J. PIPKORN-J. STREIL-J.H.H. WEILER, *L'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 1998; C. V. GORSTOS, *Institutional Aspects of the European Central Bank*, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, 2020; S. BARONCELLI, *Gli atti normativi della Banca Centrale Europea nell'ordinamento comunitario*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-volumi-osservatorio/osservatorio-1999/52-02-stefania-baroncelli/file>;

BCE esprime la propria volontà e/o *view* e dispiegano una certa carica conformante anche maggiore, in taluni casi, degli atti giuridici (per es. rispetto a pareri e raccomandazioni, atti giuridici non vincolanti).

Conseguentemente, privilegiando la prospettiva dell'efficacia regolatoria, di seguito si propone una rappresentazione tassonomica che distingue tra atti ufficialmente vincolanti e non³⁵ (in luogo di quella classica tra atti giuridici e non giuridici):

4.1 *gli atti vincolanti*

Per l'assolvimento dei compiti alla stessa attribuiti, la BCE può stabilire regolamenti, prendere decisioni, formulare raccomandazioni e pareri. Regolamenti e decisioni sono obbligatori in tutti i loro elementi *erga omnes*; tuttavia, se la decisione designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi ultimi³⁶. Dal catalogo di atti giuridici BCE mancano le direttive che sono invece elencate all'art. 288 del TFUE fra gli atti giuridici adottabili dalle Istituzioni Europee: le direttive sono uno strumento legislativo indirizzato agli Stati membri, e rimane riservato esclusivamente agli organi legislativi dell'Unione.

L'art. 34 comma 1 del Protocollo SEBC chiarisce che << con riferimento all'art. 132>> (che elenca gli atti giuridici), BCE può stabilire regolamenti *solo* in alcune materie, e cioè al fine di definire e attuare la politica monetaria europea, assicurare sistemi di pagamenti e compensazioni efficienti³⁷; la norma non richiama tra le materie di generale esercizio di un potere regolamentare la supervisione bancaria. Come si è avuto modo di chiarire in precedenza (cfr. *supra*) BCE non ha potere regolamentare in materia di supervisione bancaria: tuttavia, a parziale rettifica, in forza del Reg. 1024/2013 e in particolare dell'art. 4, la

³⁵ La scelta tassonomica prende spunto da *The taxonomy of ECB instruments available for banking supervision*, R. Bax and A. Witte (a cura di), in ECB Economic Bulletin, Issue 6/2019. In merito agli atti giuridici adottabili dalla BCE cfr. S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013; C. ZILIOI-M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, Giuffrè, 2007.

³⁶ Artt. 132 e 34 SEBC, TFUE.

³⁷ Articolo 34, Atti giuridici: 34.1. Conformemente all'articolo 132 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la BCE: — stabilisce i regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell'articolo 3.1, primo trattino, negli articoli 19.1, 22 o 25.2 e nei casi che sono previsti negli atti del Consiglio di cui all'articolo 41; — prende le decisioni necessarie per assolvere i compiti attribuiti al SEBC in virtù dei trattati e del presente statuto; — formula raccomandazioni o pareri.

BCE può adottare regolamenti anche in materia di supervisione bancaria <<solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti...>>. La norma delinea due fattispecie distinte in cui la BCE può normare: 1) per organizzare; 2) per precisare.

Tra i regolamenti “organizzativi” si iscrive per eccellenza la cd. *Framework regulation* (Regolamento UE n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 16 aprile 2014), integrativo del *SSM Regulation*, istitutivo del quadro di cooperazione, nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico, tra la Banca Centrale Europea e le autorità nazionali competenti. L’atto stabilisce le “regole del gioco”, procedurali e organizzative per l’esercizio della vigilanza bancaria in Europa; a) indica le strutture deputate all’esercizio della funzione di vigilanza (*Joint Supervisory Team*, JST³⁸); b) fissa principi importanti per regolare i rapporti tra BCE e *National Competent Authority* (NCA), quale il principio di leale collaborazione; c) regola alcuni istituti dei procedimenti amministrativi di supervisione, quale il diritto di accesso, l’obbligo di motivazione delle decisioni BCE; d) delinea le caratteristiche dei soggetti “significativi” che ricadono conseguentemente nella competenza diretta della supervisione BCE.

Con riferimento ai regolamenti adottabili per precisare le modalità di assolvimento dei compiti, si può far riferimento agli interventi inerenti all’esercizio delle opzioni e delle discrezionalità previste dal diritto dell’Unione. La BCE è l’autorità competente, per gli Stati membri partecipanti, ad assolvere i compiti microprudenziali nell’ambito del meccanismo di vigilanza unico (MVU) nei confronti di enti creditizi significativi: pertanto essa ha tutti i poteri e gli obblighi che il pertinente diritto dell’Unione conferisce alle autorità competenti, compresi quelli di specificare come conformarsi a disposizioni legislative che lasciano margini di elasticità³⁹ (i.e. “opzioni” e “discrezionalità”) ⁴⁰. BCE può so-

³⁸ Sui JST mi sia consentito il rinvio a G. DRAGO, *I protagonisti della funzione di vigilanza*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, A. Barone – G. Drago (a cura di), *cit.*

³⁹ Art.6, paragrafo 4, Re. 1024/2013, art.147, paragrafo 1, Reg. UE 468/2014 della Banca centrale europea.

⁴⁰ Sia la CRD (Direttiva 2013/36) che la CRR (Reg. 575/2013) che il Regolamento delegato della Commissione 2015/61 contengono un certo numero di “Opzioni” e “Discrezionalità”; le opzioni consentono alle Autorità competenti o agli Stati membri di scegliere come conformarsi a una determinata disposizione, optando tra le alternative previste dalla direttiva. Ad esempio, le Autorità nazionali hanno la possibilità, nel determinare i fattori di ponderazione del rischio per le esposizioni verso gli enti, di utilizzare il metodo di ponderazione del rischio dell’amministrazione centrale o il metodo basato sulla valutazione del

stituirsi ai regolatori nazionali (non agli Stati membri laddove l'opzione e la discrezionalità siano ad essi attribuite) e introdurre norme sostanziali in materia di supervisione⁴¹.

Il TFUE non distingue tra i regolamenti adottabili dalla BCE e i regolamenti delle altre Istituzioni UE; quindi, in linea di principio, dispiegano analoga efficacia normativa: tuttavia, tenuto conto che BCE può adottare regolamenti nell'ambito delle competenze a essa attribuite e che deve rispettare il diritto unionale⁴², dovremmo considerare tali fonti normative "secondarie", riconducibili alla categoria di quegli "atti regolamentari" più volte richiamati dal TFUE e in particolare dall'art. 263, in forza del quale qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ricorso, a determinate condizioni, contro atti regolamentari. La Corte di Giustizia ha confermato la distinzione tra gli atti regolamentari e gli atti legislativi dell'Unione; questi ultimi si caratterizzerebbero per la procedura di adozione, ordinaria o speciale (ex art. 289 TFUE): nondimeno anche i primi sono atti impugnabili perché vincolanti, capaci di incidere sulla sfera giuridica del destinatario, diversi quindi da raccomandazioni e pareri della BCE⁴³.

Come i regolamenti anche le decisioni della BCE sono atti giuridici vincolanti: distinguiamo due tipi di decisioni⁴⁴, quelle con destinatari specificati e

credito. Con il termine "discrezionalità" o "discrezionalità nazionale" ci si riferisce alle ipotesi in cui le Autorità competenti o gli Stati membri possono scegliere se applicare una determinata disposizione. Ad esempio, gli Stati membri possono decidere se imporre il sub-consolidamento contabile agli intermediari bancari.

41 Cfr. per esempio Regolamento (UE) 2016/445 della Banca Centrale Europea

42 Ove adottati un regolamento BCE deve prima <<effettuare consultazioni pubbliche e analizzare potenziali costi e benefici, a meno che tali consultazioni e analisi siano sproporzionate in relazione alla portata e all'impatto del regolamento in questione, ovvero in relazione alla particolare urgenza della questione, nel qual caso la BCE dà conto dell'urgenza>> (art. 4 comma 3, Reg. 1024, cit).

43 Cfr. Corte di Giustizia, Case C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*. Nel caso *de quo* i ricorrenti avevano chiesto l'annullamento di un regolamento relativo all'immissione di prodotti alimentari nel mercato UE; le pretese erano state rigettate, sostanzialmente per carenza di interesse, tuttavia la questione più interessante riguarda l'interpretazione del Giudice circa la portata dell'art. 263 del TFUE legittimante il diritto a ricorrere avverso gli atti dell'Unione. Confermando *in toto* la tesi del Tribunale di primo grado, il Giudice ha riproposto una ricostruzione storico-teleologica della nozione di atto regolamentare, distinto dall'atto legislativo, nonostante ha ammesso che il Trattato, nella sua stesura attuale, non preveda una gerarchia delle fonti, come era stata prevista all'articolo I-33 del progetto di Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa, e che distingueva appunto tra gli atti legislativi, da un lato, e gli atti regolamentari dall'altro.

44 In *The taxonomy of ECB instruments available for banking supervision*, cit., si preferisce una tripartizione dei tipi di decisioni, distinguendo, nell'ambito delle decisioni con destinatari, una seconda categoria riconducibile a tutte le ipotesi di assunzioni di risoluzioni, da parte della

quelle senza destinatari (queste ultime risultano rivolte – e vincolanti- verso tutti). Le decisioni senza destinatari sono frequentemente adottate per regolare aspetti organizzativi interni; si ricordano, tra le più importanti, le decisioni del: 17 settembre 2014 sull'attuazione della separazione tra le funzioni di politica monetaria e le funzioni di vigilanza (ECB/2014/39); 27 marzo 2015 relativa all'accesso del pubblico ai documenti della Banca Centrale Europea in possesso delle autorità nazionali competenti (BCE/2015/16); del 10 gennaio 2025, relativa ai criteri per la notifica delle decisioni di vigilanza ai fini delle prove di stress prudenziali (BCE/2025/1)⁴⁵.

Le decisioni i cui destinatari sono specificati, a esempio quelle che impongono ai singoli intermediari requisiti prudenziali specifici, hanno efficacia coercitiva in materia di supervisione prudenziale, ma dispiegano efficaci generalizzate; quindi, paiono sussumibili predominantemente nell'alveo dell'esercizio della supervisione a ridotta intensità regolatoria. Diversamente le decisioni del primo tipo, senza destinatari, appaiono avere una portata generale ma indirettamente coercitiva sotto il profilo prudenziale, a motivo del loro contenuto "organizzativo": pensiamo per esempio alla decisione sull'accesso ai documenti sopra citata, sarebbe difficile negare che pur non avendo un destinatario specifico, non introduca regole vincolanti verso i soggetti regolati - nel momento in cui decidessero di accedere agli atti-, tuttavia il carattere prudenziale sostanziale delle regole è limitato.

Il quadro degli strumenti regolatori vincolanti non sarebbe completo se non considerassimo anche atti "non giuridici" - non menzionati dall'art. 34 SEBC -, ma cogenti: rientrano in questo novero di strumenti le Istruzioni e gli Orientamenti (Istruzioni generali)⁴⁶. Sono entrambi indirizzati alle Autorità nazionali competenti, per le quali sono vincolanti: quindi l'effetto per il mercato è solo mediato, indiretto.

Mediante le Istruzioni la BCE, per l'assolvimento dei compiti alla stessa attribuiti, richiede alle NCA di esercitare poteri previsti dal diritto nazionale,

BCE, con efficacia vincolante all'interno dell'organizzazione e non all'esterno.

⁴⁵ Più note e di maggiore impatto mediatico le decisioni di politica monetaria sui tassi di interesse.

⁴⁶ Rispettivamente art. 9, comma 1, para.3 e art. 6, comma 5, Reg. 1024/2013. Orientamenti e Istruzioni generali dovrebbero costituire strumenti distinti, ma in concreto non è facile distinguerli né in base al loro contenuto né per forza cogente: cfr. *The taxonomy of ECB instruments available for banking supervision*, cit..

qualora analoghi poteri non siano attribuiti alla BCE: le Autorità nazionali informano la BCE in merito all'esercizio di detti poteri⁴⁷.

Le Istruzioni si distinguono dagli Orientamenti perché ineriscono a interventi diretti da effettuarsi su banche significative⁴⁸, laddove gli Orientamenti sono inerenti all'esercizio della funzione di *oversight* di BCE sulle banche meno significative. BCE non è direttamente competente per l'esercizio dell'attività di supervisione sulle banche meno significative, nondimeno può adottare Orientamenti al fine di indirizzare l'esercizio della supervisione delle NCA su aspetti meritevoli di una trattazione unitaria. A titolo di esempio si possono menzionare gli Orientamenti del 2016⁴⁹ che stabiliscono principi per il coordinamento tra la BCE e le NCA riguardo alla valutazione degli IPS (*institutional protection scheme*) ai fini della concessione di autorizzazioni e deroghe prudenziali.

Gli IPS, diffusi soprattutto in Germania, integrano sistemi di protezione mutua, intercorrenti tra intermediari "consorzati": il riconoscimento (o meno) della sussistenza dell'IPS ha un impatto rilevante nei confronti degli intermediari consorzati, discendendone obblighi di sostegno finanziario mutuo nonché un diverso trattamento a fini prudenziali da parte della BCE.

Analogamente a quanto si è avuto modo di evidenziare per le decisioni (con e senza destinatari), le Istruzioni si caratterizzano per un maggiore coefficiente amministrativo provvedimentale, perché tendenzialmente destinate ad "affliggere", attraverso una NCA, singoli intermediari vigilati; diversamente gli Orientamenti disvelano carattere prevalentemente regolatorio perché destinate a impattare su un numero indeterminato di intermediari che popolano (o possono popolare) un mercato nazionale.

4.2 *gli atti non vincolanti*

Ai sensi dell'art. 34 del SEBC BCE può adottare "raccomandazioni" e "pareri": entrambi integrano la categoria degli "atti giuridici", ma non hanno

47 Art. 9 Reg. 1024/93 e art. 22 Reg. 468/2014, cd. *Framework regulation*

48 In tale senso cfr *The taxonomy of ECB instruments available for banking supervision*, cit.. Tuttavia, la lettura dell'art. 9 del SSM Reg. non sembra limitare la possibilità di esercizio dello strumento *de quo* solo come strumento amministrativo, quindi non si può escludere una funzione anche regolatoria ovvero volta a regolare più intermediari e/o più situazioni tecniche.

49 Orientamento (UE) 2016/1994 della Banca Centrale Europea del 4 novembre 2016 In <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016O0038>

efficacia vincolante.

Il TFUE non definisce nel dettaglio il regime e/o il contenuto delle raccomandazioni: quindi, non sussistendo limiti normativi, BCE potrebbe adottare raccomandazioni praticamente su tutti gli ambiti di sua competenza, rivolgendole verso chiunque. Considerando esclusivamente la supervisione bancaria, si può osservare che, al momento, non sono numerose le raccomandazioni adottate dalla BCE. Meritano una menzione, per la delicatezza del tema affrontato, le raccomandazioni dirette a introdurre restrizioni circa le politiche di distribuzione dei dividendi, rivolte sia nei confronti delle banche significative che delle NCA (e per esse alle banche meno significative)⁵⁰; risultano rivolte solo verso le NCA un secondo gruppo di raccomandazioni, dirette a guidarne l'esercizio di opzioni e discrezionalità. A parte i menzionati tipi di raccomandazioni BCE non ne ha al momento adottate altre con diverso oggetto⁵¹.

Più copiosa l'attività consultiva della BCE rappresentata dall'adozione di pareri⁵². In forza del combinato degli art. 282 comma 5 e 127 comma 4, nei settori che rientrano nelle sue attribuzioni, la BCE è consultata e può esprimere pareri su ogni progetto di atto normativo unionale e dei singoli Paesi membri. A titolo esemplificativo si possono menzionare due recenti pareri: il parere del 30 agosto 2024⁵³ con cui la BCE si è pronunciata su una proposta di regolamento della Commissione UE relativo alla vigilanza sulle norme a protezione dei dati finanziari dei consumatori; il parere del 5 luglio 2023, in forza del quale la BCE ha espresso il suo sostegno verso un progetto di regolamento del Parlamento e del Consiglio, relativo alle modifiche al quadro dell'Unione per la gestione delle crisi e l'assicurazione dei depositi. In particolare, il primo parere risulta interessante perché la BCE ha escluso la riconducibilità, nel perimetro della vigilanza prudenziale, della supervisione circa il rispetto, da parte delle banche, di norme inerenti al trattamento dei dati finanziari dei clienti⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. *inter alia* la raccomandazione (2020/C 437/01) del 15 dicembre 2020 sulla distribuzione di dividendi nel corso della pandemia COVID-19, che abroga una precedente raccomandazione di analogo contenuto.

⁵¹ Cfr. www.eur-lex.europa.eu/browse/institutions/bank.html per un'analisi anche statistica degli atti della BCE.

⁵² Per avere un'idea dell'intensa attività consultiva della BCE, al momento (Febbraio 2025) si registrano 175 pareri in materia di vigilanza bancaria su proposte di atti normativi UE e nazionali (fonte: <https://eur-lex.europa.eu/browse/institutions/bank/statistics.html>).

⁵³ CON/2024/29

⁵⁴ CON/2023/19

Come già chiarito, pareri e raccomandazioni non hanno efficacia vincolante, nondimeno sembra chiaro che dispieghino un contributo regolatorio (cioè volto a garantire il rispetto delle regole, mediante *moral suasion* dei soggetti vigilati, ovvero a precisare le regole); ma prima di fornire al lettore gli elementi a sostegno di tale tesi, è utile allargare il campo di analisi estendendolo ad altri strumenti (atipici) di cui BCE si avvale e che forse costituiscono la parte quantitativamente e qualitativamente più corposa delle fonti di regolazione prudenziale del settore bancario europeo. A titolo esemplificativo e per niente esaustivo si possono richiamare: le “aspettative” attraverso cui la BCE comunica al mercato i comportamenti che ci si aspetta le banche adottino; le “guide” che illustrano l’approccio della BCE riguardo ad argomenti fondamentali per l’intero mercato, come il trattamento dei crediti deteriorati o i rischi climatici e ambientali; le “lettere di vigilanza” alle banche vigilate, con cui si condividono indicazioni sulle questioni più attuali dal punto di vista prudenziale; i “rapporti tematici” utilizzati per la presentazione degli esiti di indagini di vigilanza mirate, quali i rapporti riguardanti le prassi di segnalazione sui rischi o i piani di risanamento delle banche; la fissazione delle “priorità di vigilanza” che preannunciano pubblicamente le aree di rischio prudenziale su cui si appunterà di preferenza l’azione di supervisione. L’elenco non è esaustivo, basterebbe consultare il sito istituzionale della Supervisione bancaria BCE per comprendere che le esternazioni della BCE possono assumere diverse forme. Sono chiaramente strumenti non vincolanti per il mercato e assolvono a funzioni diverse, ora garantendo una maggiore trasparenza nell’operato della BCE anticipando le coordinate di massima della sua azione di supervisione, ora perseguendo il *level playing field* nel mercato; tuttavia, sarebbe difficile negare la loro carica “persuasiva”.

Non va trascurato che il contributo regolatorio atipico (ma anche tipico) assolve inoltre alla funzione di limitare la discrezionalità dell’azione amministrativa di BCE; l’autolimitazione (*rectius* pubblicizzazione) di aspettative, orientamenti, chiarimenti, ecc., da parte di BCE regolatore, non solo è strumentale alla trasparenza, quindi all’*accountability*, ma di fatto incide sull’operare di BCE (stavolta Supervisore), soggetto titolare della funzione amministrativa⁵⁵.

55 Considerazioni sviluppate da M. CERA, *La regolazione dei soggetti finanziari nell’attività normativa delle Autorità*, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 18. La tesi che riprende una sentenza del

L'impatto degli atti "atipici" sul mercato bancario nonché sulle situazioni giuridiche dei destinatari è tutt'altro che trascurabile. Un esempio particolarmente significativo è costituito dall'*Addendum* alla *Guidance* della BCE sui crediti non performanti, datato Marzo 2018. L'*Addendum*, nel contesto delle aspettative di vigilanza sulla svalutazione dei crediti deteriorati, aveva introdotto un meccanismo del tipo "*comply or explain*" e dettato una precisa tempistica entro la quale le banche avrebbero dovuto completare gli accantonamenti prudenziali⁵⁶. L'*Addendum* ha generato effetti considerevoli sui bilanci bancari nonché indirettamente sui diritti degli azionisti⁵⁷. Un secondo esempio che mette conto menzionare è la "Guida" della BCE alla verifica dei requisiti di idoneità degli esponenti aziendali: la materia trattata e regolata, i.e. la valutazione circa l'idoneità di un candidato a poter ricoprire il ruolo di membro degli organi aziendali apicali di una banca, involge diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti del singolo e delle banche.

L'obiezione naturale sollevabile a questo punto è che né gli strumenti atipici sopra descritti, né raccomandazioni e pareri, hanno un contenuto vincolante. Tuttavia, la mancanza di cogenza di per sé non significa che manchi la carica regolatoria, vale a dire la "spinta" rivolta al mercato affinché i comportamenti dei soggetti vigilati si adeguino uniformandosi alle regole.

In merito alla pretesa mancanza di un contenuto vincolante ufficiale, occorre specificare che sarebbe più corretto assumere non una mancanza quanto una diversa gradazione nella carica conformativa degli atti non vincolanti. Una conferma in tale senso viene dalla Corte di Giustizia europea secondo la quale, laddove alla BCE è riconosciuto il compito di promuovere il regolare funzionamento di una materia, ciò non implica che essa disponga necessariamente del potere di regolamentare⁵⁸, attribuito solo in casi particolari ed esplicitamente.

Tar Puglia n. 85 del 1996, è riferita alla funzione regolatoria della Banca d'Italia, ma può senz'altro essere estesa alla BCE.

⁵⁶ <<Only in the event that the accounting treatment applied is considered not prudent from a supervisory perspective may supervisors determine adequate measures on a case-by-case basis>> cfr. *Addendum*, cit., pag. 12.

⁵⁷ La svalutazione dei crediti e i connessi necessari accantonamenti a copertura delle perdite, determinano importanti effetti sui profitti annuali e, quindi, sulle politiche di distribuzione agli azionisti.

⁵⁸ Per completezza va però richiamata la cd. Teoria dei poteri impliciti tracciata dalla Corte di Giustizia in forza della quale ove ad una Istituzione unionale è attribuita una missione, le vanno riconosciuti i compiti per realizzarla, nonostante manchi un'esplicita previsione

Nondimeno ove la BCE adotti un atto non formalmente regolamentare, occorre verificare se, dal tenore letterale e dalla sostanza di quest'ultimo, la BCE fissa una posizione definitiva e precisa: in tal caso l'atto è destinato a produrre effetti giuridici e quindi sarà impugnabile⁵⁹. In generale secondo una costante giurisprudenza, l'idoneità di un atto a produrre effetti giuridici dipende dal suo tenore letterale e dal contesto nel quale si iscrive, dalla sua sostanza nonché dall'intento dell'autore: atti non vincolanti (raccomandazioni e pareri) possano dispiegare effetti interpretativi/orientativi di regolamenti e direttive, nei confronti di Stati membri, nonché delle Corti nazionali, come di privati⁶⁰. E' indiscutibile che la Corte riconosce l'impugnabilità di un atto, formalmente non vincolante, solo se sussiste un interesse a impugnare del ricorrente; sussiste un interesse a impugnare evidentemente perché l'atto *de quo* è idoneo a incidere, dispiegando effetti conformativi, la sfera giuridica dei/del destinatario dell'atto.

Inoltre, come ha avuto modo di evidenziare lucidamente la dottrina, atti non vincolanti finiscono di fatto per acquisire un valore conformante dell'operato dei destinatari⁶¹, non perché la violazione degli stessi possa condurre fisiologicamente all'irrogazione di sanzioni, comminabili solo per violazioni di norme cogenti, quanto in forza dell'autorevolezza del soggetto proponente (BCE) che vale a permearli di una carica di *moral suasion* molto intensa.

Quanto sopra deve poi essere interpretato alla luce del fatto che la Banca

normative in tal senso.

59 Sentenza del Tribunale (Quarta Sezione) del 4 marzo 2015 nella causa T-496/11, Regno Unito/Banca centrale europea. La questione affrontata dal Tribunale di primo grado concerneva la pubblicazione della BCE sul proprio sito Internet di un <<quadro di riferimento per le politiche di sorveglianza dell'Eurosistema>>, finalizzato a descrivere il ruolo dell'Eurosistema nella sorveglianza dei sistemi di pagamento, di compensazione e di regolamento: il documento prendeva posizione anche su alcuni aspetti quali l'ubicazione degli intermediari coinvolti nel ciclo dei pagamenti. Nonostante il carattere chiaramente non normativo del documento, il Giudice ha rigettato le eccezioni di irricevibilità presentate dalla BCE circa la non impugnabilità del quadro di riferimento, perché assunto non produttivo di effetti giuridici; ha infatti statuito che <<Alla luce di quanto sopra esposto, dall'analisi del tenore letterale e del contesto nel quale esso si iscrive, della sua sostanza, nonché dell'intenzione del suo autore occorre dedurre che il quadro di riferimento produce effetti giuridici e costituisce dunque un atto impugnabile con un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE>>. Cfr. anche in senso analogo Causa T-54/96 Oleifici Italiani SpA e Fratelli Rubino Industrie Olearie SpA contro Commissione delle Comunità europee

60 *Ex multis*: Grimaldi (c-322/88, 1989); Pfeiffer (C-397/01, 2004); FBF vs ACPR, 15 luglio 2021. In letteratura in tal senso cfr. anche M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*.

61 R. MANFRELOTTI, *La BCE come Autorità amministrativa europea*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., pag. 76

Centrale Europea è competente a esercitare nell'ambito dell'azione di supervisione anche attività di *enforcement*; quindi, se appare logico aspettarsi che ci sia coerenza, quantomeno di intenti, tra gli scopi perseguiti dall'azione di *enforcement* e quelli inerenti all'adozione di atti di *soft-law*, si può concludere che l'efficacia precettiva di questi ultimi sia "facilitata" dalla prima⁶².

Paradossalmente il messaggio conformativo degli atti atipici nonché di pareri e raccomandazioni si rafforza man mano che affievolisce il legame con la loro fonte originante (il documento che li contiene), per prendere forma e forza nei comportamenti degli intermediari e nell'azione di vigilanza. Si potrebbe parlare di una funzione para-regolamentare (e quindi indubbiamente regolatoria) entro la quale non-norme si distendono verso uno spazio normativo, fino a lambire l'area occupata dai precetti normativi contenuti negli atti vincolanti⁶³.

5. Le tre "cifre" caratterizzanti della regolazione bancaria della BCE

Se volessimo riassumere con tre aggettivi le cifre distintive della regolazione esercitata dalla BCE in materia di supervisione, riteniamo che i più appropriati siano multilivello, prudenziale, tecnica.

L'attività di regolazione della BCE in ambito bancario è multilivello⁶⁴. Trae alimento da fonti normative variegata, riconducibili a vari livelli, al diritto unionale, al diritto dei singoli Stati membri, alle fonti secondarie (*soft-law*) adot-

62 Pur non residuando dubbi circa la necessità che un'eventuale sanzione non possa scaturire da una condotta non conforme a un atto di indirizzo, va ricordato che BCE può sanzionare le banche ove non ottemperino a decisioni (*legal acts*) assunte dalla stessa. Non si può escludere che le decisioni di vigilanza siano coerenti con atti di indirizzo e sarebbe irrazionale se così non fosse, perché dovremmo ipotizzare altrimenti l'esercizio di una funzione regolatoria schizofrenica (in materia di poteri sanzionatori della BCE cfr. A. PERIN, *I poteri sanzionatori della BCE in materia di vigilanza prudenziale*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., pagg 253 e seg.).

63 Peraltro, per completezza si segnala che ex art. 4 del Reg. 1024/2013 comma 3 capoverso 4, la BCE contribuisce, se necessario, partecipando all'elaborazione di progetti di ...norme tecniche di regolamentazione o di attuazione dell'EBA o richiama l'attenzione di quest'ultima sulla potenziale necessità di presentare alla Commissione progetti di norme che modificano le attuali norme tecniche di regolamentazione o di attuazione>>. Conseguentemente la BCE indirettamente partecipa al processo generativo delle norme di supervisione bancaria di altre Istituzioni.

64 Il carattere multilivello, pur afferendo perfettamente alla regolazione della BCE, probabilmente è elemento comune al più ampio tema dell'integrazione europea. Come messo in evidenza in letteratura, le forze che spingono verso un'Unione europea, mettono in discussione le prospettive Stato-centriche per le quali sono i Governi nazionali i "*major players*"; invece l'UE richiede un "lavoro di squadra" in cui si mescolano livelli multipli di interazione, statali, sovranazionali e sub-nazionali. Cfr. *funditus* AA. VV., *The evolution of EU Law*, Craig – G. de Búrca (a cura di), Oxford University Press, 2021, Third Edition, pag. 19 e seg.

tate principalmente dall'EBA⁶⁵: tutte assieme tali fonti costituiscono il *single rulebook* su cui poggia la *banking union* europea. BCE, Istituzione Europea, è soggetta alla legislazione unionale nonché alla legislazione nazionale dei singoli Stati, nell'assolvimento dei suoi compiti; allo stesso tempo trae i suoi poteri dai diversi sistemi normativi cui è soggetta. (poteri modulati evidentemente in ragione della diversa collocazione territoriale degli intermediari vigilati).

Il carattere multilivello della supervisione bancaria non solo si coglie nel novero delle fonti del potere, ma anche nelle modalità di esercizio dello stesso; l'SSM esprime al suo interno diversi livelli o modelli di interazione (o integrazione) amministrativa europea, non a caso si parla di meccanismo proprio perché richiama la coesistenza di diversi elementi/attori tra loro collegati da relazioni non unidirezionali. Entro l'SSM le singole Autorità di Vigilanza e BCE cooperano scambiandosi informazioni, benché la BCE mantenga, in materia di supervisione sugli intermediari significativi, una posizione di primazia; sugli intermediari meno significativi invece la supremazia operativa passa alle singole Autorità, su di essi BCE mantiene solo un ruolo di *oversight*. Peraltro, indipendentemente dalla significatività o meno dei destinatari, in alcuni casi l'integrazione amministrativa tra BCE e le NCA diventa più stretta (per es. nei casi in cui BCE avoca la competenza su intermediari meno⁶⁶ significativi e nei casi di cd. *common procedures*, procedimenti amministrativi di supervisione che prevedono la compartecipazione BCE/NCA).

È multilivello anche l'"utilizzabilità" delle norme regolatorie a seconda delle peculiarità degli ordinamenti giuridici in cui vanno a impiantarsi; la pluralità di sistemi giuridici con cui è chiamata a interloquire la Vigilanza richiede che nonostante BCE parli "ad una voce" in tutta l'Eurozona, l'efficacia confor-

65 Considerando n. 34 e art. 4, par. 3 Reg. 1024/2013: Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali "opzioni". Poiché il regolamento menziona la legislazione nazionale, bisogna concluderne che, *stricto jure*, la regolamentazione nazionale che proviene dalle Autorità nazionali di Vigilanza, non costituendo legislazione nazionale ma fonte sotto-ordinata, non vincola la BCE nell'esercizio delle sue funzioni.

66 Cfr. *funditus*, *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, A. Barone – G. Drago (a cura di), *cit.*, *passim*.

mativa veicolata si moduli diversamente a seconda dell'intermediario/Stato membro cui si rivolge, al fine di rispettarne le peculiarità giuridiche⁶⁷. Si pensi ai diversi dispositivi di *governance* aziendale, ai moduli di coordinamento aziendale infra-gruppi bancari, alle disposizioni fiscali e contabili, alle caratteristiche e ai tempi dei processi giudiziari; la stessa norma regolatoria di supervisione quando si salda con istituti giuridici diversi tra gli Stati dell'Unione, sortisce effetti eterogenei, perché aderisce a tessuti ordinamentali disuguali⁶⁸. È compito poi della BCE dosare la regolazione attraverso un'azione di supervisione che tenga conto delle disparità, per ristabilire condizioni di *level playing field*: strumentale all'espletamento di questa finalità appare la scelta organizzativa di attribuire ai JST (*Joint Supervisory Team*) la vigilanza *on-going*, giornaliera, dei gruppi vigilati. La composizione eterogenea, multilivello, dei team, con risorse incardinate presso la BCE e risorse incardinate presso le NCA (ma funzionalmente sotto-ordinate al Coordinator organico alla BCE), consente di meglio contemperare le esigenze di armonizzazione con le caratteristiche locali, e approdare conseguentemente a una azione regolatoria *fair*⁶⁹.

L'ultimo tratto multilivello pertiene agli strumenti di regolazione che BCE utilizza per perseguire le proprie finalità (per questo cfr. *supra* par. 3).

Il secondo attributo che contraddistingue la regolazione della BCE è il termine prudenziale.

Gli approcci della regolazione possono seguire prospettive diverse⁷⁰ e tutelare valori diversi. Un primo approccio può perseguire la protezione del consumatore da comportamenti opportunistici, imponendo alle banche con-

67 Nonostante la regolamentazione bancaria europea volga verso forme di armonizzazione (*single rule-book*) la dottrina (M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in Quaderni giuridici della Banca d'Italia, Luglio 2016, in www.bancaditalia.it) ha evidenziato come si assista a una "importazione" entro l'ordinamento bancario dei moduli di diritto societario dei singoli Paesi membri, di talché di fatto ogni Paese seleziona "l'utilizzabilità" della norme UE, proprio in forza degli istituti civilistici e societari che si applicano agli intermediari bancari, con evidenti ostacoli all'efficacia dell'azione di supervisione centralizzata.

68 Ovviamente c'è anche il rischio di creare disparità: per esempio le disposizioni sul trattamento dei crediti deteriorati, postulando la classificazione del credito anche in forza del ritardo nel pagamento dello stesso, hanno avuto impatti profondamenti diversi negli Stati unionali a seconda di quanto il sistema economico nazionale stigmatizzasse il ritardo.

69 Sui JST cfr. G. DRAGO, *I protagonisti della funzione di vigilanza*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit..

70 L. DRAGOMIR, *European Prudential Banking Regulation and Supervision: The Legal Dimension*, London, Routledge, 2010, pp 53-56.

dotte trasparenti e non depredatori; un secondo approccio si potrebbe concentrare sulla protezione degli operatori in caso di crisi, attraverso adeguati strumenti di risoluzione⁷¹; il terzo invece, prescelto per la BCE, è di tipo prudenziale, volto cioè a promuovere la sana e prudente gestione degli intermediari bancari al fine di garantire la stabilità degli stessi.

Nonostante la fortuna del termine prudenziale, lo stesso non è univocamente inteso e non esiste una precisa definizione normativa; lo si fa risalire ai lavori del Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria⁷² che avrebbe introdotto formalmente il concetto di *prudential supervision* (vigilanza prudenziale) negli anni 80, con la pubblicazione del primo Accordo di Basilea nel 1988, noto come Basilea I. L'accordo è stato il primo *framework* internazionale a stabilire requisiti patrimoniali minimi per le banche, con l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario globale, sviluppato in risposta alle crisi bancarie degli anni 70/80. Per la verità scorrendo il testo del menzionato accordo non c'è una definizione di vigilanza prudenziale; i termini *prudent* and *prudential* sono utilizzati (poco) e in modo a-tecnico, per richiamare ordinari concetti di cautela, ora nella valutazione delle riserve, nella gestione della liquidità e di asset immobiliari⁷³. La cifra prudenziale della vigilanza si dispiega via via attraverso le versioni successive degli Accordi di Basilea, e i termini *prudente/prudenziale* sono oggi ampiamente presenti nel cd. *Basel Framework* che raggruppa gli standards fissati dal Comitato per regolare la supervisione bancaria. Tuttavia, la "prudenzialità" non incontra una definizione precisa, aderisce di volta in volta a espressioni co-

71 R. CRANSTON, *The Single market and the law of banking*, London, Lloyds of London Press, 1997, pag. 84.

72 Il Comitato di Basilea è stato istituito dai governatori delle Banche centrali dei dieci paesi più industrializzati (G10) alla fine del 1974, con sede a Basilea; esso opera alla BRI, Banca dei Regolamenti Internazionali, e ha lo scopo di promuovere la cooperazione fra le banche centrali ed altre agenzie equivalenti allo scopo di perseguire la stabilità monetaria e finanziaria. Obiettivo del Comitato è quello di concordare politiche comuni volte ad evitare che normative, comportamenti e procedure difformi all'interno dei singoli sistemi finanziari nazionali possano portare a conseguenze negative sul sistema finanziario globale. Nonostante al Comitato non sia riconosciuta alcuna funzione normativa vincolante, gli accordi di Basilea di fatto influenzano profondamente le disposizioni normative di rango primario e secondario che poi vengono adottate dalle istituzioni nazionali e sovranazionali in campo finanziario ed economico.

73 Cfr. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, Basel, July 1988, pagg. 5,10,12,19 in <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.htm>. Non a caso nella versione italiana le espressioni prudente, prudenziale, vengono tradotte con espressioni non tecniche come cautelativo, cautela, prudente. Cfr. Traduzione ufficiale dell'accordo in <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.htm>

me principi, valutazioni, approcci, che devono informare l'attività del banchiere per garantire una gestione sana e prudente dell'impresa banca⁷⁴.

Il capo V e l'incluso art. 25 del TFUE, Protocollo sul SEBC, sono rubricati Vigilanza prudenziale, ma non la definiscono; prevedono semplicemente che la BCE possa fornire pareri in materia di vigilanza prudenziale a Istituzioni UE e nazionali⁷⁵. Sappiamo però che all'art.1 il Reg. 1024/2013 ha attribuito alla BCE <<...compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi>> e che <<la portata dei compiti di vigilanza della BCE si limita alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi>>. Il menzionato regolamento non attribuisce alla BCE compiti di vigilanza di altro tipo: coerentemente il considerando 28 del Reg. fa salve in capo alle Autorità nazionali taluni compiti, quali le notifiche relative allo stabilimento e alla libera prestazione di servizi, la vigilanza su soggetti non bancari, la vigilanza sui servizi di pagamento, la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo⁷⁶, la protezione dei consumatori.

Alla luce di quanto sopra si prospettano due opzioni per la ricostruzione del concetto di vigilanza prudenziale, in mancanza di una definizione UE ufficiale e vincolante: la prima condurrebbe a una "riempimento dal basso" (*bottom-up*) del concetto, vale a dire collazionando gli elementi integrativi dello stesso sulla base delle caratteristiche delle singole attribuzioni conferite alla BCE in materia di supervisione. Tuttavia, questa opzione, postulerebbe come conseguenza che non vi sia spazio per estensioni della regolazione prudenziale atte a

⁷⁴ Cfr Basel Framework, in https://www.bis.org/basel_framework/search.htm?q=prudent

⁷⁵ Vigilanza prudenziale, Articolo 25: <<25.1 La BCE può fornire pareri e essere consultata dal Consiglio, dalla Commissione e dalle autorità competenti degli Stati membri sul campo d'applicazione e sull'attuazione della legislazione dell'Unione relativa alla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e concernente la stabilità del sistema finanziario. 25.2. Conformemente ai regolamenti del Consiglio, ai sensi dell'articolo 127, paragrafo 6, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la BCE può svolgere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, eccettuate le imprese di assicurazione>>.

⁷⁶ L'esclusione di attribuzioni in materia di anti-riciclaggio richiede qualche chiarimento: la Corte di Giustizia ha assunto una posizione peculiare: in sede di autorizzazione/revoca dell'esercizio dell'attività bancaria la Corte ha affermato che spetta alla BCE determinare se i fatti che costituiscono violazioni di norme anti-riciclaggio giustificano la revoca della licenza bancaria (Court of Justice, Judgment of 7 September 2023, *Versobank AS v. ECB*, case C-803/21 P, ribadito in Court of Justice, Judgment of 12 September 2024, *Anglo Austrian AAB AG v. ECB*, case C-579/22 P, (*paragraphs* 42-48). Quindi in fondo la BCE manterrebbe, secondo la Corte, una competenza in materia di anti-riciclaggio nella misura in cui può impattare sulla stabilità dell'ente creditizio.

coprire fattispecie di rischio non espressamente codificate oggi, ma che comunque possono cospirare a destabilizzare un intermediario bancario; avuto riguardo anche alla frenetica rapidità con cui i mercati finanziari evolvono, pungolati dalla ricerca di forme maggiori e nuove di profitto, fonti di possibile rischio, preferiamo una diversa opzione ermeneutica, *top-down*.

Tale seconda via, che mi sembra preferibile, conduce a sostenere che nel teorico perimetro di estensione della regolazione bancaria potrebbero (*rectius* dovrebbero) rientrare tutte le regole (e gli interventi) strumentali a garantire la sana e prudente gestione della banca. Le Autorità di regolazione non pongono regole precise, bensì preferiscono indicare standard di comportamento, criteri di carattere generale, finalità da perseguire⁷⁷. Il carattere della “prudenzialità” integrerebbe uno dei tanti “concetti giuridici indeterminati”⁷⁸, rimesso all’interpretazione del regolatore⁷⁹, necessario per garantire all’Autorità l’esercizio elastico (*discrezionale*) delle sue funzioni amministrative, pur guidata da conoscenze tecniche specialistiche tratte, nel caso *de quo*, dall’ambito bancario. La vigilanza prudenziale segna infatti il passaggio da un approccio dirigistico, basato su divieti e regole rigide, a un approccio elastico, che richiede anche una valutazione responsabile dei soggetti vigilati in cambio del quale agli stessi sono garantiti margini di libertà. Si consideri per esempio la raccomandazione della BCE del 27 luglio 2020 sulla distribuzione di dividendi nel corso della pandemia COVID-19⁸⁰; preliminarmente lo strumento utilizzato, la raccomandazione, non è (*non era* visto che era valida fino al 1 Gennaio 2021) ufficialmente vincolante: in ogni caso faceva salva la possibilità per gli intermediari che avessero voluto derogare, di <<contattare il proprio gruppo di vigilanza congiunto (JST) per stabilire se tali corrisposizioni di dividendi o impegni irrevocabili a corrispondere dividendi siano (*fossero stati*) opportuni>>. Pertanto, nonostante la chiarezza del precetto proposto, residuavano margini di confronto, di dialogo tra mer-

⁷⁷ M. CERA, *La regolazione dei soggetti finanziari nell’attività normativa delle Autorità*, cit., pag. 15.

⁷⁸ Sul tema, intimamente connesso con il più ampio aspetto della discrezionalità tecnica, cfr. da ultimo: M. TRIMARCHI, a cura di *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024.

⁷⁹ Si richiamano le considerazioni di cui, pag. 21 del testo, circa il parere del 30 Agosto 2024 (C/2024/5923). BCE ha escluso infatti la propria competenza prudenziale in materia vigilanza su norme volte alla protezione dei dati personali di clienti di banche, circoscrivendo quindi il proprio mandato, sebbene mediante parere.

cato e supervisore.

Il terzo attributo della regolazione risiede nella sua natura tecnica. La regolazione è tecnica, perché tecnica è la materia cui è rivolta; richiede competenze giuridiche, economiche, informatiche, ingegneristiche, tecnologiche, al fine di poter interloquire con operatori specializzati, che abitano contesti in frenetica evoluzione. A titolo di esempio si possono ricordare gli interventi regolatori in materia di misurazione dei rischi aziendali (credito, mercato, operativo) e calcolo della dotazione patrimoniale richiesta⁸⁰; molte banche utilizzano “modelli” matematici predittivi, basati su simulazioni statistiche complesse. Tenuto conto della rilevanza della (corretta) misurazione dei rischi per la stabilità delle banche, una regolazione che rinunciasse a proporre standards valutativi virtuosi (prudenti), tralasciando gli aspetti tecnici, sarebbe pressoché irrilevante e influente sul settore regolato.

Mette conto di menzionare il dibattito intenso in letteratura sugli inconvenienti e i rischi involti nell'eccesso di tecnicismo, quali il deficit di trasparenza e quindi di controllabilità del regolatore, aggravato dalla condizione di mancanza di legittimazione democratica delle Istituzioni tecniche (al cui novero BCE appartiene). È stato evidenziato che una “deriva” tecnocratica rende complesso il sindacato sulla correttezza dell'operato dei regolatori, i quali finiscono con il disporre di ampi margini di autonomia su settori importanti per la vita dei consociati⁸¹.

Indubbiamente le competenze tecniche necessarie per regolare il mercato bancario non sono nella disponibilità di chiunque; ne consegue un affievoli-

80 Cfr. *ex multis*, ECB *guide to internal models*, in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/other-publications/publications/html/index.it.html?sk=Guide%20to%20internal%20models>. La Guida fornisce indicazioni per le banche che utilizzano modelli interni per calcolare i requisiti di fondi propri, ossia l'importo minimo di capitale che devono detenere per legge; l'utilizzo di tali modelli deve essere autorizzato (validato) dalla BCE.

81 Sui rischi sottesi al tecnicismo, cfr. *ex multis*, G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, *passim*; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, Laterza, 2004, *passim*. Il tema, non nuovissimo, peraltro non ha interessato solo la letteratura giuridica, ma occupa anche (e soprattutto) le pagine della filosofia e storia italiana ed estera: J. HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, 1975, *passim*; C. CROUCH, *Post democracy*, Polity Press (Verlag), 2004, *passim*; G. BERTA, *La deriva europea verso una tecnocrazia oligarchica*, Milano, Il Mulino, 2014, pag. 334: <<Non ci possono essere dubbi sul fatto che Maastricht abbia codificato un'oligarchia di coordinamento sovranazionale investita di poteri ben maggiori di quelli della politica e mossa da una logica che non corrisponde alle procedure democratiche>>

mento della capacità generalizzate di comprendere le regole del mercato.

Per brevità, in questa sede, mi limiterò ad osservare che probabilmente occorre prendere atto del fatto che non dovrebbe essere la regolazione tecnica e perdere il tasso tecnico (a meno di non accettare una regolazione depotenziata), ma dovrebbero esserci (e ovviamente taluni sono presenti), all'esterno della regolazione, istituti, temperamenti, *logoi*, quali primo fra tutti la Politica, incaricati di svolgere il compito di ricondurre la tecnica entro una scala valoriale che la Politica, democraticamente legittimata, dovrebbe aver tracciato, facendosi carico di realizzare idonei meccanismi di *accountability* del regolatore e dei suoi vertici⁸².

6. Conclusioni

Quando mi è stato proposto di scrivere in materia di regolazione bancaria della BCE, mi sono sentito subito onorato ed entusiasta di essere parte del progetto editoriale; tuttavia, alle prime sensazioni tutte positive, sono seguite perplessità, in forza dell'affiorata considerazione che BCE non svolge ruolo di *rule-making*, quindi mi sono chiesto quale contributo potesse offrire alla regolazione. Evidentemente ero catturato dall'equazione "regolazione uguale regolamentazione", che si estrinseca attraverso norme espresse nelle forme tipiche di produzione secondaria, entro un sistema classico di fonti del diritto. Inoltre, essendo immerso quotidianamente nella "macchina della supervisione", mi è più congeniale notare "gli alberi" (i singoli interventi di supervisione) e non "la foresta" (il quadro complessivo disegnato dall'azione di regolazione e supervisione)⁸³.

Man mano che ho cominciato a svolgere alcune riflessioni più approfondite, ho compreso che il termine regolazione si presta a plurivoche interpretazioni pur avendo un nucleo comune, che abbraccia l'attività di introduzione di regole e l'azione volta a farle rispettare da parte di tutti gli attori del settore in cui opera; ho realizzato che BCE dialoga con sistemi giuridici diversi, attraverso un approccio duttile, atipico, multilivello, auto limitativo, non riconducibile a uno o ad altro ordinamento, finalizzato esclusivamente a garantire la sicurezza,

⁸² L'espressione *logoi* è tratta da N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e economia*, Roma, Laterza, 2001, pag. 11.

⁸³ In inglese l'espressione suona forse meglio, "*not see the forest for the trees*", ma credo che il senso sia chiaro.

la solidità degli enti creditizi, la stabilità del sistema finanziario. Per conseguire tali finalità, fatte salve dal legislatore unionale, BCE introduce regole nel mercato bancario e ne presidia il rispetto: è quindi innegabilmente un soggetto che partecipa alla funzione regolatoria, operando in modo originale nel panorama unionale e rispetto ai singoli Stati membri, utilizzando tutti gli strumenti, tipici e atipici, che il TFUE le mette a disposizione.

Sullo sfondo rimangono alcune questioni interessanti, meritevoli di approfondimenti specifici, legate: al rapporto tra fonti normative unionali e ai rapporti tra BCE e le NCA/altre Autorità, queste ultime attributarie di funzioni regolamentari che concerno un settore, bancario, su cui non godono di funzioni regolatorie-amministrative eserciate da BCE in via esclusiva; al tecnicismo della regolazione che in futuro, dovendosi confrontare anche con nuove tecnologie, inerva ulteriori scenari dialettici.

ROSA CALDERAZZI
Professoressa associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
rosa.calderazzi@uniba.it

LA REGOLAZIONE DELLA BANCA D'ITALIA

THE REGULATION OF THE BANK OF ITALY

SINTESI

Il saggio elabora alcune riflessioni finalizzate a fissare alcuni tasselli per una ricostruzione teorica della funzione di regolazione.

Attraverso l'analisi della organizzazione finanziaria, delle regole in materia di governance, delle disposizioni sulla sostenibilità si cerca di dimostrare come le regole pervasive dell'autorità perseguano la finalità di proteggere il risparmio.

I numerosi interventi del regolatore pongono vincoli alla libertà d'impresa, incidono sugli spazi di autonomia privata, affievoliscono le prerogative dei soci, innescando un binomio autorità libertà.

La prospettiva che si assume porta a ritenere che tutti gli interventi pubblici del regolatore debbano essere letti come strumenti per consentire il godimento di diritti che, diversamente, non vedrebbero la loro realizzazione in quanto le società bancarie, nella loro autonoma organizzazione, non sono in grado, con le sole norme del diritto comune, di assicurare le prestazioni necessarie per il godimento dei diritti fondamentali, nel contempo, la funzione stessa della regolazione sulle banche, nel suo più complesso sistema di poteri amministrativi, si legittima nella misura in cui massimizza quei diritti.

ABSTRACT

This essay presents reflections aimed at establishing key elements for a theoretical reconstruction of the regulation function.

Through the analysis of financial organization, governance rules, and sustainability provisions, it seeks to demonstrate how supervisory authorities, along with pervasive regulatory frameworks, pursue the objective of protecting savings.

The regulator's numerous interventions impose constraints on business freedom, affect private autonomy, and weaken shareholders' prerogatives, thus creating a dynamic between authority and freedom.

However, the perspective adopted suggests that all public regulatory interventions should be interpreted as instruments enabling the enjoyment of rights that, otherwise, would not be realized. This is because banking institutions, in their autonomous organization, are not capable — using only common law rules — of ensuring the necessary provisions for fundamental rights. At the same time, the very function of banking regulation, within its complex system of administrative powers, is legitimized insofar as it maximizes those rights.

PAROLE CHIAVE: Banca d'Italia, funzione di regolazione, assetti organizzativi, sana e prudente gestione, tutela del risparmio

KEYWORDS: Bank of Italy, regulation function, organization system, sound and prudent management, protection of savings

INDICE: 1. La prospettiva storica. – 2. La perimetrazione della funzione di regolazione. – 2.1. Il criterio di giudizio dell'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia. – 3. La rilevanza degli assetti organizzativi delle banche e gli effetti della regolazione. – 3.1 L'organizzazione finanziaria. – 3.2 La regolazione sul governo societario e sul controllo. – 3.2.1 Ruoli e responsabilità dei soggetti deputati al controllo. – 3.2.2 L'integrazione della disciplina. – 3.2.3 La rigidità interpretativa del regolatore. – 3.3 La regolazione sulla sostenibilità. – 4. Qualche riflessione conclusiva.

1. La prospettiva storica

La prospettiva pubblicistica è sempre stata dominante nella spiegazione del regime dell'impresa bancaria, non solo nella dimensione microeconomica, dove la normativa regola il soggetto e la sua attività, ma anche nella dimensione macroeconomica e storica che tiene conto del contesto nel quale le banche si trovano ad operare.

Per tali ragioni lo studio sull'attività bancaria, in generale, è stato influenzato anche dalla evoluzione istituzionale, politica e sociale¹ alla quale la storia

¹ Numerosi sono gli studi storici sulle banche, v. tra molti, M. FORNASARI, *La banca, la borsa, lo Stato. Una storia della finanza (secoli XIII-XXI)*, II ed., Torino, Giappichelli, 2019; G. TODESCHINI, *La banca e il ghetto*, Roma – Bari, Laterza, 2016; Y. CASSIS, C. R. SCHENK, R. S. GROSSMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Banking and Financial History*, Oxford, Oxford University Press, 2016; S. L. PERUZZI, *Storia del commercio e dei banchieri di Firenze in tutto il mondo conosciuto dal 1200 al 1345*, Forgotten Books, London, 2015; G. POLIDORI, *L'oro dell'impero. Banche e banchieri nella Roma antica*, Roma, 2013; E. GALANTI, R. D'AMBROSIO, A. V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, Venezia, 2012; G. CONTI – A. COVA – S. LA FRANCESCA, *Lezioni sulla formazione del sistema bancario italiano*, http://www.assbb.it/contenuti/news/files/Quaderno_258.pdf, 2010; G. CONTI, *Banche, banchieri e formazione del sistema finanziario italiano dal risorgimento al 1914: i caratteri originari*, in G. CONTI – A. COVA – S. LA FRANCESCA (a cura di), *Lezioni sulla formazione del sistema bancario italiano*, in http://www.assbb.it/contenuti/news/files/Quaderno_258.pdf, 2010, 14; J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Roma – Bari, Laterza, 2003; AA.VV., *L'alba della banca. Le origini del sistema bancario tra medioevo ed età moderna*, Bari, Laterza, 1982; N. F. HOGGSON, *Banking through the Ages*, New York. Dodd, Mead & Company, 1926.

del diritto bancario appare intrinsecamente connessa.

Il percorso storico che ha caratterizzato la funzione di regolazione del sistema bancario vede, sin dall'inizio del Novecento², a seguito degli avvenimenti del primo dopoguerra e del fallimento di alcuni istituti di credito, l'attribuzione alla Banca d'Italia³ delle funzioni di vigilanza sulle altre banche. Tale impostazione conduce ad una prima fase di regolazione del sistema e, nel 1926, ai cosiddetti «provvedimenti per la tutela del risparmio»⁴.

Si fa strada la consapevolezza della insufficienza della disciplina di diritto

2 Con il r.d.l. 6 maggio 1926 n. 812, convertito in legge il 25 giugno 1926, n. 1262, si definisce il ruolo della Banca d'Italia che diviene l'unica banca di emissione: si pone così fine ad un assetto pluralistico che il sistema bancario si portava dal periodo preunitario. Tale decreto attribuiva, altresì, alla Banca d'Italia funzioni di vigilanza attraverso l'analisi dei bilanci annuali delle banche e le ispezioni. Per la verità già con il codice di commercio del 1882 era previsto che un numero considerevole di banche dotate del potere di emettere biglietti di banca fossero sottoposte a controllo pubblico. Inoltre le crisi bancarie che si erano succedute in quegli anni (il crollo del 1892-93, la crisi della Società bancaria italiana del 1907, quello della Banca italiana di sconto del 1921), verificatesi per la connessione tra banca e industria, ma anche per la presenza di un sistema bancario nel quale convivevano imprese non dotate di strumenti patrimoniali necessari per affrontare la competizione, avevano dato vita «a un vero e proprio movimento per uno statuto speciale dell'impresa bancaria» (così, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5^a ed., Bologna, Il Mulino, 2012, 39). Sul tema, v. E. GALANTI, *Le banche, Dall'unità della Nazione alla nascita della Banca d'Italia*, in E. GALANTI - R. D'AMBROSIO - A. V. GUCCIONE (a cura di), *Storia della legislazione bancaria finanziaria e assicurativa*, cit., 2012, 28 ss.; F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861 – 2003)*, Torino, Giappichelli, 2004, 86 ss.; G. DI NARDI, *Le Banche di emissione in Italia nel secolo XIX*, Torino, Utet, 1953, 220; R. DE MATTIA, *Gli Istituti di emissione in Italia. I tentativi di unificazione 1843-1892*, Roma – Bari, Laterza, 1990, 10; S. CARDARELLI, *La questione bancaria in Italia dal 1862 al 1892*, in *Ricerche per la storia della Banca d'Italia*, vol. I, Roma – Bari, Laterza, 1990, 105 ss.

3 La S. C. di Cassazione nei primi anni del '900 ebbe a qualificarla come «Ente od Istituto pubblico soggetto a tutela e vigilanza dello Stato», in considerazione della «sua preminente funzione di pubblico interesse» nonché «per le delicatissime e altissime mansioni che le sono affidate», Cass. del Regno, SS. UU., sent. 26 marzo 1925, in *Foro it.*, I, 1925, 837-840, con nota di S. LESSONA, *Competenza per le controversie sul rapporto di impiego di enti pubblici istituzionali*. Tale qualificazione fu poi confermata dall'art. 20, co. I, del R.D. 12 marzo 1936, n. 375, secondo il quale la «Banca d'Italia, creata con L. 10 agosto 1893, n. 449, è dichiarata Istituto di diritto pubblico». Nonostante l'autorevole tesi contraria (F. CAPRIGLIONE, *Banca d'Italia (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, agg., I, 1997, 246), successivamente, la Banca d'Italia è stata ritenuta una sorta di modello *ante litteram* di autorità amministrativa indipendente, un ente con «sfaccettatura "triangolare": come banca centrale è un'autorità indipendente comunitaria; come autorità antitrust nei confronti delle imprese bancarie [era] un'autorità indipendente nazionale; come autorità di vigilanza non è un'autorità indipendente, anche se da un punto di vista funzionale svolge una funzione identica a quella delle autorità indipendenti», così F. MERUSI, PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002. Più di recente è stata, dapprima, considerata un «organo a rilevanza costituzionale», poi, in quanto parte integrante del Sistema europeo di banche centrali, «come il braccio operativo periferico» della BCE: in tal senso M. CLARICH, voce *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: a) profili generali*, in *Enc. dir.*, ann., V, Milano, Giuffrè, 2012, 155. Nel 2005 la l. n. 262 ne ha ribadito la qualifica di Istituto di diritto pubblico (cfr. I. BORRELLO, *Banca d'Italia (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 5), sottolineando la necessità di assicurarne l'indipendenza (art. 19, co. III), come imposto dall'art. 131 Tuf. Anche la Suprema Corte di Cassazione, peraltro, ne ha ribadito la natura di ente

comune e della esigenza di introdurre norme di organizzazione diverse, in particolare attraverso l'introduzione di un regime autorizzativo per l'esercizio dell'attività bancaria, con l'istituzione di un apposito albo e l'attribuzione del potere di vigilanza alla Banca d'Italia⁵.

La crisi del 1929 evidenzia l'insufficienza della riforma del 1926 e porta alla nascita della prima legge bancaria del 1936 – 38 che qualifica la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito come «funzioni di interesse pubblico»⁶. Permane l'idea di una banca funzionale all'interesse economico nazionale di crescita della potenza economica del Paese, un servizio pubblico assoggettato all'indirizzo politico.

Il potere amministrativo viene applicato in ossequio alla presenza di un interesse pubblico che, nel periodo pre-costituzionale, continua ad essere associato alla ricchezza e alla potenza economica dello Stato che il sistema bancario consente di realizzare.

Anche quando, dopo l'emanazione della Costituzione, si sposta l'attenzione verso la tutela del risparmio⁷, la prospettiva rimane quella dell'esercizio

pubblico, Cass. civ., SS. UU., 21 luglio 2006, n. 16751, in *Corriere Giur.*, 2006, 9, 1202 e ss., con nota di V. CARBONE. Oggi, dunque, la dottrina (da ultimo, A. VALZER, sub art. 4, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 26-27) e la giurisprudenza (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 agosto 2005, n. 6157) sembrano inclini a qualificare l'Istituto di via Nazionale come autorità amministrative indipendenti. Peraltro, questa qualificazione sembra confermata, altresì, dal fatto che, come afferma l'art. 6 Tub, modificato dal d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223, «La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF e del MVU e partecipa alle attività che essi svolgono».

4 Con i cosiddetti «Provvedimenti per la tutela del risparmio», noti come legge bancaria del 1926 (R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511 e il R.D.L. 6 novembre 1926, n. 1830) si costituisce il primo nucleo di legislazione bancaria come legislazione del controllo sugli intermediari bancari e si realizza una «tutela indiretta del risparmio» (così A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, Giuffrè, 2012, 6).

5 Sul tema, cfr., R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 41; A. SCIALOJA, *La tutela del risparmio e la vigilanza sulle società bancarie*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1556; F. BELLÌ, *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936 – 38*, in AA. VV., *Banca e industria fra le due guerre*, vol. II, Bologna. Il Mulino, 203 ss.; N. TRIDENTE, *La concentrazione bancaria dalla guerra europea ai giorni nostri*, Bari, Cacucci, 1952, 85 ss.; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Torino, Einaudi, 1948, 32 ss.

6 S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, 996.

7 La dottrina italiana (F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, 1428; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 205; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016, 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 2014, Milano, Giuffrè, 8 ss.) afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio

del credito e della centralità del potere pubblico⁸ e la regolazione dell'impresa bancaria viene intesa come garanzia per la realizzazione di quegli interessi.

Come si avrà modo di argomentare, la previsione dell'art. 47 Cost., lungi dall'essere neutrale, assume un ruolo centrale nella applicazione e interpretazione di tutto il diritto bancario⁹.

Ad ogni modo è per il momento sufficiente rilevare che tutto il sistema bancario si immerge sempre di più nel sistema dei poteri pubblici, evolvendosi verso una intensificazione dell'intervento pubblicistico in tutte le fasi di svolgimento dell'attività bancaria, nella fase genetica, con il regime autorizzatorio di accesso al mercato, in quella fisiologica, con la vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva, nella fase patologica, con le misure preparatorie, di intervento precoce, la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa.

L'intervento incisivo del regolatore sulla impresa bancaria viene interpretato come esercizio di un potere che incide, profondamente, sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato e su un'alterazione delle regole organizzative, in ossequio alla presenza di interessi generali. Si continua ad attribuire ampiezza all'autorità amministrativa, collocata al centro del sistema con potestà discrezionale e autonomia normativa.

Ma, nella misura in cui si abbandona l'interpretazione tradizionale dell'art. 47 Cost.¹⁰ che continua ad attribuire alla banca la funzione di servizio

attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato «copertura costituzionale» al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936. Anche recentemente, D.R. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, in L. Ferrara e D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, Firenze, 2016, 175, ha affermato che l'art. 47 cost., comma 1, in materia di tutela del risparmio ed esercizio del credito, considerata la voluta genericità della disposizione, non ha aggiunto alcuna novità all'impostazione teorica dell'ordinamento del settore.

8 S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito. Studi*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1995, e ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Roma, 1995; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia*, XLI, Roma, 1996, 14.

9 Per una lettura critica del ruolo dell'art. 47 Cost. v. A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in questa Rivista, 2017, 349.

10 L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, 1591 ss.

pubblico e si costruisce il sistema ponendo al centro la protezione del risparmiatore, anche l'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia trova un significato adeguato nella norma costituzionale¹¹.

In questa sede verrà tralasciato il delicato rapporto tra funzione di regolazione nazionale e funzione di regolazione europea¹², il condizionamento del diritto europeo e l'integrazione della Banca d'Italia nel sistema unico di vigilanza finanziaria e nel meccanismo unico di vigilanza¹³. Inoltre, in riferimento alla Banca d'Italia, si utilizzerà l'espressione Autorità di regolazione, benché in molteplici contesti sia indicata, con una sineddoche, volta ad identificare la parte per il tutto, come Autorità di vigilanza, creando una errata sovrapposizione tra funzione di vigilanza e funzione di regolazione.

Sebbene l'indagine si soffermi solo su alcuni aspetti della complessa funzione di regolazione, gli ambiti esaminati offriranno un contributo all'inquadramento teorico della funzione di regolazione che – come avremo occasione di argomentare – pone vincoli alla libertà d'impresa delle banche, incidendo sulla

11 Per un approfondimento sull'interesse pubblico nell'ordinamento bancario, v. D. VESE, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie*, Padova, Cedam, 2024, 22 ss.

12 Per un approfondimento recente sulla regolazione europea, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Regolazione UE e stato di diritto di fronte ai cambiamenti geopolitici*, in *Federalismi.it*, 9 aprile 2025, 74.

13 Nell'ambito del MVU e soprattutto del SEVIF, da un lato, la funzione di regolazione delle autorità nazionali competenti appare ridimensionata, dall'altro, proprio nel MVU, l'art. 4, par. 3, del Reg. (UE) n. 1024/2013, dispone che «*Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive*». Ne deriva, quindi, che la BCE si trova oggi ad applicare anche disposizioni emanate dall'autorità nazionale di regolazione. Invero, per es., «*In questo contesto, all'art. 53 t.u.b. è riservato un ruolo fondamentale nella definizione del quadro normativo in materia di vigilanza prudenziale, sia attraverso l'attuazione in Italia delle previsioni dettate dal pacchetto CRD/CRR, mediante il recepimento delle regole contenute nella CRD e l'esercizio delle discrezionalità stabilite dal CRR, sia attraverso la previsione di ulteriori regole, non armonizzate a livello europeo*», così C. DI MARZIO e F. FIAMMA, sub art. 53, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico Delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2024, 609. Sulla regolazione bancaria europea, tra i tanti, v. S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2016, 391 ss.; A. BROZZETTI, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2023, 6 ss.; AA. VV., *La funzione della vigilanza della Banca Centrale Europea*, A. Barone – G. Drago (a cura di), Luiss, Roma, 2022; AA. VV., *Il meccanismo unico di vigilanza*, A. Magliari (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2024; C. V. GORTSOS, *The European Banking Regulation Handbook, Volume I - Theory of Banking Regulation, International Standards, Evolution and Institutional Aspects of European Banking Law*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023; nonché M. P. CHITI, *Il single rulebook per il settore bancario dell'Unione europea: un originale strumento regolatorio*, in *Dir. banc. fin.*, 4, 2024, 549 ss. Sul ruolo delle autorità nazionali, nel contesto europeo, ante Unione Bancaria v. C. BRESCIA MORRA, *La regolamentazione delle attività finanziarie in Europa. Il ruolo delle Autorità*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2002, 517 ss.

loro autonomia organizzativa, ma con la finalità di tutelare una pluralità di interessi.

La prospettiva assunta permetterà di superare la contrapposizione tra interessi che ha condotto, per lo più, ad una dicotomia tra profili pubblicistici e profili privatistici¹⁴ e di ricostruire la funzione della regolazione nella direzione (unificatrice) della protezione di diritti (delle persone) costituzionalmente protetti.

2. La perimetrazione della funzione di regolazione

La perimetrazione della funzione della regolazione che, come si è detto, toccherà solo alcuni degli ambiti nei quali si estende, necessita del richiamo a due norme del Testo unico bancario, come punto di partenza.

Innanzitutto, l'art. 4 Tub¹⁵, inserito sotto il titolo I, dedicato alle autorità creditizie, che, con la rubrica “Banca d'Italia”, tratteggia i compiti della stessa nell'esercizio della funzione di regolazione: individua atti di impulso nei confronti del CIRC a favore del quale formula proposte, riconosce un potere regolamentare «nei casi previsti dalla legge», prevede la possibilità di impartire istruzioni e di adottare provvedimenti di carattere particolare di sua competenza.

Nell'esercizio della funzione di regolazione il legislatore predispone un insieme di disposizioni che delineano il principio di *accountability* nell'espletamento dei compiti: la Banca d'Italia determina e rende pubblici, previamente, i principi e i criteri dell'attività di vigilanza (2° comma), individua il responsabile del procedimento, indica i motivi della decisione e pubblica i provvedimenti

14 Per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2015, 13 ss. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto dell'economia, v. F. CAPRIGLIONE, *Il diritto dell'economia tra passato e futuro – Una conversazione con Andrea Sacco Ginevri*, Milano, Utet giuridica, 2025; ID., *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito di ricerca*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3, I, 2021, 385 ss.; F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. dir. banc.*, II, 2022, 309 ss.; A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, 1, nonché ID., *Il diritto dell'economia: “dispute metodologiche e contrasti di valutazione”*, in *Rivista di diritto comm.*, 2021, vol. 4., 743; G. LUCHENA, *Orizzonti del Diritto dell'economia: un'introduzione oggetto, metodo, dottrine*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 4, 2023, 424 ss.

15 Per un commento sull'art. 4 Tub, cfr. A. VALZER, sub art. 4, cit., 23 ss.; A. ANTONUCCI, sub art. 4, in C. Costa (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2013, 19; M.E. SALERNO, sub art. 4, in S. Bonfatti (a cura di) G. Falcone (diretto da), *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 14 ss.; R. FORMISANI, sub art. 4, in R. Costi – F. Vella (a cura di), *Commentario breve al Testo unico bancario*, Padova, Cedam, 2019, 34.

aventi carattere generale (3° comma). Sempre al fine di esercitare la funzione di regolazione, in modo trasparente, e di garantire i soggetti vigilati, è previsto che la Banca d'Italia pubblichi annualmente una relazione sull'attività di vigilanza (4° comma)¹⁶.

La norma, seppure non disegni un quadro completo dei poteri inerenti alle competenze della Banca d'Italia, tanto che se ne è esclusa la funzione sistematica¹⁷, conferma la centralità del ruolo di tale Autorità nel sistema di vigilanza, attraverso il riconoscimento legislativo di un ampio potere regolamentare che può esercitarsi con la modalità concorrente (quando assume la forma della proposta di organo tecnico) o autonoma (cioè slegata da successivi provvedimenti di altre autorità creditizie)¹⁸. La sua centralità e la possibilità di adottare tutti «*i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*» spinge il legislatore a prevedere – sempre nell'art. 4 – un insieme di disposizioni volte ad applicare il regime di *accountability*¹⁹, nell'espletamento dei compiti della Banca d'Italia, pre-

16 Sul punto rileva quanto disposto dall'art. 23 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*: la disposizione prevede che i provvedimenti «*aventi natura regolamentare o di contenuto generale*» delle autorità di vigilanza del settore bancario, dei mercati finanziari, assicurativo e dei fondi pensione, che non attengono all'organizzazione interna, devono essere motivati (comma 1). Inoltre, tali autorità devono predisporre l'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), al fine di valutare – in anticipo – eventuali ricadute in termini di costi e benefici sugli interessati. Devono, altresì, consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori (comma 2). Infine, tali atti vanno sottoposti periodicamente a revisione (comma 3). Quanto alla Banca d'Italia, tali attività sono, altresì, regolate dalla Circolare n. 277 del 2010, *Linee guida per l'analisi di impatto della regolamentazione*, e dal Provvedimento del 9 luglio 2019, *Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*.

17 In tal senso A. ANTONUCCI, sub *art. 4*, cit., 19, sottolinea come la disposizione, seppure presentata nella veste dell'organizzazione sistematica, non abbia alcuna pretesa di esaustività in quanto assembla, in un'unica cornice, una serie di previsioni accomunate dalla finalità della cornice formale di esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia. Nello stesso senso M.E. SALERNO, sub *art. 4*, cit., 14, che parla di limitata valenza sistematica della norma giacché rimangono fuori dalla sua previsione i profili sulla qualificazione giuridica della banca, la sua organizzazione, il suo funzionamento, l'esercizio di funzioni diverse dalla vigilanza bancaria e creditizia.

18 Oggi, peraltro, in considerazione del ridimensionato ruolo del CICR, si tratta della modalità di regolazione prevalente. L'ultimo decreto emanato, d'urgenza, dal Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR, su proposta della Banca d'Italia d'intesa con la Consob, risale al 10 luglio 2020, concernente la modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 in tema di Risoluzione stragiudiziale delle controversie.

19 Con il termine “*accountability*” ci si riferisce alla relazione tra due soggetti in cui il primo dà conto del proprio operato e il secondo ha il potere di imporre delle conseguenze: sul tema, v. J. FERREJOHN, *Accountability in a Global Context*, in *III.J Working Paper* 2007/5 (Global Administrative Law Series), su <https://www.iilj.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S.

vedendo obblighi di pubblicità sul contenuto dei provvedimenti e dell'attività svolta (comma 2), trasparenza sul procedimento di produzione degli stessi (comma 3 e 4), configurazione di una responsabilità dell'Autorità e dei suoi componenti (comma 4 - *bis*). Si cerca, in tal modo, di legittimare il potere regolatorio, attraverso la partecipazione e il consenso dei destinatari, e di circoscrivere gli ambiti di discrezionalità.

Il meccanismo della *accountability* può consentire di rafforzarne la legittimità attraverso il coinvolgimento delle istituzioni e degli *stakeholder*²⁰, sia nella forma della responsabilità che in quella della rendicontazione.

La formazione degli atti di regolazione e la loro applicazione traggono la loro legittimazione ed effettività anche dalla partecipazione e dal consenso dei destinatari stessi: la regolazione viene esercitata e applicata attraverso procedimenti complessi durante i quali l'autorità di regolazione elabora una proposta, la giustifica, apre una fase di consultazione, calibra la propria scelta, la motiva, ne valuta la idoneità e adeguatezza alla risoluzione del problema regolatorio²¹.

Tale meccanismo, da un lato, permette di legittimare il potere regolatorio che soppianta l'atto governativo, scardinando il ruolo dello Stato e la sua autorità²², dall'altro, agevola l'accettabilità delle decisioni del regolatore da parte dei destinatari.

Di particolare interesse, ai fini della perimetrazione della funzione di regolazione, è l'art. 5 Tub²³ che individua le finalità e i destinatari della vigilanza:

BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI, I. RIZZO, C. SCAGLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in G. Mazzantini, N. Rangone (a cura di) *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, Napoli, 2019. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, 295, distingue tra forme di *accountability* verticale (cioè verso i governi nazionali), da meccanismi di *accountability* orizzontale che coinvolgono una compagine ampia di *stakeholder* che comprende tutti i destinatari della regolazione.

20 A. PISANESCHI, *L'accountability delle autorità finanziarie europee*, in *Riv. AIC*, 2023, 185.

21 In tal senso L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, 2011, EAD., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 45.

22 L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, Cacucci, 2016, 778.

23 Per un'analisi della norma cfr, F. CAPRIGLIONE, sub art. 5, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, 45; A. ANTONUCCI, sub art. 5, in C. Costa (a cura di), in *Commento al testo unico delle leggi in materia*

le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia²⁴. Tali finalità servono a perimetrare l'esercizio della funzione di regolazione.

Qui il legislatore eleva il criterio della sana e prudente gestione a principio generale cui deve ispirarsi l'attività della vigilanza, inserendolo, nell'art. 5, tra le finalità dell'azione della vigilanza, e attribuendogli un ruolo chiave nell'esercizio della funzione di regolazione²⁵.

L'intero sistema dei poteri della Banca d'Italia viene esercitato nel rispetto della sana e prudente gestione del soggetto vigilato: infatti, sebbene la normativa europea (direttiva n. 89/646/CEE)²⁶ avesse esplicitato il criterio della sana e prudente gestione solo come criterio per discriminare l'accesso alla proprietà bancaria, in particolare per rifiutare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 5, par. 2) o per opporsi all'acquisto di partecipazioni qualificate (art. 11, par. 1), se la qualità degli azionisti e dei soci non garantisce, per l'appunto, una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, al contrario, nel nostro ordinamento, l'espressione è stata «*adoperata dappertutto*»²⁷. Anche l'art. 5 del Tuf individua, per il perseguimento degli obiettivi, la competenza della Banca d'Italia per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari, mentre l'art. 3 del co-

bancaria e creditizia, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2013, 35; A. VALZER, sub art. 5, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 38 ss; G. GRECO, sub art. 5, in M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina (a cura di), *Testo Unico Bancario Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 46; R. FORMISANI, sub art. 5, in R. COSTI - F. VELLA (a cura di), *Commentario breve al Testo unico bancario*, Milano, Giuffrè, 2019, 39; G. GIMIGLIANO, sub art. 5, in S. Bonfatti (a cura di) G. Falcone (diretto da), *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 19 ss.

24 A seguito della novella di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, a queste finalità vanno poi aggiunte quelle di assicurare la «trasparenza delle condizioni contrattuali e [...] la correttezza dei rapporti con la clientela», ai sensi dell'art. 127, comma 1, Tub.

25 A. NIGRO, L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), Milano, 1996, vol. 1, 65 e ss.

26 Per un approfondimento sulla seconda direttiva F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sul recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, I, 437 e ss.

27 v. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 55; A. PATRONI GRIFFI, *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in AA. VV., *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al testo unico*, 1993, 47.

dice delle assicurazioni attribuisce all'Ivass la possibilità di adottare ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e correttezza dei comportamenti di soggetti vigilati²⁸.

Il principio della sana e prudente gestione diventa regola di comportamento e di giudizio per l'opera di gestione imprenditoriale²⁹ e formula riassuntiva che consente di conseguire gli scopi che si prefigge la norma costituzionale³⁰.

2.1 Il criterio di giudizio dell'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia

La sana e prudente gestione diventa il criterio di giudizio nell'esercizio della regolazione sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, diventa criterio di condotta che il regolatore deve eseguire, quindi, limite all'esercizio di quel potere.

Nel momento in cui si attribuisce centralità al criterio della sana e prudente gestione anche l'approccio sul ruolo della regolazione ne risulta condizionato, non solo sulla procedura autorizzativa e sugli aspetti strutturali e organizzativi dei soggetti vigilati, ma anche sulla disciplina degli atti e delle attività, in quanto tale principio diventa l'obiettivo al quale deve mirare l'esercizio della funzione di regolazione.

28 F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 131, evidenzia che la nuova formulazione dell'art. 3 CDA elegge a scopo principale della Vigilanza “l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative”, mentre “la stabilità del sistema e dei mercati finanziari” rappresenta altro obiettivo della Vigilanza, ma subordinato al precedente: ciò significa che la sana e prudente gestione quale criterio di determinazione dell'organizzazione e dell'attività delle imprese assicurative è funzionale, in prima battuta, al perseguimento della tutela degli assicurati.

29 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 761, sottolinea che la sana e prudente gestione indica una direzione diversa rispetto al senso in cui si è evoluta la disciplina della responsabilità degli amministratori quando si parla di *business judgement rule*: tale regola presuppone «esigenze almeno tendenzialmente in contrasto con quelle della “sana e prudente gestione”». La *business judgement rule*, infatti, presuppone un'attività in cui è implicito un rischio, dove emerge l'esigenza di superare le conseguenze del naturale disallineamento tra gli interessi degli amministratori e degli azionisti, ossia la minore propensione al rischio dei primi rispetto ai secondi. Il criterio della sana e prudente gestione modifica questa prospettiva generale, inducendo alla prudenza.

30 L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1591 ss.; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., 349.

Quando il Testo unico bancario attribuisce alla Banca d'Italia poteri informativi (art. 51), di vigilanza regolamentare (art. 53), di intervento (art. 53 - bis), ispettivi (art. 54) utilizza il canone della sana e prudente gestione come una formula riassuntiva per limitare i confini di valutazione nell'esercizio del potere.³¹

Un esempio può servire a chiarire tale assunto: l'art. 56 Tub stabilisce che «*La Banca d'Italia accerta che le modificazioni degli statuti delle banche non contrastino con una sana e prudente gestione*».

Il regolatore, nelle Istruzioni di Vigilanza (Circ. n. 229), dopo aver ricordato che lo statuto definisce le linee fondamentali in materia di assetti organizzativi e operativi dell'impresa bancaria, chiarisce che l'autonomia dell'assemblea, nella definizione del testo statutario, trova un limite nelle esigenze di vigilanza: il Testo unico attribuisce alla Banca d'Italia il compito di accertare che le scelte effettuate negli statuti dalle banche e dalle capogruppo non contrastino con il principio della sana e prudente gestione. Il perseguimento della sana e prudente gestione giustifica il potere di accertamento della Banca d'Italia in caso di modifica degli statuti delle banche e, al tempo stesso, si pone come limite ai margini di valutazione nell'accertamento³².

Il secondo profilo nel quale rileva la sana e prudente gestione come criterio di giudizio dell'esercizio della regolazione è quello del perimetro all'interno del quale tale parametro consente di operare.

La funzione di regolazione della Banca d'Italia che incide sugli spazi di autonomia dei destinatari regolamentando, monitorando, espletando poteri di interventi che comprimono la libera volontà delle parti trova la sua spiegazione nella esigenza di tutelare una pluralità di interessi, attraverso il perseguimento

³¹ Anche la giurisprudenza attribuisce alla sana e prudente gestione il principio cardine della vigilanza bancaria: da ultimo Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, con nota di L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 82, ma anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Costituzione)».

³² Per un ulteriore approfondimento sull'art. 56, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, sub art. 56, in S. Bonfatti (a cura di), *Commentario al testo unico bancario*, Pisa, Pacini, 2021, 291 ss.

di una gestione sana e prudente.

Come è stato correttamente sostenuto *«il canone della sana e prudente gestione non si limita a conformare la vigilanza regolamentare, bensì diventa esso stesso criterio che pone regole di condotta e che può assumere valore determinante sul piano della crescita del diritto vivente»*³³.

Seguiranno, nell'indagine, alcuni esempi che confortano la prospettiva assunta in quanto dimostreranno come la funzione della regolazione, esercitata ogni volta avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, sia diretta alla protezione di diritti costituzionalmente protetti, consentendo il godimento di quei diritti che – diversamente – non vedrebbero la loro realizzazione.

3. La rilevanza degli assetti organizzativi delle banche e gli effetti della regolazione

La funzione di regolazione esprime una declinazione orientata sul piano organizzatorio³⁴: lo stesso art. 5 del Tub, quando attribuisce alla Banca d'Italia l'esercizio dei poteri *«avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia»*, contiene profili organizzatori.

Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica, non solo nel diritto bancario: la crescente rilevanza degli assetti organizzativi trova conferma nel nuovo art. 2086 del codice civile, modificato dal codice della crisi di impresa, che prevede, in capo all'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva, *«il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*.

Se non che il codice civile, riaffermato il principio di dotarsi di assetti or-

³³ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, cit., 131.

³⁴ Così, M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 673.

ganizzativi adeguati, lascia poi la libertà organizzativa, a ciascuna impresa, di scegliere le soluzioni più idonee, in funzione delle caratteristiche della propria attività, purché si consideri l'idoneità dell'assetto ad una rilevazione tempestiva delle difficoltà aziendali.

Diversamente il tema degli assetti organizzativi per alcuni settori d'impresa (banche, assicurazioni, intermediari che prestano servizi e attività di investimento) assume un rilievo denso di significato.

Nelle banche, in particolare, in considerazione delle peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che si intendono tutelare, il significato della società come forma organizzativa dell'impresa diventa ancora più rilevante³⁵.

Per tali ragioni l'esercizio della funzione di regolazione produce effetti sull'organizzazione bancaria, sia attraverso la previsione di numerose nuove regole organizzative, sia attraverso il monitoraggio del rischio organizzativo provocato dalla inadeguatezza della struttura imprenditoriale a consentire un esercizio sano e prudente³⁶.

Il sistema organizzativo diventa il parametro attraverso il quale l'autorità di regolazione valuta il modello di governo societario in relazione alle finalità individuate nell'art. 5 del Tub.

Il regolatore interviene – prepotentemente – sui profili organizzativi in quanto, poiché qualsiasi organizzazione nasce funzionalmente ad uno scopo, in considerazione delle peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che la stessa mira a perseguire, gli assetti organizzativi assumono una particolare rilevanza.

³⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011Bari, , Cacucci, I, 1733; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in M. De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, 17, sostiene che «l'adeguatezza organizzativa [...], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s'identifica, in buona sostanza, con l'adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio d'amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall'altro [...] sono a vario titolo responsabili».

³⁶ Così, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali* Bologna, Zanichelli, 2015, 957; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., 728; A. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 623; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742 ss.

Ed è per tali ragioni che l'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, verso una dimensione pubblicistica, ha visto una crescente valorizzazione della adeguatezza degli assetti organizzativi e, conseguentemente, dell'esercizio dell'attività di regolazione da parte della Banca d'Italia.

Attraverso una pluralità di interventi normativi, il regolatore si preoccupa di individuare assetti organizzativi e governi societari efficaci, funzionali agli interessi dell'impresa, che consentono il perseguimento degli obiettivi dell'autorità di regolazione. Difatti le istruzioni di vigilanza chiariscono che gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche rispondono, non solo agli interessi dell'impresa, ma “devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza”³⁷.

3.1 L'organizzazione finanziaria

Gli interventi del regolatore sull'organizzazione finanziaria rappresentano un terreno proficuo sul quale esaminare gli effetti della regolazione.

Il nuovo Testo unico del 1993 attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare, in un'ottica prudenziale, disposizioni di carattere generale sull'adeguatezza patrimoniale, sul contenimento del rischio nelle diverse configurazioni, sulle partecipazioni detenibili, sul governo societario, sull'organizzazione amministrativa e contabile, nonché sui controlli interni e sui sistemi di remunerazione di incentivazione e sulle informative da rendere al pubblico (art. 53 Tub)³⁸.

La vigilanza strutturale viene, così, sostituita da misure di supervisione prudenziale che mirano a controllare i rischi dell'attività bancaria attraverso l'imposizione di livelli minimi di patrimonializzazione, in rapporto all'operati-

³⁷ Circolare 285/2013 (Titolo IV – Capitolo I Governo societario - Sezione I disposizioni di carattere generale). In questo senso rilevano, ad esempio, le *Disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni in materia antiriciclaggio*, adottate dalla Banca d'Italia il 26 marzo 2019 e aggiornate con provvedimento del Provvedimento del 1° agosto 2023, la cui parte II è dedicata appunto agli *Assetti organizzativi a salvaguardia dei rischi di riciclaggio*.

³⁸ C. DI MARZIO e F. FIAMMA, sub art. 53, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 603, ss; M.E. SALERNO, sub art. 53, in S. Bonfatti (a cura di), G. Falcone (diretto da) *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 272 ss.; G. GIORDANO, sub art. 53, in R. Costi e F. Vella (a cura di) *Commentario breve al Testo unico bancario*, Padova, Cedam, 2019, 253 ss.; C. CLEMENTE e L. LA ROCCA, sub art. 53, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, 2018, I, Padova, Cedam, 605.

vità dell'intermediario³⁹.

Il regolatore interviene sulla disciplina del capitale⁴⁰, assoggettandola a interventi invasivi nella fissazione dei requisiti patrimoniali, stabilendo un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare delle esposizioni ai rischi, al fine di prevedere una composizione qualitativa di mezzi patrimoniali che consenta di tutelare gli interessi sottesi. Sotto questo punto di vista gli effetti della regolazione sono, non solo di carattere normativo, ma anche di controllo prudenziale sulla adeguatezza patrimoniale, consentono di verificare i requi-

39 Le crisi degli ultimi 15 anni hanno influito in maniera importante sulle scelte di composizione del capitale sociale bancario. Il Rapporto de Larosière nel 2009 aveva individuato gli ambiti di miglioramento sulle regole del capitale sollecitando un riesame delle norme di Basilea 2 per aumentare gradualmente i requisiti patrimoniali minimi; ridurre la prociclicità; introdurre norme più severe in materia di voci fuori bilancio; inasprire le norme sulla gestione della liquidità; rafforzare le norme sul controllo interno delle banche e la gestione dei rischi; invitare l'unione europea ad adottare una definizione comune di patrimonio di vigilanza. La letteratura giuridica ed economica sul tema è vastissima, cfr. *ex multis* AA.VV., *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), Napoli, 2012, dove v., in particolare, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*; M. CERA, *Crisi finanziaria, interventi legislativi e ordinamento bancario*, in S. Amoroso, G. Apa, V. Troiano, M. Sepe, G. Conte, M. Pellegrini, A. Antonucci (a cura di), *Studi in onore di Francesco Capriglione*, Padova, Cedam, 2010, 1195; V. SANTORO, *I limiti del mercato e i fallimenti della regolamentazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, 1; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45; F. VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 161; ID., *Capitalismo e Finanza*, Bologna, Il Mulino, 2011, 39 e ss.; G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011; A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, WP Carefin, Università Bocconi, n. 1/2011; F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, 38; A. DELL'ATTI, F. MIGLIETTA, A.P. IANNUZZI, *Il sistema bancario e la crisi finanziaria, Il sistema bancario e la crisi finanziaria*, Bari, Cacucci, 2019. Per un ulteriore approfondimento sui riflessi della crisi sull'organizzazione finanziaria dell'impresa bancaria, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2020, 7 ss.

40 Vastissima è la letteratura su Basilea: cfr. tra i tanti, F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, p. 38; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2008, 98; C. GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision. A History of the Early Years 1974-1997*, New York, Cambridge University Press, 2011; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; AA.VV., *Basilea 2 e piccole banche. Organizzazione, gestione e scelte strategiche*, Stefano Dell'Atti (a cura di), Roma, Bancaria editrice, 2007; M. LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*, in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004, p. 3 e ss.; A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, WP Carefin, Università Bocconi, n.1/2011; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; ID., *Ma Basilea 2 non c'era*, in *www.lavoce.info*; A. VICARI, *La nuova disciplina di Basilea tra obblighi di capitalizzazione delle banche, costo medio del passivo e obiettivo di riduzione dei tassi di finanziamento per le imprese*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e*

siti minimi e l'applicazione di politiche e procedure organizzative per la misurazione del governo dei rischi⁴¹.

Gli interventi volti a garantire un capitale rafforzato e commisurato ai rischi perseguono l'obiettivo di rafforzare l'adeguatezza patrimoniale e di rendere resilienti gli enti creditizi agli *shock* finanziari; la previsione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori e di requisiti aggiuntivi, in funzione della qualità del capitale e del rischio a cui è soggetta tutta la disciplina bancaria, nasce dalla preoccupazione di tutelare una pluralità di interessi che necessitano un costante intervento di regole per la loro tutela⁴².

Le regole del capitale diventano, per tali ragioni, risultato di un processo evolutivo che si inserisce in un contesto economico e sociale mutevole.

La circolare 285/2013 impone alle banche di dotarsi di processi e strumenti per determinare il livello di capitale interno adeguato a fronteggiare ogni tipologia di rischio, attraverso un processo strutturato di autovalutazione dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza patrimoniale (ICAAP) e dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza della liquidità (ILAAP), al fine di consentire alla Banca centrale europea e alla Banca d'Italia di effettuare una valutazione dell'adeguatezza del proprio capitale complessivo rispetto all'esigenza di copertura di tutti i rischi aziendali e sul sistema di governo e gestione del rischio di liquidità. Nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale la Banca centrale europea e la Banca d'Italia dispongono di tutti i poteri necessari di intervento sull'attività delle banche, potendo imporre requisiti patrimoniali aggiuntivi rispetto a quelli di primo pilastro.

Tale meccanismo attribuisce agli organi aziendali l'autonomia di definire i processi: è prevista una supervisione da parte del consiglio di amministrazione

prassi, Torino, Giappichelli, 2010, 11; M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di "Basilea 2"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 702; F. ACCETTELLA, *L'Accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2013, I, 477; M. ORTINO, *The Basel Committee on Banking Supervision in the Post-crisis International Governance of Banking Regulation*, in P. Delimatsis, S. Bijlmakers, M. K. Borowicz (eds.), *The Evolution of Transnational Rule-Makers through Crises*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, 116 ss.

41 Il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board* individuano i requisiti prudenziali di capitale che le banche devono adottare, regole recepite dall'Unione europea con una pluralità di interventi che definiscono un framework regolamentare complesso e pervasivo.

42 Sul rapporto tra requisiti patrimoniali e rischi, v. da ultimo M. PASSALACQUA, *Profili giuridici del governo del rischio*, in A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, Il Mulino, 2012, 39 e ss.

che deve, innanzitutto, individuare tutti i rischi che la banca gestisce, successivamente misurarli e valutarli e prevedere una mappatura dei processi e il loro monitoraggio.

Per completare il processo il regolatore deve esaminare il processo di autovalutazione patrimoniale della banca, facendo le proprie valutazioni in considerazione degli strumenti informativi disponibili, attraverso il processo di SREP, e accertare che le banche abbiano presidi di natura patrimoniale organizzativa e di gestione appropriati ai rischi.

La determinazione del capitale complessivo diventa, in tal modo, frutto di un processo organizzativo attraverso il confronto sinergico tra la Banca d'Italia (la BCE per le banche *significant*) e l'intermediario che consente di avere una visione dettagliata della pianificazione patrimoniale, dell'esposizione complessiva e dei rischi.

L'approfondimento sulla funzione del capitale nell'impresa bancaria genera, altresì, un'ulteriore considerazione se si opera un raffronto con la disciplina societaria codicistica: la previsione di regole specifiche per il capitale bancario disvela non tanto una insufficienza delle norme di diritto comune, quanto un vero e proprio stravolgimento della disciplina del diritto societario. Nel diritto societario emerge un diverso approccio con la previsione di una disciplina del capitale più flessibile, quasi in contraddizione con quella bancaria, considerato l'arretramento del ruolo del capitale nelle società di diritto comune.

Mentre nelle banche si assiste alla costante preoccupazione di rafforzare la componente patrimoniale dell'impresa bancaria e di individuare in misura, sempre più dettagliata, le tipologie di rischio, attraverso una inarrestabile normazione, nelle società di diritto comune gli interventi normativi ne sminuiscono progressivamente la rilevanza, vuoi attraverso la riduzione dell'ammontare minimo necessario, vuoi allentando la rigidità della sua disciplina⁴³.

43 M. CAMPOBASSO, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, 138 afferma che il legislatore nel diritto societario comune sembra «celebrare l'ufficio funebre del capitale sociale», una sorta di declino del sistema fondato sul capitale sociale. Sul ruolo del capitale nel diritto societario, cfr. G. B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia quasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio»?)*, in *Riv. soc.*, 2015, 815; ID., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.* 2010, 1237; G. FERRI JR, *Prime considerazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 135 ss.; A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale sociale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 2 ss.; C.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle ragioni di tale approccio, dovendosi solo rilevare che la coerenza delle scelte, in ambito bancario, viene – ancora una volta – giustificata dalla esigenza di garantire la tutela di interessi diversi e più ampi rispetto all'impresa non bancaria⁴⁴.

Nel diritto bancario la disciplina del capitale acquista rilievo, innanzitutto, ai fini dell'accesso alle attività: l'art. 14 Tub subordina l'autorizzazione⁴⁵ all'attività bancaria alla presenza di un capitale versato di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; la dotazione minima del capitale è costituita interamente da capitale versato, è legata al tipo di attività esercitata o alla forma giuridica adottata, non è correlata agli impieghi e ai rischi assunti.

Il capitale assume un rilievo anche durante la vita della società, ai fini del calcolo del patrimonio di vigilanza, rappresentando una componente essenziale tra gli elementi patrimoniali di qualità primaria: i fondi propri della banca rappresentano la misura minima richiesta per l'esercizio dell'attività e diventano un presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria, ma anche parametro di riferimento per le analisi del regolatore.

Infine, il patrimonio rileva per una valutazione sulla impossibilità della prosecuzione dell'attività bancaria e l'attivazione delle misure di intervento⁴⁶.

Il potere dell'autorità di regolazione di incidere sulla definizione dei requisiti patrimoniali e, quindi, il confine entro il quale deve muoversi nella compressione della libertà di formazione del capitale, trova la sua legittimazione

MONTAGNANI, *Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 395 ss.; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, 64; G. DELL'ATTI, *Brevi note sull'applicabilità in quanto compatibile della disciplina sulla riduzione del capitale nelle s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in G. Giannelli e A. Dell'Atti (a cura di), *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, Milano, Giuffrè, 2012, 97. Per le critiche al ruolo del capitale v. L. ENRIQUES E J.R. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2002, 78. Per una risposta v. F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques – J. R. Macey, Creditor versus capitale formation: the case against the european legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 585.

44 Per un approfondimento sulla funzione organizzativa del capitale dell'impresa bancaria e sul raffronto con la disciplina del capitale nelle imprese non bancarie sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; EAD., *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in questa *Rivista*, 2020, 143; EAD., *Il ruolo del capitale*, in *Studi in onore di Sabino Fortunato*, Bari, Cacucci, 2023, 2629.

45 Sull'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria v., da ultimo, S. ANTONIAZZI, *Autorizzazione bancaria, procedimento composto e controllo giurisdizionale*, in *Banca impresa società*, 1, 2024, 81 ss.

46 Si pensi all'imposizione di un requisito di fondi propri aggiuntivo ai sensi dell'art. 53-bis, co. I, lett. d), Tub, novellato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 182, di recepimento della CRD 5 (Direttiva 2019/878/UE).

nell'alveo della sana e prudente gestione, che si pone come una clausola che determina i limiti alla libertà operativa dell'intermediario, diventando, al contempo, criterio che conforma la vigilanza regolamentare.

L'analisi della disciplina del capitale delle banche, sin qui compiuta, offre all'interprete una prima conferma della funzione della regolazione.

La previsione di un capitale rafforzato risponde alla necessità di garantire, non solo la serietà dell'iniziativa o un principio organizzativo dell'attività, ma anche interessi diversi e più ampi rispetto all'impresa non bancaria.

Da questo punto di vista la regolazione assolve alla funzione, attraverso una normazione abbondante, di assicurare una corretta organizzazione di valori finanziari, indispensabili per la tutela degli interessi contenuti nell'art. 47 Cost.

L'esercizio della funzione di regolazione che, come si è visto, porta ad un irrigidimento della disciplina del capitale diventa lo strumento attraverso il quale la banca fronteggia i rischi, in un contesto nel quale gli interessi da tutelare non sono solo quelli degli azionisti o dei creditori, non solo perché l'azionista è titolare di una pretesa aggiuntiva rispetto a quella tipica del diritto comune o perché i creditori finiscono per essere considerati come «*componenti interne alle società o all'impresa, di cui perciò deve immediatamente tenersi conto nelle scelte gestionali*»⁴⁷, ma anche perché si operano scelte che mirano alla tutela del risparmio.

La sana e prudente gestione diventa «*il nuovo paradigma per la concretizzazione*

47 Così. C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 769. Sul rapporto tra interessi, D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 269; ID., *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle autorità europee*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 3, 2017, p. 93; G. SANTONI, *Osservatorio la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 619; nonché M. SEMERARO, *Principio di condivisione degli oneri e tutela del risparmio. Scritto per il convegno "salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 1 ss.; EAD., *Rischio d'impresa e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, 857, l'Autrice evidenzia che la ragionevolezza della regola che impone di accollare il rischio di dissesto ad azionisti e creditori va valutata rispetto ai principi di tutela della proprietà, tutela del risparmio, tutela dell'affidamento. Per un approfondimento recente sui temi sollevati dalle crisi bancarie cfr., L. FARENGA, *Crisi bancarie e disciplina della risoluzione. In particolare il bail-in*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 412; AA.VV., *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti processi implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di V. Troiano, G. Uda, Milano, 2018, in particolare, F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, 3 e S. AMOROSINO, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nella regolazione delle crisi bancarie*, 165.

ne dell'interesse sociale»⁴⁸ e la stessa rigorosa predisposizione della disciplina stringente sui requisiti di capitale ha proprio l'obiettivo di consentire lo svolgimento di una gestione sana e prudente.

Se si condivide tale impostazione le limitazioni che le pretese degli azionisti incontrano non negano la presenza di quella pretesa, ma la condizionano ad un controllo – del regolatore – che serve a tutelare le pretese di tutti quei soggetti (compresi gli azionisti) che potrebbero vedere lesi i propri diritti costituzionali se non vi fosse quel tipo di intervento.

Dunque, la presenza di queste più ampie pretese giustifica la previsione incisiva delle regole del capitale in ambito bancario⁴⁹.

Ciò significa che la limitazione dell'autonomia privata può essere spiegata con l'esigenza di impedire che i soci possano, organizzando liberamente i propri rapporti, pregiudicare gli interessi che si puntualizzano sull'impresa bancaria e che si focalizzano sulla tutela del risparmio.

3.2 La regolazione sul governo societario e sul controllo

Un altro ambito dal quale trarre conferma del ruolo della funzione di regolazione è rappresentato dal governo societario e dal sistema dei controlli interni.

È stato efficacemente osservato che il controllo interno, nel settore bancario, rappresenta “il polo di attrazione del pensiero del regolatore” poiché serve a controllare e gestire i rischi e ad assicurare il rispetto del principio della sana e prudente gestione⁵⁰; il sistema dei controlli interni viene istituzionalizzato, nella consapevolezza che la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti or-

48 G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, 798; ID., *Appunti in tema di interesse sociale e governance delle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 241.

49 Si sostiene (G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, 806) che la presenza, in capo all'azionista, di una pluralità di pretese incide su alcune delle sue prerogative patrimoniali e amministrative che, in alcuni casi, risultano affievolite in conseguenza dell'attribuzione all'autorità di vigilanza di poteri incisivi: l'investimento e la sua tutela finiscono per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale rispetto a quanto accade nella disciplina delle società di diritto comune dove invece la tutela dell'investimento appare predominante.

50 S. SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema di controlli interni delle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, 147.

ganizzativi per gli intermediari finanziari mira al perseguimento degli obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla Banca d'Italia⁵¹.

La Banca d'Italia, nell'esercizio della funzione di regolazione, assegna al sistema dei controlli interni un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, in quanto diventa punto di riferimento per valutare il modello di governo societario adottato, in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione⁵², della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori.

Per tali ragioni il regolatore incide sugli assetti organizzativi interni della banca, in modo efficace, tanto da dedicare un intero capitolo al ruolo dei controlli nella circolare 285 (parte I, titolo IV capitolo 3) e da predisporre una iper-regolazione che comprime, in modo più evidente rispetto ad altri ambiti, l'autonomia delle parti.

Sono almeno tre i segmenti di disciplina che possono essere assunti come esempio per corroborare la tesi che si sta cercando di sostenere.

3.2.1 Ruoli e responsabilità dei soggetti deputati al controllo

Innanzitutto, si ritiene interessante soffermarsi sull'attenzione che il regolatore dedica alla individuazione di ruoli e responsabilità tra i soggetti deputati al controllo.

Il regolatore avverte l'esigenza di distinguere ruoli e responsabilità nell'esercizio della funzione del controllo: rispetto al diritto comune, dove normalmente la funzione di controllo viene indagata nell'ambito della distribuzione dei poteri all'interno della *governance*, nel diritto bancario, il regolatore fissa i ruoli di ciascun organo secondo un approccio per funzioni (funzione di supervisione strategica, funzione di gestione, funzione di controllo), più che per identificazione di singoli compiti.

Per esempio, all'interno del consiglio di amministrazione, il regolatore si preoccupa di assicurare il riparto di funzioni, al fine di evitare concentrazioni di potere che possano alterare una corretta dialettica interna.

⁵¹ In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in M. DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, 17.

⁵² Così G. B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Rin. soc.*, 2016, 48.

In particolare, assicura un bilanciamento dei poteri prevedendo *i)* che vi sia una netta distinzione tra funzione con supervisione strategica e funzione di gestione; *ii)* che il presidente del cda assuma un ruolo non esecutivo e non svolga, neppure di fatto, funzioni di gestione; *iii)* che vi sia un numero adeguato di componenti non esecutivi con ruoli e compiti ben definiti che svolgano, efficacemente, la funzione di contrappeso nei confronti degli esecutivi e del *management* della banca; *iv)* che sia assicurata la nomina di amministratori indipendenti che vigilino, con autonomia di giudizio, sulla gestione sociale e assicurino che la stessa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione.

Ad una più attenta analisi emerge come il regolatore, pur ritenendo importante l'esatta definizione dei ruoli, la consapevolezza dei compiti, la formalizzazione delle procedure, lo scambio di informazioni tra tutti i soggetti deputati al controllo (dalle funzioni aziendali agli organi aziendali), funzionalizzi l'esercizio del controllo, consentendo il superamento dei singoli compiti a favore della funzione che diventa permanente, in quanto è permanentemente funzionalizzata ad un interesse⁵³.

Questo approccio colloca il sistema dei controlli interni in un orizzonte più ampio in quanto la funzione del controllo non diventa un mero adempimento di obblighi, ma essa stessa capacità giuridica e dovere permanente dell'intermediario.

I controlli, così come regolati dalla Banca d'Italia, funzionalizzano le competenze, con la finalità di tutelare l'interesse dei soggetti destinatari dell'azione.

3.2.2 L'integrazione della disciplina

Un secondo esempio, sempre nell'ambito del sistema dei controlli inter-

⁵³ Sul concetto di funzione in senso giuridico e sulla distinzione tra funzione e compito, v. F. BENVENUTI, *Semantica di funzioni*, in *Scritti giuridici*, vol. V, *Articoli e altri scritti* (1984/1999), 3875; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, eppoi, ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XIV, 1; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 57, nt. 10; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 – 141.

ni, che consente di confermare la prospettiva adottata, può essere rintracciato nei numerosi interventi di regolazione con i quali la Banca d'Italia avverte l'esigenza di integrare dettagli di disciplina.

Rispetto alla disciplina del codice civile, il regolatore individua i criteri di composizione degli organi sociali, non soltanto ribadendo il principio generale della adeguatezza della composizione, rispetto alle dimensioni e alla complessità dell'assetto organizzativo della banca, ma introducendo profili quantitativi e qualitativi fin qui estranei alla logica d'impresa.

Neppure nel codice di autodisciplina delle società quotate viene previsto un simile dettaglio: per gli intermediari bancari il regolatore (attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze, con il d.m. n. 169 del 2020⁵⁴ e poi con gli Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali⁵⁵) fissa limiti stringenti per i requisiti di nomina degli esponenti aziendali, mentre stabilisce, nella circolare 285, che, nella composizione complessiva degli organi societari, sia assicurato un adeguato grado di diversificazione, anche in termini di età, genere e provenienza geografica, per favorire la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni ed evitare, così, comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti.

Non solo, da un punto di vista qualitativo, il regolatore chiede agli organi con funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo la piena consapevolezza dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni alle quali ciascuno di essi è chiamato; la capacità di contribuire, effettivamente, a individuare e perseguire idonee strategie, assicurando un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca; la capacità di indirizzare le azioni al perseguimento dell'interesse complessivo della banca; la disponibilità di tempo e risorse alla complessità dell'incarico, anche rispettando il limite al cumulo degli incarichi.

⁵⁴ Per un approfondimento sul d.m. n. 169 si rinvia, tra gli altri, a R. LENER, *Il coraggio, la convinzione e la forza dell'amministratore bancario*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2022, 471 ss.; G. PRESTI, *Requisiti e criteri di idoneità degli amministratori di banche: il consiglio come giudice di se stesso*, ivi, 3 ss.

⁵⁵ Gli Orientamenti chiedono che il verbale della riunione dell'Organo competente debba fornire puntuale e analitico riscontro delle valutazioni effettuate nonché delle motivazioni in base alle quali si ritengono soddisfatti i requisiti e criteri previsti dal decreto ministeriale n. 169 e che è buona prassi che gli enti vigilati si dotino di un'apposita *policy* interna a governo delle procedure di valutazione che disciplini, tra l'altro, la raccolta delle informazioni richieste in base alle norme vigenti.

L'esercizio della funzione di regolazione, attraverso la previsione di tali requisiti, non solo rappresenta una preconditione per l'assunzione della carica dell'esponente, ma produce effetti durante l'intero mandato dell'esponente, essendo prevista una verifica nel *continuum*, e infatti si richiede che, nei verbali degli organi aziendali relativi alle verifiche di idoneità, vengano formalizzate, in modo puntuale e analitico, le proprie considerazioni, evidenziando tempo per tempo gli elementi informativi a supporto dei giudizi formulati⁵⁶.

Non vi è dubbio che tale pervasività comprima, ancora una volta, la libertà contrattuale dei soci⁵⁷, incidendo sulla loro autonomia organizzativa e confinando le loro scelte entro parametri rigidi.

In tal modo si innesca un rapporto dialettico tra autonomia delle parti e poteri dell'autorità, nel quale le pretese dei privati (siano essi amministratori o soci) non vivono nello spazio libero della autonomia privata, nella direzione classica del rapporto società - azionisti e società - terzi in generale⁵⁸, ma assumono dimensioni collettive, nel senso che diventano portatrici di pretese più generali.

Come già evidenziato parlando del ruolo del capitale nelle società bancarie, le pretese dei singoli soci sono inserite in un contesto più ampio e più articolato dove ciascuna pretesa individuale racchiude in sé una molteplicità di pretese.

Quando il regolatore si preoccupa, nello svolgimento dell'attività bancaria, di presidiare il conflitto di interessi, sia nelle procedure interne della banca sia considerando il ruolo degli amministratori (per i quali è prevista la figura

⁵⁶ Così l'orientamento n. 2 degli Orientamenti di Banca d'Italia, in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali.

⁵⁷ Sull'invasione degli spazi di autonomia e libertà delle parti sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2017, 338.

⁵⁸ Si è sostenuto che la disciplina della società bancaria comprime, insieme alle prerogative dei soci (ai quali viene riconosciuta una pretesa patrimoniale residuale), anche lo stesso significato di investimento (così G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit. 812) e, contestualmente, accentua la funzione della società stessa in termini di forma di organizzazione dell'impresa. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in P. Montalenti, M. Notari (a cura di), *Quaderni giur. comm.*, 2018, 15 ss., nonché in *Considerazioni conclusive*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, 836, parla di autentico "appassimento" del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto "feroce") nuova pubblicizzazione.

dell'amministratore indipendente, al pari delle società non bancarie, ma anche un requisito di indipendenza di giudizio), esercita la funzione di regolazione (fissando regole stringenti in tema di conflitto di interessi) proprio per assicurare una gestione della società bancaria sana e prudente.

Quindi le pretese dei singoli vedono limitata la prerogativa individuale e la propria libertà contrattuale, la loro autodeterminazione negoziale è compressa a tal punto da privarli della libera scelta nella nomina degli amministratori o sindaci, in quanto le loro pretese assumono valore collettivo e si manifestano verso dimensioni collettive e sociali. Anche in questo caso per la finalità di garantire un modello di *governance* in grado di assicurare una gestione sana e prudente⁵⁹.

3.2.3 La rigidità interpretativa del regolatore

Infine, un altro esempio che consente, ancora una volta, di confermare la prospettiva assunta è offerto dall'approccio del regolatore sui ruoli degli esponenti, valutati con un grado di severità importante che si estrinseca, ad esem-

⁵⁹ A livello europeo, il rapporto guidato da De Larosière (J. DE LAROSIERE, The High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Brussels, 25 febbraio 2009, in https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_it.pdf?bb9e09f377e0aba84c62fc2616eab30f), nel 2009, su richiesta della Commissione Europea, evidenzia che «spesso i consigli di amministrazione non hanno compreso né la natura né l'entità dei rischi che dovevano affrontare [...]»; l'assenza di reali meccanismi di controllo ha pesantemente contribuito all'eccessiva assunzione di rischi da parte degli istituti finanziari [...] Questa constatazione di carattere generale è tanto più inquietante in quanto il governo societario, negli ultimi dieci anni, è assunto a simbolo di numerose virtù, per la sua funzione regolatrice della vita delle imprese. Pertanto, o il regime di governo societario adottato dagli istituti finanziari non era adeguato, oppure non è stato correttamente applicato. Spetta quindi al consiglio di amministrazione - sotto il controllo degli azionisti, dare il là e definire la strategia, il profilo di rischio e la propensione al rischio dell'istituto che esso dirige». Il Libro Verde del 2010 della Commissione Europea avverte che «i consigli di amministrazione degli istituti finanziari non sono stati in grado di esercitare un controllo effettivo sulla direzione. L'incapacità di individuare, comprendere e controllare i rischi a cui erano esposti i loro istituti finanziari è stata al centro dell'origine della crisi finanziaria». La Commissione UE ha individuato le principali ragioni che hanno provocato un cattivo funzionamento dei consigli di amministrazione: «gli amministratori senza incarichi esecutivi non hanno dedicato allo svolgimento dei propri compiti né le risorse né il tempo necessari»; i componenti non provenivano da ambienti sufficientemente diversificati, in termini di genere, origine sociale e culturale e di istruzione; i consigli di amministrazione, non hanno saputo vigilare sull'adeguatezza del quadro di gestione dei rischi; non hanno saputo riconoscere il carattere sistemico di alcuni rischi e di conseguenza non sono stati capaci di informare, tempestivamente, le proprie autorità di vigilanza. Sul tema, v. C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, G. Mollo (a cura di), *Quaderni giuridici Consob*, Roma, 2015, 53. Sul ruolo della *governance*, più in generale, v. R. LENER, *Il ruolo della "corporate governance" nell'economia globale*, in *Banca Impresa e Società*, 2017, 3.

pio, in una più rigida interpretazione del dovere di agire in modo informato da parte degli amministratori non esecutivi⁶⁰.

Sul punto la circolare 285 assegna agli amministratori non esecutivi un ruolo determinante per assicurare una gestione sana e prudente: innanzitutto si aspetta una partecipazione attiva dei componenti non esecutivi ai lavori del consiglio; dispone che i componenti non esecutivi acquisiscano informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo; che siano fattivamente impegnati nei compiti loro affidati, anche sotto il profilo della disponibilità di tempo; che partecipino ai processi di nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo.

Tale irrigidimento, peraltro, trova conferma anche nella lettura della giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata⁶¹, che evidenzia la natura pubblicistica della responsabilità che gli amministratori di società bancarie hanno verso il regolatore, natura che impone un livello di diligenza, nell'adempimento dei propri doveri, particolarmente stringente. Sul punto la giurisprudenza evidenzia come gli amministratori di banche «*vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori*»⁶², e devono «*assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente*»⁶³.

In considerazione della natura dell'incarico attribuito all'amministratore

60 Sul tema, cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa e società*, 2015, I, 19; P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. 3, Torino, Utet, 2014, 2176; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 713.

61 Da ultimo Cass. novembre 2024 n. 29844, in *dirittobancario.it*, che afferma che «*Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie - inoltre - non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega*».

62 Cass. 20, novembre 2024 n. 29844.

non esecutivo il dovere di agire in formato, nelle società bancarie, non deve essere rimesso alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli organi delegati in quanto, dovendo tali amministratori possedere adeguate conoscenze del business bancario e dovendo contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca, devono esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo⁶⁴.

Questa lettura porta a ritenere che la Banca d'Italia, in caso di irrogazioni di sanzioni amministrative, ha l'onere di dimostrare soltanto l'esistenza di segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, a esigere un supplemento di informazioni⁶⁵.

L'interpretazione del ruolo degli amministratori non esecutivi, nei predetti termini, porta la Banca d'Italia ad affermare che *«gli amministratori non esecutivi possono essere chiamati a rispondere per non aver adempiuto ai doveri di controllo e propulsivi connessi con l'obbligo di vigilare sull'andamento generale della gestione che la disciplina societaria e quella bancaria impongono loro...il generale dovere di "agire informati" dei consiglieri non esecutivi si atteggia in modo particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche. Ciò anche in ragione degli interessi protetti*

63 Cass. 4 febbraio 2021, n. 2620; Cass., 31 luglio 2023 n. 23192, in *dirittobancario.it*; cfr. pure Cass., 22 marzo 2019, n. 8237, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019; Cass. 31 agosto 2016, n. 17441 in *Giur. comm.*, 2017, II, 835; Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, I, II, 24, con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.* 2017, 3, II, 546, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?;* Cass., 18 aprile 2018, n. 9546, per la quale *«Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381 c.c., commi 3 e 6 e art. 2392 c.c., non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi, non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega»;* nello stesso senso, Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

64 Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, I, II, 24, con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*.

65 Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.* 2017, 3, II, 546, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?.*

dall'art. 47 della Costituzione - tutela del risparmio ed esercizio del credito - che sostanziano la specialità dell'impresa bancaria»⁶⁶.

La rigidità con la quale il regolatore richiama i doveri che incombono in capo agli amministratori non esecutivi trova la sua giustificazione nella esigenza di comporre un sistema dei controlli in grado di assicurare una sana e prudente gestione.

L'irrigidimento del regolatore trova conferma anche nell'esercizio dei poteri di intervento (art. 53-bis Tub⁶⁷), esercitati secondo un criterio di intensità crescente in relazione al grado di criticità della gestione aziendale⁶⁸.

Tutti i poteri individuati nell'art. 53 bis normalmente, nelle società di diritto comune, rientrano negli atti di disposizione dell'autonomia privata che, in questo caso, invece, vengono limitati e indirizzati da un soggetto esterno⁶⁹, la Banca d'Italia, la quale interviene su quelle vicende societarie che possono immediatamente riflettersi sull'attività imprenditoriale⁷⁰.

Conseguentemente la Banca d'Italia ha il potere di fissare i limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando ciò sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale, in ossequio al principio di prudenza della gestione bancaria⁷¹, o il potere di vietare la

66 C. BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, Roma, 26 marzo 2014.

67 Sulla natura dei poteri di intervento, cfr. M.E. SALERNO, sub art. 53-bis, in *Commentario al Testo unico bancario*, S. Bonfatti, Pisa, Pacini, 2021, 281 ss.; S. FERRARA, sub art. 53-bis, in *Commento al Testo unico bancario*, C. Costa e A. Mirone, Torino, Giappichelli, 2024, 671 ss.; G. GIORDANO, sub art. 53-bis, in *Commentario breve al Testo unico bancario* Costi Vella, Padova, Cedam, 2019,

68 S. Cicchinelli, sub art. 53, in C. Costa (a cura di) *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2013, 578, definisce l'assunzione di tali provvedimenti "a geometria variabile", a seconda della tipologia di intervento effettuato dalla Banca d'Italia con effetti diversi sulla organizzazione societaria o sul patrimonio della banca.

69 Sul rapporto tra diritto speciale e diritto generale cfr. A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca Impresa Società*, 2017, 42 ss.

70 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., 759, distingue tra disciplina della società e dimensione dell'impresa.

71 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., 763, sottolinea che tale approccio vede nella previsione della parte variabile della remunerazione un pericolo per l'eventuale solidità della base patrimoniale della banca, pericolo che non deriva solo dalla dimensione quantitativa (e ciò spiega la ragione per la quale quel potere non riguarda anche la parte fissa), ma dalle caratteristiche specifiche e qualitative della parte variabile.

distribuzione degli utili⁷² o altri elementi del patrimonio, in ossequio rispetto del principio della sana e prudente gestione (qui l'interesse dei soci alla remunerazione del proprio investimento cede di fronte alla necessità di una sana e prudente gestione imprenditoriale).

Tra i vari poteri di intervento previsti diventa particolarmente interessante, nell'ambito dell'*escalation* dell'azione della Banca d'Italia, richiamare il cosiddetto potere di *removal* che attribuisce al regolatore la possibilità di rimuovere uno o più esponenti aziendali, «qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca» (lett. e) art. 53 -bis)⁷³.

Tale rimozione (che si concretizza in un provvedimento ablatorio personale⁷⁴) sottrae all'esponente rimosso la titolarità di una posizione giuridica soggettiva e priva l'assemblea dei soci della possibilità di scegliere gli amministratori, prerogativa tra le più rilevanti per attuare le strategie imprenditoriali.

Qui il potere di revocare gli amministratori non è più legato alla ricorrenza di gravi irregolarità gestionali che giustificerebbero la sottoposizione della banca a procedure liquidatorie, ma ad una valutazione preventiva (che ha funzione prudenziale e ripristinatoria) con la quale la Banca d'Italia verifica l'idoneità, *ex ante*, a garantire condizioni di stabilità alla banca⁷⁵.

Si tratta di una ingerenza⁷⁶ che comprime pesantemente gli spazi di autonomia patrimoniale e che attribuisce all'autorità di regolazione, attraverso l'esercizio di questo potere, la partecipazione anche al momento della elabora-

⁷² È quanto ha raccomandato di fare la Banca d'Italia (e prima ancora la BCE) durante la pandemia, nel rispetto di una gestione sana e prudente.

⁷³ Presupposti differenti sono previsti, invece, per l'omonima misura d'intervento precoce, di cui all'art. 69-*octiesdecies*, Tub; un'ulteriore fattispecie è poi prevista dall'art. 16, par. 2, lett. m), del Reg. (UE), 1024/2013.

⁷⁴ In tal senso, S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., 144.

⁷⁵ T.A.R. Lazio, Roma, 7 agosto 2018, n. 8868, in banca dati *Dejure*, sottolinea che la necessità per la Banca d'Italia di agire celermente giustifica l'omessa comunicazione di avvio del procedimento all'interessato e la mancata partecipazione dello stesso all'*iter* decisorio.

⁷⁶ Per un ampio esame della questione, v. A. ANTONUCCI, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, in *Banca impresa società*, 2016, 21; S. CICHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria (riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 423; F. CIRAIOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 3; ID., *La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali, tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca impresa società*, 2016, 51; G. GIORDANO, sub art. 53 bis, in *Commentario breve al Testo unico bancario*, R. Costi, F. Vella (a cura di), Padova, 2019, 265.

zione strategica che si attiva quando considera la permanenza dell'esponente un pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca⁷⁷.

Pure in questo secondo ambito tutti gli interventi del regolatore, normativi, di integrazione, di interpretazione portano alla previsione di assetti organizzativi diversi da quelli tradizionali che vedono la loro giustificazione nella esigenza di assicurare una gestione dell'attività bancaria sana e prudente nonché di garantire la tutela del risparmio.

3.3 La regolazione sulla sostenibilità

Infine, si presenta di particolare interesse la disamina degli effetti dell'esercizio della funzione di regolazione nell'ambito della sostenibilità⁷⁸.

Il regolatore, in aggiunta alla copiosa produzione normativa europea prevista per tutte le attività imprenditoriali che posseggono determinate dimensioni, detta una pluralità di regole, attraverso aspettative, linee guida, raccomandazioni, alle quali gli intermediari devono sottostare.

L'aspetto interessante del perseguimento di uno scopo sostenibile in un'impresa bancaria è dato dalla circostanza che la banca deve integrare al proprio interno i fattori ESG, al pari di qualunque altra attività d'impresa, ma, al tempo stesso, deve integrarli nel processo di concessione del credito che coinvolge la propria clientela. Come già rilevato a proposito dell'organizzazione finanziaria, le pretese coinvolte nell'esercizio dell'attività bancaria non sono con-

⁷⁷ G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, cit., 797. Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, cit. 82 chiarisce che “lo scopo cui mira il legislatore, invero, è arginare il processo degenerativo in corso (altrimenti destinato all'irreversibilità) e, possibilmente, ricondurre la banca ad una sana e prudente gestione, imponendo l'estromissione degli organi responsabili del declino”.

⁷⁸ Per un approfondimento sulla sostenibilità bancaria, cfr. L. AMMANNATI, *I nuovi paradigmi dell'impresa bancaria in epoca di transizione*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 99, 2024, 21, ma vedi anche, *Dimensioni “eccentriche” dell'impresa bancaria nell'era della sostenibilità*, in *Riv. regol. merc.*, 2023, 2; V. BEVIVINO, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 484 ss.; R. CARATOZZOLO, *L'integrazione della sostenibilità ambientale nel sistema delle banche*, in *Riv. regol. merc.*, 2024, 177; F. RIGANTI, *Regolazione del mercato e “fine di lucro”. Spunti per una ricerca aggiornata in tema di sostenibilità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 129; E. BERNARDINI - I. FAIELLA - L. LAVECCHIA - A. MISTRETTA - F. NATOLI, *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers) della Banca d'Italia*, n. 608, marzo 2021; M. SEMERARO, *Fattori di sostenibilità ambientale e politiche creditizie*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, Cedam, 2021, 253 ss. Sia, altresì, consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Appunti sullo studio della sostenibilità bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 1, 2024, 639; EAD, *La sostenibilità bancaria nell'impresa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 4, 2022, 168.

finite al binomio soci /creditori, ma ad una più ampia platea di destinatari. Se non che, nel caso della sostenibilità, l'allargamento dei soggetti coinvolti si presenta di particolare interesse.

Banca d'Italia, con l'Aspettativa n. 1, chiede all'organo di amministrazione di svolgere «un ruolo attivo di indirizzo e governo nell'integrare i rischi climatici e ambientali nella cultura e nella strategia aziendale nonché nel risk appetite framework aziendale e nei limiti di rischio dei portafogli gestiti, declinando in modo coerente le principali policy aziendali e l'adattamento dei sistemi organizzativi e gestionali. In tale ottica l'organo di amministrazione approva un appropriato piano di iniziative»⁷⁹.

Per realizzare tali obiettivi la Banca d'Italia chiede, all'organo con funzione di supervisione strategica, di disporre di competenze adeguate a valutare le implicazioni dei rischi climatici e ambientali, sul modello di business e sulla strategia, e di assegnare ruoli e responsabilità a singoli membri o a comitati endoconsiliari già esistenti o a nuovi appositi comitati⁸⁰. L'organo con funzione di supervisione strategica, nella definizione della strategia aziendale, deve individuare i rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione), capaci di incidere sul contesto aziendale, ma anche valutarne la materialità, cioè la loro capacità di influenzare la sostenibilità dei rendimenti e dei portafogli, nonché gli impatti delle attività di investimento sull'ambiente⁸¹.

Il regolatore esorta gli intermediari a identificare, misurare, prevenire e attenuare i rischi climatici ambientali, e a considerare gli impatti che determinano sui rischi prudenziali tradizionali⁸²: la maggiore vulnerabilità ai rischi fisici di alcune aree geografiche o di determinati settori economici potrebbe influenzare il peggioramento del merito creditizio della controparte, con aumento del

79 Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, 2022 e, anche, Banca Centrale Europea, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020.

80 L'Aspettativa n. 3 chiede all'organo di amministrazione di modulare i diversi interventi sull'organizzazione e sui processi operativi a fronte dei rischi climatici e ambientali in modo coerente e proporzionale alle valutazioni formulate in merito alla loro materialità.

81 L'Aspettativa n. 2 chiede agli intermediari di individuare i rischi climatici e ambientali capaci di incidere sul contesto aziendale e di essere in grado di comprenderne e misurarne gli impatti, al fine di assicurare la resilienza del modello di business e orientarne le prospettive di sviluppo.

82 Con l'Aspettativa n. 4 il regolatore chiede agli intermediari di effettuare una mappatura degli eventi che potrebbero manifestarsi per effetto dei rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione) e di integrare il sistema di gestione dei rischi, identificando i rischi che ne risulterebbero potenzialmente influenzati e le implicazioni di natura prudenziale.

rischio di credito; eventi climatici sfavorevoli potrebbero causare perdite alle controparti più esposte, incrementando la volatilità del *pricing* dei titoli emessi, con conseguenti rischi di mercato; gli eventi climatici estremi potrebbero compromettere la continuità operativa degli intermediari, con relativo rischio operativo e reputazionale; l'evento climatico sfavorevole potrebbe innescare un rischio di liquidità, in quanto potrebbe costringere i propri clienti ad attingere ai propri depositi o determinare un *repricing* di alcuni strumenti finanziari.

Una volta misurati gli impatti, gli amministratori devono essere in grado di orientare le scelte strategiche e le prospettive di sviluppo in modo da assicurare la resilienza del modello di business: il regolatore chiede, agli intermediari, di integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sviluppando politiche creditizie basate sui fattori ESG, e di elaborare una strategia coerente con il processo di pianificazione strategica, in grado di soddisfare le attese degli investitori.

Diventa fondamentale individuare un orizzonte temporale di medio e lungo periodo nella pianificazione strategica, al fine di orientare le prospettive di sviluppo, secondo un obiettivo di sostenibilità, e integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti.

Anche lo svolgimento dell'attività bancaria è assoggettato a una serie di regole, basti pensare alla mappatura dei rischi climatici ambientali in tutte le fasi del processo del credito.

L'EBA, già nel 2020, nelle Linee guida in materia di concessione monitoraggio dei prestiti⁸³, aveva richiesto l'incorporazione dei fattori ESG e i rischi associati nella propensione al rischio di credito nelle politiche di gestione dei rischi e nelle procedure relative al rischio di credito: nella valutazione delle controparti in fase di concessione e nel processo di valutazione delle garanzie reali bisogna considerare l'impatto dei rischi climatici e ambientali, l'ubicazione geografica e le caratteristiche dell'immobile posto a garanzia.

Il ricorso alla finanza sostenibile ha, secondo il regolatore, un impatto notevole sul modello di business bancario, non solo sull'attività di finanziamen-

83 Sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Le Finalità delle Linee Guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, in A. Albanese, M. Franzoni, E. Gabrielli, G. Grisi, L. Nivarra (a cura di), *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*, Torino, Giappichelli, 2023, 251.

to, ma anche sull'attività di gestione del risparmio. Per tali ragioni, secondo Banca d'Italia, bisogna integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sia a livello di entità sia di prodotti finanziari offerti; sotto il profilo dell'attività di finanziamento sviluppare politiche creditizie basate sui fattori ESG per l'indirizzo strategico degli impieghi della banca (ciò significa che occorre attuare politiche creditizie restrittive verso imprese *brown* ed espansive verso imprese *green*, aumentando il costo dei finanziamenti nei confronti delle attività progettuali *brown*).

In altri termini gli intermediari, dopo aver definito l'approccio verso la sostenibilità, devono tradurre tali obiettivi nelle politiche di investimento, elaborando una strategia che sia coerente con il processo di pianificazione strategica e in grado di soddisfare le attese degli investitori.

Infine, secondo le Aspettative di Vigilanza, gli intermediari devono dotarsi di infrastrutture di dati e processi per comunicare le modalità con cui integrano i *driver* di rischio e ambientale nella strategia aziendale, nella organizzazione interna e nei meccanismi di gestione del rischio⁸⁴.

Nell'ambito poi del Meccanismo Unico di Vigilanza, la Banca d'Italia contribuisce alla valutazione e al monitoraggio dei piani di adeguamento delle banche significative alle aspettative di vigilanza, emanate dalla BCE sui rischi climatici e ambientali, e allo svolgimento di esercizi di stress test climatico.

La predisposizione di tutte queste regole fornisce un'ulteriore conferma dell'approccio del regolatore. Infatti, anche in quest'ambito, le norme sulla sostenibilità regolano prepotentemente gli assetti organizzativi e lo svolgimento dell'attività, incidono sulla strutturazione dei processi, sulla definizione delle linee strategiche, sulla rendicontazione dell'attività d'impresa.

La struttura organizzativa bancaria deve esprimere regole che consentano di produrre atti compatibili con il rispetto della sostenibilità, gli assetti organizzativi prescelti e l'insieme dei compiti e delle funzioni decisionali devono essere funzionali al perseguimento della sostenibilità.

⁸⁴ L'Aspettativa 5 chiede agli intermediari di creare «una base dati sui profili di rischio climatico e ambientale completa e di elevata qualità nonché integrata in un sistema informativo idoneo a supportare lo sviluppo di metriche per la valutazione dei rischi climatici e ambientali».

In questo caso la mappatura e la misurazione dei rischi climatici e ambientali e, più in generale, la richiesta di predisporre regole organizzative – diverse e aggiuntive – per il perseguimento della sostenibilità delle banche non rappresenta soltanto adempimento di un dovere, rispetto agli obblighi di rendicontazione che derivano dalla normativa primaria e che sono comuni ad altre attività d'impresa, ma diventa funzionale all'assolvimento delle funzioni tipiche dell'attività bancaria, di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, che consentono di tutelare le dimensioni fondamentali dei diritti protetti dall'art. 47 Cost. e che, come si è detto, non possono essere perseguite con l'autodeterminazione delle parti, ma necessitano – per il loro pieno godimento – dell'intervento dell'autorità.

Le numerose disposizioni che la Banca d'Italia prevede sulla sostenibilità delle banche sono tutte orientate a realizzare una gestione sana e prudente e, conseguentemente, a soddisfare il dettato costituzionale declinato nell'art. 47.

Anche in questo caso la Banca d'Italia interviene per approntare strumenti di tutela dell'interesse pubblico che l'impresa bancaria persegue.

Attraverso la loro applicazione si consente di realizzare un interesse sociale che non si esaurisce nell'interesse dei singoli soci, non solo perché la pretesa individuale di ciascun socio contiene, strutturalmente, un segmento di interesse pubblico (nel senso che le pretese dei singoli assumono valore collettivo), ma anche perché, attraverso il perseguimento della sostenibilità (che presuppone una visione di medio lungo periodo⁸⁵), si assiste all'applicazione di regole nuove, capaci di garantire la pluralità di interessi coinvolti dall'esercizio dell'attività bancaria.

In tale circostanza l'esercizio della funzione che pure interviene comprimendo l'autonomia dei destinatari, dettagliando regole e procedure di sostenibilità, non crea una contrapposizione tra interessi interni ed esterni all'attività d'impresa o tra i differenti interessi esterni all'impresa.

⁸⁵ Sul punto, tra gli altri, P. MONTALENTI, *Impresa, sostenibilità e fattori ESG: profili generali*, in *Giur. it.*, 2024, 1190 ss., nonché F. DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance: dagli investitori agli stakeholder*, in *Riv. soc.*, 2023, 301 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Long termism*, in *Riv. Società*, 2021, 29, ss.; E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, *ivi*, 1, 2022, 101 ss.; A. BASSI, *La CSR doctrine di fronte ai creditori, stakeholders di prima istanza*, in *Giur. comm.*, 2022, 175 ss.; M. MAUGERI, *Sostenibilità ed Engagement degli azionisti istituzionali*, in *Riv. soc.*, 2021, 1353.

Anche in questo caso gli interventi previsti dal regolatore hanno la funzione di perseguire un comune interesse sociale – in una visione di medio lungo periodo – che porta alla realizzazione di un interesse che non si esaurisce nel tradizionale interesse dei soci, ma contiene una pluralità di interessi che trovano la loro composizione nella prospettiva dei diritti delle persone.

4. Qualche riflessione conclusiva

L'indagine sin qui condotta, seppure circoscritta solo a qualche segmento di intervento del regolatore, consente di individuare alcuni nuclei tematici utili per successivi approfondimenti sulla regolazione della Banca d'Italia.

La prima considerazione è che la regolazione bancaria continua a rappresentare il paradigma storico sul quale si è riscontrato l'intervento pubblicistico e, poiché il diritto bancario rappresenta «un laboratorio avanzato di soluzioni»⁸⁶, lo studio della regolazione bancaria può offrire una interessante chiave di lettura anche in altri ambiti.

La seconda riflessione è che l'esercizio dell'impresa bancaria, espressione della più generale iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (che fissa il limite oltre il quale l'attività economica non può compiersi liberamente⁸⁷), non può svolgersi in modo da contrastare la dimensione immediatamente godibile dei diritti, quindi, quando la dimensione dei diritti non è immediatamente godibile, interviene l'art. 41 comma 3⁸⁸.

In questa prospettiva la Banca d'Italia esercita la propria funzione di re-

⁸⁶ P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, cit., 176, attribuisce la funzione di laboratorio avanzato di soluzioni alla disciplina delle società quotate e a quella bancaria.

⁸⁷ Per un commento sul nuovo art. 41 Cost. v. S.A. CERRATO e C. SARTORETTI, *Fattori ESG: profili costituzionali e riflessi applicativi diretti*, in *Giur. It.*, 5, 2024, 1201; S. A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 63 ss.; G. LEMME, *Articolo 41 Cost. e sviluppo sostenibile: contrasto o concordanza?*, in *Gazzetta Ambiente*, 2007, 85; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 16, 2021; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 16, 2021.

⁸⁸ Sulla riserva di legge ai sensi dell'art. 41, 3° comma, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 129 ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, G. Amato, A. Barbera (a cura di), vol. III, Bologna, Il Mulino, 1997, 794; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61; ID., *Potere amministrativo come funzione dei diritti fondamentali. Per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in questa Rivista, 2023, 45 ss.

golazione ponendo vincoli alla libertà d'impresa delle banche, incidendo sugli spazi di autonomia dei privati, limitando le opzioni organizzative dei destinatari, affievolendo le prerogative dei soci e degli amministratori.

L'intervento del regolatore innesca il binomio autorità / libertà, intervento pubblico / autonomia privata che diventano una costante di tutta la disciplina del diritto bancario, tuttavia, seppure non si possa non riconoscere una compressione della libertà contrattuale ad opera di interventi eteronomi da parte del regolatore, dal punto di vista della tutela degli interessi cade la contrapposizione. Conseguentemente, perde di rilevanza il loro bilanciamento: la funzione di regolazione della Banca d'Italia consente la realizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue⁸⁹ e trova la sua legittimazione nella esigenza di protezione del risparmio.

Se si assume questa prospettiva, tutti gli interventi (pubblici) del regolatore – sulla organizzazione bancaria – devono essere letti come strumenti per consentire il godimento di diritti che – diversamente – non vedrebbero la medesima realizzazione, in quanto le società bancarie, nella loro autonoma organizzazione, non sono in grado, con le sole norme del diritto comune, di assicurare le prestazioni necessarie per il godimento dei diritti fondamentali, nel contempo, la funzione stessa della regolazione delle banche, nel suo più complesso sistema di poteri amministrativi, si legittima nella misura in cui massimizza quei diritti.

89 Come ha affermato L. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 231, invero «l'amministrazione pubblica, [...] persegue sì l'interesse pubblico (che è il suo scopo), ma l'interesse pubblico è l'interesse dei cittadini alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali ed all'uguaglianza – quindi, ben considerando, si tratta dell'interesse delle parti coinvolte nella decisione, non dell'interesse dello Stato».

PASQUALE PANTALONE
Professore Associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano
pasquale.pantalone@unimi.it

**IL MATERIALE REGOLATORIO DELL'ANAC TRA
ATTRIBUZIONI ESPRESSE E MANIFESTAZIONI
IMPLICITE DI INDIRIZZO. GARANZIE E LIMITI PER LA
SALVAGUARDIA DELLE POSIZIONI SOGGETTIVE E
DELLA SEMPLIFICAZIONE DEL SISTEMA**

**NATIONAL ANTI-CORRUPTION AUTHORITY'S REGULATORY
MATERIAL BETWEEN EXPRESS ATTRIBUTIONS AND IMPLICIT
MANIFESTATIONS OF GUIDANCE. GUARANTEES AND LIMITS
FOR THE PROTECTION OF SUBJECTIVE POSITIONS AND THE
SIMPLIFICATION OF THE SYSTEM**

SINTESI

Il contributo* ha per oggetto l'analisi della c.d. *soft regulation* espressa e implicita che l'Autorità nazionale anticorruzione svolge nei settori di propria competenza, interrogandosi anche in ordine alle garanzie e ai limiti che l'ordinamento pone a siffatta attività non solo a tutela delle posizioni soggettive, ma anche a salvaguardia dell'autonomia decisionale dei soggetti (prevalentemente pubblici) regolati e, più in generale, della semplificazione del sistema.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to analyze the so-called explicit and implicit *soft regulation* that the National Anti-Corruption Authority carries out in the areas under its competence, also questioning the guarantees and limits that the legal system places on such activity not only to protect subjective positions, but also to safeguard the decision-making autonomy of the (mainly public) regulated subjects and, more generally, the simplification of the system.

PAROLE CHIAVE: Autorità indipendenti, regolazione, vigilanza, Autorità nazionale anticorruzione

* Le riflessioni che seguono si collocano nel solco di studi, anche monografici, condotti nel recente passato, ambendo a costituirne un ulteriore sviluppo anche in considerazione di alcuni mutamenti normativi e giurisprudenziali nel frattempo intervenuti: sia consentito, in particolare, il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

KEYWORDS: Independent authorities, regulation, supervision, National Anti-Corruption Authority

INDICE: 1. La specialità del regolatore e dell'oggetto regolato – 2. Il perimetro dell'analisi. Il materiale regolatorio dell'Anac tra attribuzioni espresse e manifestazioni implicite di indirizzo – 3. La regolazione dei contratti pubblici senza linee guida vincolanti – 4. La regolazione dei contratti pubblici attraverso l'attività di vigilanza – 5. Vigilanza e regolazione nei comparti normativi dell'anticorruzione e degli incarichi pubblici. – 6. La regolazione delle misure sulla trasparenza amministrativa. – 7. La regolazione attraverso l'attività consultiva e para-giurisdizionale. – 8. Riflessioni conclusive. Garanzie e limiti per la salvaguardia delle posizioni soggettive e della semplificazione del sistema.

1. La specialità del regolatore e dell'oggetto regolato

L'Autorità nazionale anticorruzione presenta connotati peculiari rispetto al tipico modello delle Autorità indipendenti di regolazione¹, sia dal punto di vista soggettivo, sia sotto il profilo dell'oggetto regolato.

Intanto, la sua istituzione è una novità relativamente recente nel nostro panorama istituzionale².

Il requisito dell'indipendenza, tipico di ogni *authority*, risulta più marcato in capo all'Anac, non tanto sul piano strutturale³ quanto piuttosto su quello

1 La letteratura sul tema è ovviamente vastissima. *Ex multis*, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005. Di recente, E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2020, 50 ss.

2 Per l'analisi di alcuni profili strutturali e funzionali dell'Anac dal punto di vista dell'Autorità, v. R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016. V., altresì, in dottrina, N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5, 2016; ID, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 497 ss.; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'Anac e l'Uomo di Vitruvio*, in *giustamm.it*, 4, 2016; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.; G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 345 ss. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 757 ss.; ID, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 110 ss.

3 Ai sensi dell'art. 13, comma 3 del d.lgs. 150/2009, il presidente e i quattro componenti dell'Anac sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nonché previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. La previsione in esame sembra ricalcare, in parte, il procedimento di nomina previsto, in via generale, dall'art. 2, comma 7 della l. n. 481/1995 per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

funzionale.

Difatti, alcuni poteri sono di esclusiva spettanza del presidente dell'Autorità, che diviene così «organo nell'organo»⁴ e attributario di specifiche e autonome funzioni che, proprio per l'assenza di collegialità nel loro esercizio, potrebbero rafforzarne il carattere di indipendenza.

Molte decisioni collegiali dell'Anac sono adottate in collaborazione col Governo o con soggetti variamente riconducibili all'indirizzo politico-governativo. Pure in questo caso, il riconoscimento in capo all'Autorità della capacità di «dialogare» alla pari con la politica potrebbe rafforzarne l'indipendenza, se non determinare un'inusuale «cattura» della politica da parte dell'*authority*⁵. È anche vero che il non infrequente accostamento dell'attività concreta dell'Anac alla politica potrebbe invece dimostrare un minor grado di indipendenza dell'Autorità. Si tratta comunque di una trama normativa che si presta ad assetti diversi che mutano a seconda della contingenza storica, della forza della politica e di come viene interpretato dall'Autorità il proprio ruolo istituzionale.

Un carattere distintivo comune alle Autorità indipendenti è stato ravvisato nella loro tendenziale posizione di neutralità rispetto agli interessi in gioco: ruolo che sarebbe funzionale a mantenere un equilibrio tra valori preordinati e interni al settore di riferimento⁶.

L'esperienza ha però dimostrato che le funzioni svolte da tali soggetti non

⁴ L'espressione è di E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., 757 ss.

⁵ Per esempio, senza pretesa di completezza, il Piano nazionale anticorruzione è adottato dall'Anac «sentiti» un comitato interministeriale e la Conferenza unificata (art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012). L'Autorità esprime «pareri obbligatori» su atti ministeriali in materia di anticorruzione e trasparenza (art. 1, comma 2, lett. d), l. 190/2012; art. 16, comma 3, d.lgs. 39/2013). Essa riceve, inoltre, le «segnalazioni» del Dipartimento della funzione pubblica per l'eventuale attivazione del proprio potere di sospensione di una procedura di conferimento di un incarico (art. 16, comma 1, d.lgs. 39/2013). Le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche in corso o completate sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dal MEF «d'intesa» con l'Anac (art. 38, comma 2, d.lgs. 33/2013). L'Anac individua, con proprio provvedimento, adottato «d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'AGID» le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 24, comma 4, d.lgs. 36/2023). E l'elenco potrebbe continuare.

⁶ M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

risultano insensibili agli interessi coinvolti e al perseguimento di precise *policies*⁷.

Se il carattere della neutralità già significativamente sfuma con riguardo ad alcune *authorities*⁸, ancora più diradato appare nell'Anac, ove il principio di imparzialità riacquista la sua piena portata precettiva⁹ e l'interesse pubblico alla prevenzione e al contrasto della corruzione permea l'intero statuto istituzionale dell'Autorità, esprimendo «una evidente e potente carica finalistica»¹⁰.

Sulla falsariga dei poteri dell'Autorità *antitrust*, l'Anac, poi, è «autonomo promotore di un giudizio»¹¹, in quanto è legittimata ad agire dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di con-

7 Per una accurata ricostruzione delle varie posizioni emerse in dottrina, cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 239 ss. In argomento, v. anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019. Sul tema è tornato di recente anche G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2024, 444 ss.

8 In ordine all'Agcm, *ex multis* v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, in part. 128.

9 Almeno sotto la previgente disciplina sui contratti pubblici, secondo F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 397, «L'Anac non è affatto un'amministrazione neutrale».

10 F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 398. In termini analoghi, cfr. F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2015, 503, il quale avvertiva – già alla luce della disciplina sull'anticorruzione e dei poteri attribuiti all'Anac – come l'attività contrattuale della p.a., più che rispondere all'obiettivo di garantire una corretta competizione sul mercato, sembrasse invece essere concepita dall'ordinamento «soprattutto come una pericolosa occasione di corruzione che bisogna(va) in ogni modo arginare». Da ciò, peraltro, sarebbe derivata, secondo l'A., una «torsione funzionale» del diritto amministrativo, «assumendo, seppur parzialmente, i tratti, le finalità e l'assetto del diritto penale. La stessa fisionomia dell'Anac, al cui vertice c'è un capace Presidente con esperienza di giudice penale, parrebbe riflettere l'idea di un settore del diritto con riferimento al quale l'esigenza essenziale è presidiare la legalità, dando rilievo a un aspetto molto diverso da quello tradizionalmente proprio del giudice amministrativo o dello studioso del diritto amministrativo, abituato a ragionare secondo la logica della miglior cura dell'interesse pubblico»; ID., *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 6, 2015, 1551, che, analogamente a quanto sopra, ha evidenziato l'emersione dell'interesse alla repressione della corruzione testimoniato dall'incisività dei poteri attribuiti all'Anac («soggetto che si erge a “signore” di quel valore»). Cfr., altresì, M. CLARICH, *Contratti e pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi dal titolo «La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Varenna, 17-19 settembre 2015, in *italiadevide.it*, 23, secondo il quale «considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza».

11 M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *federalismi.it*, 6, 2012.

tratti pubblici¹². Il che evidentemente presuppone la lesione di un interesse qualificato, personale e specifico, che trova soggettivizzazione nell'Autorità e che di conseguenza ne esclude ontologicamente la neutralità¹³.

Alla posizione di neutralità delle *authorities* rispetto agli interessi in gioco corrisponde di regola l'esercizio di funzioni tecniche, carattere anch'esso più sfumato quando si esaminano le competenze dell'Anac¹⁴.

A differenza di altri settori ove il tecnicismo delle regole costituisce un'ineluttabile condizione per il loro "governo"¹⁵, infatti, nei comparti normativi dell'anticorruzione, degli incarichi pubblici e della trasparenza l'Anac, nei panni talora di un *whatchdog* e talaltra di un *advisor*, presidia il rispetto delle norme e delle misure amministrative di prevenzione della corruzione da parte dei soggetti pubblici, supportandoli anche nella loro concreta interpretazione e attuazione. Pure il settore dei contratti pubblici non sembra caratterizzato da un elevato tasso di tecnicismo, non foss'altro per il fatto che oggi la sua pervasiva disciplina multilivello è ancora in massima parte scaturente in seno all'indirizzo politico-governativo: basti porre mente al recente meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al vigente codice dei contratti pubblici¹⁶. Il tecnicismo stride in ogni caso con i costanti obiettivi di semplificazione della normativa di cui l'Autorità deve necessariamente farsi portatrice¹⁷.

L'Anac, poi, a differenza delle altre Autorità di regolazione, non gode nel settore dei contratti pubblici di una diretta copertura del diritto dell'UE, né è coinvolta, come altri regolatori indipendenti, nelle reti europee di cooperazione delle autorità di regolazione nazionali¹⁸.

¹² Art. 220, comma 2, d.lgs. 36/2023.

¹³ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, cit., 257-260: anche se riferite all'Agcm le stesse considerazioni critiche possono essere espresse con riferimento all'Anac.

¹⁴ In termini analoghi, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 4, 2016.

¹⁵ L'elevato grado di tecnicità delle "regole" può essere ben colto, ad esempio, nei mercati finanziari: *ex multis*, S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, 1, 1995, 60.

¹⁶ E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi generali (artt. 1-12)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, Napoli, 2023, 19.

¹⁷ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 398-399.

¹⁸ Nello stesso senso, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2016. In ordine alle reti di cooperazione delle *authorities* nazionali, v., *ex multis*, E.

Restando nel settore dei contratti pubblici, sotto il profilo oggettivo la regolazione dell'Anac presenta significative peculiarità rispetto alla regolazione indipendente delle altre *authorities*.

Il “mercato” dei contratti pubblici risulta anzitutto strutturalmente differente dai tradizionali mercati regolati (finanziari, energetici, dei trasporti, delle comunicazioni elettroniche)¹⁹.

Anche a fronte della sua «complessità funzionale»²⁰, esso «è contemporaneamente oggetto e prodotto della regolazione»²¹, essendo artificialmente “creato” dalla legge, dalle altre fonti e dalla stessa regolazione dell'Anac. Difatti, mentre in altri mercati regolati gli interventi normativi affidati alle Autorità di settore si muovono tendenzialmente nell'ambito di una cornice legislativa piuttosto scarna, la regolazione dei contratti pubblici s'inserisce all'interno di un “mercato” già storicamente e dettagliatamente disciplinato da fonti tradizionali²².

In altri mercati, inoltre, la regolazione indipendente è primariamente orientata a regolare l'offerta di servizi, al fine di contemperare l'esercizio delle libertà economiche con la tutela di finalità collettive. L'Anac, invece, regola prevalentemente la domanda pubblica (al fine di consentire confronti concorrenziali ed evitare comportamenti illeciti) «in un ambito in cui non si può parlare di liberalizzazione in senso proprio»²³, nel quale emerge al contrario la logica della composizione degli interessi tipica delle dinamiche decisionali degli organi democraticamente eletti²⁴.

I soggetti regolati, dunque, sono prevalentemente attori pubblici (come

CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 29 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 263 ss.

19 L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit.

20 F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013.

21 S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regolaz. mercati*, 1, 2016.

22 Per una panoramica generale delle fonti nella materia in esame prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, cfr. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2017, 827 ss.

23 E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, 229.

24 E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, cit., 54.

le stazioni appaltanti chiamate ad affidare contratti pubblici), i quali non hanno facoltà di entrare o uscire liberamente dal mercato non potendo sottrarsi al rispetto delle regole che lo sovrintendono²⁵. Analogamente, nei settori dell'anti-corruzione, degli incarichi pubblici e della trasparenza i destinatari della regolazione sono prevalentemente soggetti pubblici e/o persone fisiche che gravitano nella sfera soggettivamente pubblica²⁶.

Pare comunque difficilmente contestabile che questo sottosistema o “materiale giuridico” riconducibile all'attività dell'Anac nel settore dei contratti pubblici presenti delle significative specificità che richiamano un ordinamento²⁷, soprattutto in riferimento al soggetto posto al suo vertice: ossia, un'autorevole organizzazione che, negli spazi concessi da un ordinamento generale, sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici, emanando “disposizioni” generali, di vigilanza, sanzionatorie, comunque conformative della discrezionalità che compete alle stazioni appaltanti. Né pare privo di significato il fatto che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale²⁸, quasi che il momento processuale completi la specificità dell'ordinamento di settore.

2. Il perimetro dell'analisi. Il materiale regolatorio dell'Anac tra attribuzioni espresse e manifestazioni implicite di indirizzo

Chiarite le caratteristiche peculiari del centro soggettivo di regolazione e dell'oggetto regolato, si può ora passare all'analisi degli strumenti di cui l'Autorità dispone per “regolare” i settori di propria competenza.

Occorre preliminarmente chiarirsi sul concetto di regolazione preso in esame in questa sede.

È nota la natura polisemica e funzionalmente unitaria dell'attività di regolazione economica dei mercati in cui tradizionalmente operano le Autorità

²⁵ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 607; ID, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit.

²⁶ L'allusione, in particolare, è alla disciplina sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, su cui v. *infra* par. 5.

²⁷ Se si vuole, sul punto cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 281 ss.

²⁸ Cfr. artt. 120 e ss., d.lgs. 104/2010.

indipendenti²⁹. A tacere della più appropriata qualificazione giuridica degli atti riconducibili a siffatta attività³⁰, la legge ne individua alcuni caratteri tipici³¹, peraltro plasmati e arricchiti dall'incessante opera dottrinale e giurisprudenziale sedimentatasi nel corso del tempo³².

Secondo una parte della dottrina, la regolazione può essere *hard* o *soft* a seconda della precettività dei vincoli conformativi che essa esprime³³. Pur nella varietà delle sue manifestazioni (raccomandazioni, linee guida, istruzioni, inviti, orientamenti, FAQ, comunicati), in particolare, la *soft regulation* è tale se produce effetti conformativi di mera *moral suasion* (senza, quindi, esplicare alcuna effi-

29 F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2003, 80. Secondo F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, 110-111, «(l)a regolazione può essere descritta come una funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività successiva di verifica, ovvero anche in attività di *moral suasion* o di proposta. L'elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (*stricto sensu*) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una *agency* pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell'ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l'insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato». Sul concetto di «regolazione» e sulle sue varie declinazioni la letteratura è terminata e, per ragioni di economia del presente lavoro, non è naturalmente possibile ripercorrerla in modo compiuto: v., *ex multis*, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 143 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 19 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018, 337 ss.; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, 697 ss.

30 Problema che, invero, sembra ormai quasi definitivamente risolto per la loro sostanziale sottoposizione al medesimo regime giuridico: si v. più diffusamente *infra*.

31 Art. 2, comma 12, l. 481/1995.

32 Lo ricorda F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 396 ss.

33 Come sottolineato da M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2016, «l'attività regolatoria può fondarsi su un mix di misure *hard* di misure *soft*, classici strumenti autoritativi e strumenti all'insegna della flessibilità e del consenso»; ID, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 147 ss.

cacia vincolante) e quando prende forma con modalità consensuali e partecipate³⁴.

Il previgente codice dei contratti pubblici³⁵ assegnava all'Anac un ruolo di indubbio rilievo, non paragonabile, per funzioni ed estensione, all'assetto di poteri ancor prima riconosciuto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³⁶.

L'art. 1, c. 1, lett. t) della l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, in particolare, indicava tra i principi e i criteri direttivi cui avrebbe dovuto conformarsi il Governo nell'emanazione del decreto delegato, l'«attribuzione all'Anac di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

Nell'ambito di questo robusto ed esteso apparato di funzioni eterogenee³⁷, di preminente interesse era l'innovativa funzione di «regolazione flessibile», in larga parte sostitutiva della disciplina regolamentare di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (adottato in attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Lo strumento maggiormente utilizzato dall'Autorità per l'espletamento dei propri compiti para-normativi era quello delle linee guida, su cui la dottrina ha dif-

34 V. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, 2007, 369 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Nella dottrina amministrativistica, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 138: «(l)a funzione formale, autoritativa-prescrittiva, di quest'ultimo tipo di fonti (i.e. la *soft law*) tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione, o (...) collaborativa».

35 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

36 Su cui, *ex multis*, v. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

37 In ordine all'elenco delle funzioni che competevano all'Anac sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016, sia consentito rinviare a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Milano, 2018, 222 ss.

fusamente concentrato la propria attenzione³⁸.

Questi particolari strumenti di regolazione presentavano alcune specificità rispetto alle altre linee guida conosciute dall'ordinamento: erano atti qualificati come «flessibili» dalla legge; avevano talora «efficacia vincolante»³⁹ nei confronti dei loro destinatari; svolgevano non solo una funzione orientativa, ma ricoprivano anche un'importante funzione attuativa o integrativa del dettato legislativo⁴⁰; erano adottate secondo la procedura del *notice and comment*, tipica delle Autorità indipendenti di regolazione; erano assistite da significative forme di pubblicità come se fossero degli atti soggettivamente e oggettivamente normativi; dovevano essere in taluni casi trasmesse al Parlamento dopo la loro adozione; erano sempre impugnabili davanti al giudice amministrativo.

A tacere dell'incerto statuto giuridico di tali atti, si era a suo tempo osservato che la previsione di linee guida vincolanti non sembrasse del tutto coerente né con gli obiettivi di semplificazione ed efficienza del sistema (normativo e amministrativo) della contrattualistica pubblica, né con l'idea che un soggetto specializzato, pur autorevole e indipendente come l'Anac, dovesse dialogare con altri soggetti competenti che, in un sistema aperto, complesso e in divenire, avrebbero dovuto poter discrezionalmente decidere. Al contrario, sarebbe stato preferibile un soggetto molto specializzato che raccomandasse e consigliasse anziché un soggetto che si comportasse come un “badante” che decidesse al posto dei soggetti sottoposti alla sua “cura”⁴¹.

L'esperienza ha invero dimostrato come l'utilizzo da parte dell'Anac di un potere di regolazione di questo tipo non abbia sortito gli effetti sperati: e ciò per una serie di ragioni, già parzialmente anticipate, che non è possibile ripercorrere in questa sede⁴².

Nel mutato contesto normativo la dequotazione della regolazione *hard* –

38 *Ex multis*, si v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 273 ss.; M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. di dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, cit.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss. Per un inquadramento generale del tema, cfr. V. DESANTIS, *Le linee guida nel “sistema” delle fonti del diritto*, Napoli, 2023.

39 Art. 1, comma 1, lett. t), l. 11/2016.

40 Art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016, ora abrogato.

41 Sia consentito richiamare P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 315-316.

comunque non interamente eliminata⁴³ – nel settore dei contratti pubblici e, parallelamente, il rafforzamento della *soft regulation* anche in altri comparti normativi presidiati dall'Anac, induce a rivolgere l'attenzione ai principali strumenti di regolazione⁴⁴ di cui dispone l'Autorità estrinsecantesi in atti generali di indirizzo, talora non del tutto privi di carattere immediatamente cogente e di capacità di innovazione ordinamentale⁴⁵.

Questo materiale regolatorio, invero, può rappresentare il frutto dell'esercizio sia di poteri espressamente conferiti dal legislatore all'Anac, sia di manifestazioni implicite di indirizzo.

Malgrado le tensioni col principio di legalità, infatti, nel sottosistema delle Autorità indipendenti è ormai consolidata la teoria dei poteri impliciti⁴⁶, consistente nell'auto-attribuzione di potestà innominate fondate su altri poteri (viceversa conferiti espressamente da norme “abilitate”) o, addirittura, su scopi genericamente individuati dal legislatore.

La regolazione costituisce un terreno fertile per l'emersione di molteplici poteri impliciti proprio perché l'ambito complesso, aperto e in divenire su cui incide (in quanto forgiato dalla regolazione medesima) non consente di prefigurare in modo puntuale le premesse e i contenuti della stessa. La regolazione

42 G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 177 ss.

43 V., per esempio, gli atti regolatori a contenuto obbligatorio previsti dagli artt. 23 e 24, d.lgs. 36/2023, su cui si tornerà incidentalmente *infra*.

44 Intesa – come sopra ricordato – quale attività funzionalmente unitaria di regolazione economica di un mercato, pur nella consapevolezza delle peculiarità del soggetto regolatore e dell'oggetto regolato: v. *supra* par. 1.

45 Non si trascura il fatto che la regolazione dell'Anac può manifestarsi anche come espressione dell'autonomia regolamentare dell'Autorità, cioè come disciplina che predetermina lo svolgimento delle funzioni a essa intestate. Gli atti di autolimita dell'Anac, tuttavia, costituiranno oggetto di esame soltanto nella misura in cui rilevino al di fuori dell'ordinamento interno dell'Autorità. In generale, sulle norme interne, v. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale*, Napoli, 2020.

46 In argomento, se si vuole, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in part. 143 ss. Di recente, sono tornati sul tema C. ACOCCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11 ss.; A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 697 ss.; S. SPUNTARELLI, voce «Poteri impliciti», in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Enc. dir. Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 934 ss.; A. ZITO, *Crisi del principio di legalità e partecipazione ai processi decisionali della pubblica amministrazione in funzione compensativa: premesse per una ricostruzione sistematica del fenomeno*, in G. SCHEIBLER, M.R. SPASIANO (a cura di), *Studi in memoria di Agustín A. Gordillo*, Napoli, 2025, 651 ss. In giurisprudenza, sempre di recente, Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2024, n. 2255.

acquisisce una peculiare pregnanza anche nei settori di intervento dell'Anac, ove le norme attributive dei poteri sono talvolta indeterminate nella loro formulazione tanto da legittimare astrattamente l'*authority* a un ampio ventaglio di poteri generali e puntuali.

La regolazione, a ben vedere, non solo si erge a fonte di poteri innominati, ma può essa stessa gemmare da altri poteri espressi: il che è particolarmente evidente nel caso dell'Anac, come si potrà appurare nel prosieguo dell'analisi con riguardo all'attività di vigilanza, consultiva e para-giurisdizionale che l'Autorità svolge nei settori di sua competenza.

3. La regolazione dei contratti pubblici senza linee guida vincolanti

Tra i principi e criteri direttivi della legge delega 21 aprile 2022, n. 78, emanata in attuazione degli impegni assunti dal Governo nell'ambito del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, figura, per quanto qui d'interesse, la «revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti» (art. 1, c. 2, lett. b), l. 78/2022).

Fermi restando i poteri di legittimazione straordinaria ad agire in giudizio⁴⁷ e quelli esercitabili nel corso dell'esecuzione del contratto in presenza di rilevate situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili all'aggiudicatario⁴⁸, una delle più importanti novità nel nuovo assetto normativo delineato dal vigente codice dei contratti pubblici⁴⁹ è stata la «riconsiderazione»⁵⁰ dei poteri regolatori dell'Autorità previsti dal previgente art. 213, d.lgs. 50/2016, che non risultano più menzionati nella l. delega 78/2022.

Non è un caso che l'art. 222, c. 1, d.lgs. 36/2023, attribuisca all'Anac, nei limiti di quanto stabilito dal codice e anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione⁵¹, la «vigilanza e il controllo sui contratti pubblici». Nes-

47 V. art. 220, commi 2 e 3 del d.lgs. 36/2023.

48 Si v., in particolare, quanto previsto dall'art. 32, d.l. 90/2024, conv. nella l. 114/2014.

49 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

50 Così si esprime la Relazione illustrativa del codice redatta dal Consiglio di Stato.

51 La conferma, anche nel rinnovato impianto normativo, della eloquente carica finalistica compendiata nella prevenzione e nel contrasto a illegalità e corruzione costituisce, secondo una parte della dottrina, un «difetto costitutivo» del sistema di *governance* della contrattualistica pubblica, perché, «avendo nel suo codice genetico la prevenzione della corruzione e la tutela della legalità, è difficile che (l'Anac) possa stimolare efficacemente il raggiungimento del

sun riferimento espresso viene pertanto operato nei confronti del potere di regolazione e della facoltà di adottare linee guida o altri strumenti di regolazione flessibile⁵², come invece consentito dalla previgente disciplina.

Ciò non porta tuttavia a ritenere che l'Anac non sia più provvista di poteri regolatori nel settore in questione.

Essa, infatti, conserva la potestà di emanare bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali (questi ultimi di «più sicuro inquadramento dogmatico e disciplina», secondo la Relazione illustrativa del codice), per i quali, come in passato, si dota di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di adeguata pubblicità, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di *gold plating*⁵³.

Per garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia, l'Anac pubblica i propri provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento⁵⁴. Con tali atti, di cui resta ferma l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo, l'Autorità – come nel quadro previgente –

risultato e contribuire a creare un clima di fiducia tra soggetti pubblici e privati»: così G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 286. Moderatamente più ottimista appare L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2024, 446, secondo il quale «resta ... da capire ... se l'ANAC riuscirà a compiere fino in fondo, anche sotto il profilo culturale, l'evoluzione che il codice (troppo timidamente, ad avviso di alcuni) le ha richiesto: essere percepita dalle stazioni appaltanti come un'istituzione di supporto e di guida prima ancora che di controllo, passare dal ruolo di regolatore (talvolta esercitato introducendo vincoli e adempimenti ulteriori) a quello di *player* propositivo e di sostegno alle amministrazioni, in ossequio ai principi del risultato e della fiducia e alla nuova natura di un codice che è, soprattutto, un codice della committenza».

⁵² Pur permanendo un espresso riferimento nell'art. 222, comma 16, d.lgs. 36/2023, ove si prevede che «(p)er garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento».

⁵³ Ai sensi dell'art. 222, c. 2, d.lgs. 36/2023, l'Anac trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti amministrativi generali dalla stessa adottati, ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Inoltre, a mente del comma 3 della stessa disposizione, nell'ambito dei poteri a essa attribuiti, l'Autorità segnala al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore; formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore (con ciò in parte sovrapponendosi alle medesime funzioni svolte dalla Cabina di regia di cui all'art. 221, d.lgs. 36/2023); predispone e invia al Governo e al Parlamento la relazione annuale sull'attività svolta, evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni.

⁵⁴ Art. 222, comma 10, d.lgs. 36/2023.

garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche⁵⁵. La fornitura di "prototipi" di atti acquisisce talora una più marcata forza precettiva, laddove, ad esempio, si prevede l'obbligo di conformità dei bandi di gara ai bandi-tipo adottati dall'Anac, fatta salva la motivata possibilità per le stazioni appaltanti di derogarvi motivatamente nella delibera a contrarre⁵⁶.

Il rinnovato potere regolatorio dell'Autorità pare pertanto confinato all'interno dello "spazio" che in passato era riservato agli «altri strumenti di regolamentazione flessibile comunque denominati» di cui al previgente art. 222, comma 2 del d.lgs. 50/2016, utilizzati per supportare e guidare le stazioni appaltanti nell'esercizio della loro discrezionalità amministrativa. L'attuale *soft regulation* dell'Anac, infatti, prende forma attraverso una congerie di atti – quali perlopiù *vademecum*⁵⁷, orientamenti operativi, FAQ, comunicati del presidente⁵⁸ – comunque riconducibili al generale ruolo di *whatchdog* e *advisor* che essa svolge non solo nel settore dei contratti pubblici.

Ciò appare confermato anche dal fatto che, già prima della loro «riconsiderazione», le linee guida "non vincolanti" o "atipiche"⁵⁹, quali strumenti di regolazione flessibile più frequentemente utilizzati nella prassi, erano tendenzialmente ricondotte nella categoria degli «atti amministrativi generali»⁶⁰, oggi assunta per l'appunto a nuova clausola residuale dei poteri regolatori dell'Autorità

⁵⁵ Art. 222, comma 2, d.lgs. 36/2023. Cfr., ad esempio, il Bando tipo n. 1/2023, approvato con la Delibera n. 309 del 27 giugno 2023, avente ad oggetto «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

⁵⁶ Art. 83, comma 3, d.lgs. 36/2023.

⁵⁷ Ad esempio, v. *Vademecum* informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro, approvato dall'Anac nell'adunanza del 30 luglio 2024.

⁵⁸ Tra i più recenti, v. Comunicato del Presidente dell'11 marzo 2025 recante «Chiarimenti in merito ai termini di conclusione delle procedure di affidamento».

⁵⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 280, ha distinto le linee guida «per obiettivi» o «atipiche» (per indicare quelle a oggetto non determinato dalla legge) dalle linee guida «esecutive» o «tipiche» (quelle a oggetto determinato dalla legge), la cui adozione da parte dell'Anac può essere obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi.

⁶⁰ V. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5; comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903; comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22, par. 5. Di «ordinari atti amministrativi» parla, invece, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, par. II.g).5.

nel settore in esame.

4. La regolazione dei contratti pubblici attraverso l'attività di vigilanza

Nel vigente codice dei contratti pubblici risultano confermate - e in parte rafforzate - le funzioni di vigilanza e controllo che competono all'Autorità⁶¹.

Più precisamente, essa vigila sui contratti pubblici anche di interesse regionale nei settori ordinari e speciali, sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; vigila sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici (e non più soltanto, come nella previgente disciplina, sulla verifica del rispetto del principio di economicità e, dunque, sul fatto che dall'esecuzione di tali contratti non derivi un pregiudizio per il pubblico erario); vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici e sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie, operando un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 140 del codice; per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a sostenere le medesime nella predisposizione degli atti, nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara e, a differenza di quanto previsto dalla disciplina previgente, anche nella fase di esecuzione del contratto⁶².

Alle funzioni di vigilanza e controllo si collega la titolarità esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici *ex* art. 23, d.lgs. n. 36/2023, presso la quale è istituito il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ove sono annotate le notizie, le informazioni e i dati previsti dall'art. 222, c. 10, d.lgs. 36/2023⁶³. L'Anac «sviluppa e gestisce i servizi» di

61 Cfr. art. 222, comma 3, d.lgs. 36/2023. In dottrina, v. W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'ANAC in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2022, 99 ss.; A. MILONE, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 133 ss.

62 Sul punto v. più diffusamente *infra*.

63 TAR Lazio, sez. I-quater, ord. 6 marzo 2025, n. 1425, ha sospeso l'efficacia del Regolamento Anac per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 222, c. 10 del d.lgs. 36/2023, adottato con delib. n. 272 del 20 giugno 2023, atteso che - in base a quanto statuito dalla stessa sezione nella sentenza n. 5850 del 19 dicembre 2024 - esso consentirebbe all'Autorità di esercitare il potere di annotazione senza un adeguato filtro procedimentale e il riconoscimento a favore del privato del diritto al contraddittorio e alla fruizione delle garanzie partecipative.

questa banca dati anche attraverso l'emanazione di atti regolatori dal contenuto obbligatorio. Essa, infatti, ha, tra l'altro, il compito di individuare con propri provvedimenti le sezioni in cui si articola la banca dati e i servizi ad essa collegati, le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere attraverso le piattaforme telematiche di cui all'art. 25, d.lgs. 36/2023, nonché i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale⁶⁴.

Analogamente, ai compiti di vigilanza e controllo dell'Autorità afferisce sia la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (per il quale l'Anac stabilisce i requisiti e le modalità, nonché gli ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva⁶⁵), sia la rilevazione, in collaborazione con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del *rating* di legalità delle imprese *ex art. 5-ter*, d.l. 1/2012, conv. in l. 27/2012⁶⁶.

Come anticipato sopra, l'Anac esercita nel settore in esame anche una vigilanza c.d. "collaborativa", che appare di sicuro interesse ai nostri fini in ragione delle manifestazioni di carattere regolatorio che essa sembra esibire nella "co-gestione" dell'intero ciclo di vita di una singola operazione contrattuale o di più interventi⁶⁷.

Il contesto precipuamente emergenziale in cui si sono sviluppati i protocolli di vigilanza⁶⁸ e il «particolare interesse» cui per legge devono essere conno-

⁶⁴ Cfr. art. 23, d.lgs. 36/2023.

⁶⁵ Art. 63, comma 13, d.lgs. 36/2023.

⁶⁶ Per un esame più dettagliato delle singole funzioni anche sanzionatorie, si consenta il rinvio a P. PANTALONE, *Commento all'art. 222*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.LGS. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024, 1039-1040.

⁶⁷ Cfr. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici, adottato con delib. Anac n. 269 del 20 giugno 2023. Alcuni protocolli hanno riguardato un numero indefinito di appalti, come ad es. il Protocollo di intesa per la vigilanza collaborativa sugli interventi infrastrutturali prioritari dell'art. 4, d.l. 32/2019, conv. nella l. 55/2019.

⁶⁸ Il cui modello originario risale all'esercizio delle funzioni di alta sorveglianza affidate al presidente dell'Anac in occasione della realizzazione delle opere connesse al grande evento EXPO Milano 2015: cfr. art. 30, d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014, nonché le «Linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015» del 17 luglio 2014.

tate le procedure per le quali può essere attivata l'assistenza giuridico-amministrativa dell'Anac⁶⁹ giustifica l'inserimento del potere di vigilanza collaborativa nel novero dei poteri speciali dell'Autorità in tema di contratti pubblici⁷⁰.

Le modalità di svolgimento della vigilanza collaborativa sono definite in un apposito atto di autovincolo di natura pattizia e durata annuale (il protocollo di azione), che delinea un procedimento “parallelo” a quello scandito dalle ordinarie fasi della gara (ed eventualmente della successiva fase esecutiva), in cui tutti gli atti di competenza della stazione appaltante sono sottoposti al controllo preventivo dell'Autorità in esito al quale quest'ultima formula osservazioni non vincolanti nei confronti del committente pubblico⁷¹. L'Anac, ove ritenga «persistente o particolarmente grave» il mancato adeguamento della stazione appaltante, può disporre la risoluzione del protocollo di vigilanza e l'attivazione di tutti i poteri di vigilanza attribuiti dalla legge⁷².

Trattasi, dunque, di una vigilanza *ex ante* concordemente “regolata” con il precipuo scopo di offrire un completo servizio di “tutoraggio” per supportare e orientare l'attività dei committenti pubblici che abbiano sottoscritto il relativo protocollo. Sebbene le competenti stazioni appaltanti restino gli esclusivi centri di imputazione dei rapporti giuridici attivi e passivi nascenti dalla procedura di affidamento e dal contratto a valle, non può negarsi che l'Anac assuma, se non le vesti di vero e proprio “committente ombra”, quanto meno quelle di

69 Difatti, possono essere sottoposti a vigilanza collaborativa: gli affidamenti disposti nell'ambito di programmi straordinari di interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico; gli affidamenti disposti a seguito di calamità naturali; gli interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; gli affidamenti di lavori di importo superiore a 50 milioni di euro o di servizi e forniture di importo superiore a 5 milioni di euro, rientranti in programmi di interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari. Anche al di fuori delle ipotesi ricordate, in presenza di ricorrenti indici di elevato rischio corruttivo, ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali, il Consiglio dell'Anac può “attivare” la vigilanza collaborativa. Essa può essere, altresì, richiesta dalle stazioni appaltanti nei casi in cui uno o più contratti siano stati oggetto dell'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 1, del d.l. 90/2014, cit. (art. 4 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa).

70 Di vigilanza collaborativa quale «forma di controllo eccezionale» dell'Anac parla R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 23, 2016, 19.

71 Infatti, la stazione appaltante, qualora non ritenga di aderire alle osservazioni, presenta le proprie motivazioni all'Autorità, che formula le proprie osservazioni «conclusive», rispetto alle quali la stazione appaltante può decidere di non adeguarsi, assumendo gli atti di propria competenza (art. 8, commi 7 e 8, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa).

72 Art. 8, comma 9, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa. Altre cause di risoluzione del protocollo sono stabilite dall'art. 9 del Regolamento.

un soggetto che regola e indirizza gli attori del settore⁷³, anche in considerazione della possibilità di pubblicare sul sito proprio sito istituzionale le osservazioni formulate con riferimento a singole procedure⁷⁴.

La funzione di vigilanza svolta dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici è stata anche strumentale alla configurazione di poteri regolatori impliciti dal contenuto non orientativo bensì obbligatorio, come avvenuto nel caso dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. 36/2023⁷⁵. Si vuole, in specie, alludere al contenzioso generato da alcuni interventi dell'Autorità tesi a imporre l'acquisizione del codice identificativo di gara ("CIG") e il pagamento del contributo in suo favore anche nell'ipotesi in cui fossero stipulati contratti "esclusi".

Dopo aver tentato di introdurre questi vincoli conformativi attraverso un comunicato del Presidente, poi annullato dal Giudice amministrativo per vizio di incompetenza⁷⁶, l'organo collegiale dell'Autorità ha adottato una delibera di analogo contenuto⁷⁷, anch'essa gravata dinanzi al TAR Lazio nella parte in cui ha previsto l'acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in favore dell'Autorità in relazione ai servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice ai sensi dell'art. 56, comma 1, lett. h), d. lgs. 36/2023. Detta delibera è stata, tra l'altro, censurata per l'assenza di una adeguata base legislativa per l'esercizio della funzione regolatoria e, comunque, per il fatto che l'estensione di vincoli di tal fatta avrebbe configurato una violazione del divieto di *gold plating* imposto dalla legge delega.

Il Giudice di prime cure, tuttavia, sulla base di quanto stabilito dall'art.

73 Non dissimili paiono i rilievi di E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 23, 2017, 10 ss., il quale individua, invero, nella vigilanza collaborativa, l'esercizio di una vera e propria funzione «pedagogica» dell'Anac, tesa a «guidare», «accompagnare» e «soccorrere» le stazioni appaltanti nel concreto svolgimento dei compiti di loro pertinenza: essa assurgerebbe, dunque, a un *tertium genus* rispetto, da un lato, all'attività di regolazione *ex ante* e, dall'altro, all'attività di controllo, giudizio e sanzione *ex post*; ID., *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere delle stazioni appaltanti. La funzione "pedagogica" dell'Anac*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2018, 151 ss.

74 Art. 10, comma 1 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa.

75 Art. 2, lett. m), Allegato I.1. al d.lgs. 36/2023.

76 Comunicato del Presidente Anac del 16 ottobre 2019, annullato dal TAR Lazio con le sentenze nn. 2606, 2607, 2611 del 7 marzo 2022 e n. 2986 del 16 marzo 2022.

77 Delib. Anac n. 584 del 19 dicembre 2023, recante «Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici».

222, c. 3, lett. a), d.lgs. 36/2023 (che attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza anche sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice), ha dichiarato tra l'altro infondata la censura dei ricorrenti «laddove (è stata) contestata) l'inesistenza dei poteri regolatori dell'Anac in riferimento ai contratti esclusi»⁷⁸. In altri termini, il TAR ha discutibilmente reputato legittimo l'implicito intervento regolatorio dell'Autorità sussumendolo nell'alveo della funzione di vigilanza, così ammettendo una perfetta sovrapposizione tra quest'ultima e la funzione di regolazione⁷⁹.

5. Vigilanza e regolazione nei comparti normativi dell'anticorruzione e degli incarichi pubblici

Il “regolare vigilando” dell'Anac nel settore dei contratti pubblici è certamente problematico sotto il profilo del rispetto del principio di legalità laddove si sostanzia in interventi con effetti vincolanti privi di fondamento normativo.

Senza negare l'incertezza circa la definizione dell'esatto perimetro della regolazione e abbracciandone, anzi, la natura funzionalmente unitaria su cui pare concorde una parte della dottrina⁸⁰, anche il comparto dell'anticorruzione è oggetto di interventi regolatori da parte dell'Autorità. In tale ambito, però, il problema del fondamento normativo non si pone negli stessi termini critici in cui si presenta in materia di contratti pubblici.

La l. 190/2012, infatti, individua l'Autorità nazionale anticorruzione quale principale attore istituzionale per l'attuazione delle strategie di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale⁸¹.

Tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi, una particolare importanza è assunta dal Piano

⁷⁸ TAR Lazio, sez. I-Stralcio, 14 maggio 2024, n. 9492.

⁷⁹ Con sentenza n. 2776 del 2 aprile 2025, la sez. V del Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto contro la decisione del TAR Lazio, senza peraltro affrontare esplicitamente il profilo qui messo in evidenza relativo alla critica sovrapposizione tra vigilanza e regolazione.

⁸⁰ V. *supra* par. 2.

⁸¹ La legge 6 novembre 2012, n. 190 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione») è stata emanata in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999) ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110. In argomento, cfr. B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, *passim*.

nazionale anticorruzione (“PNA”)⁸², che è un atto generale di indirizzo di durata triennale (annualmente aggiornato), e che, unitamente agli altri atti di regolazione adottati dall’Anac ai sensi della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, rappresenta per le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti la cornice giuridica entro la quale predisporre l’apposita sottosezione «Rischi corruttivi e trasparenza» del Piano integrato di attività e organizzazione (“PIAO”)⁸³.

La «parte generale» del PNA 2022 attualmente vigente fornisce indicazioni metodologiche e operative circa la predisposizione e il monitoraggio della pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza alla luce delle novità introdotte dalla disciplina sul PIAO.

Come del resto confermato dall’esame dei previgenti piani nazionali, anche le raccomandazioni e gli orientamenti contenuti nel PNA 2022 si traducono a ben vedere in molteplici vincoli conformativi dell’attività delle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, in ordine, per esempio, alla definizione degli obiettivi strategici di prevenzione della corruzione e della trasparenza, all’analisi del contesto esterno e alla mappatura dei processi, all’adozione di determinate misure organizzative di prevenzione del rischio corruttivo, all’individuazione di specifici indicatori quantitativi e qualitativi di monitoraggio, alla programmazione degli obiettivi e all’individuazione delle misure per assicurare la trasparenza amministrativa⁸⁴.

Il PNA è pure indirizzato ai soggetti indicati nell’art. 2-*bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013 (ossia, gli enti di diritto privato in controllo pubblico⁸⁵), i quali

⁸² Art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012.

⁸³ Art. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. nella l. 6 agosto 2021, n. 113 e art. 3, DM 30 giugno 2022, n. 132 («Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione»). L’art. 6 di detto DM ha altresì individuato modalità semplificate di redazione del PIAO per le amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti: al riguardo v. delib. Anac n. 31 del 30 gennaio 2025 (Aggiornamento 2024 PNA 2022). Risulta, invece, confermato l’obbligo di adozione del piano triennale per la prevenzione della corruzione (“PTPCT”) ai sensi dell’art. 1, commi 5 e 8 della l. 190/2012 da parte degli enti pubblici economici, delle Autorità indipendenti, nonché dalle scuole e istituzioni educative (cfr. PNA 2022, par. 2.2).

⁸⁴ V. par. 3 del PNA 2022.

⁸⁵ Segnatamente: gli enti pubblici economici e gli ordini professionali; le società in controllo pubblico ex art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. 175/2016 (a eccezione delle società quotate ex art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. 175/2016, nonché delle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche); le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei

sono tenuti a stabilire misure di prevenzione della corruzione «integrative» di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001, in relazione alle attività svolte e alle proprie specificità organizzative⁸⁶.

Pur in assenza di una chiara base legislativa⁸⁷, anche nei confronti degli enti di diritto privato non sottoposti a controllo pubblico⁸⁸ è stata «promossa» da parte dell'Anac l'adozione di misure per la prevenzione della corruzione in relazione a tutte le attività svolte, nonché l'adozione del modello di organizzazione e gestione *ex* d.lgs. 231/2001 e il ricorso a specifici protocolli di legalità⁸⁹.

A dispetto della espressa qualificazione in termini di «atti di indirizzo» del PNA, dei PTCPT, dei loro aggiornamenti annuali, nonché degli altri atti di regolazione in materia⁹⁰, l'effettività delle misure di prevenzione della corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni è presidiata da un significativo potere di vigilanza dell'Autorità, esercitato attraverso penetranti poteri ispettivi cui possono eventualmente seguire ordini – pur sprovvisti di forza vincolante in assenza di espressi poteri sostitutivi⁹¹ – di adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani o dalle regole sulla trasparenza (o di rimozione di comportamenti o atti con essi contrastanti)⁹².

Nelle ipotesi più gravi di totale assenza della pianificazione dei rischi corruttivi e della trasparenza per mancata adozione del PIAO è peraltro fatto divie-

componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

86 Cfr. Det. Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017 recante «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici». Cfr. anche delibera n. 777 del 24 novembre 2021 con cui l'Anac ha introdotto semplificazioni per l'applicazione della normativa anticorruzione e trasparenza agli ordini e collegi professionali.

87 L'art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012, infatti, fa espresso riferimento soltanto alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 e ai soggetti di cui all'art. 2-*bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013.

88 Art. 2-*bis*, comma 3 del d.lgs. 33/2013. Trattasi, in particolare, delle società a partecipazione pubblica, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

89 Det. Anac n. 1134/2017, par. 3.4.1.

90 Cfr. art. 11 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione.

91 Così Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2021, n. 8336.

92 Art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. 190/2012. Con delib. Anac n. 330 del 29 marzo 2017, pubblicata nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, è stato approvato il «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione», successivamente integrato dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021.

to di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili dell'indempimento, che a certe condizioni possono anche incorrere in una fattispecie di responsabilità amministrativa⁹³. Resta comunque fermo il potere dell'Anac di applicare una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato abbia omesso l'adozione dei PTPCT, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento⁹⁴.

Una "costola" della disciplina in tema di anticorruzione è quella riguardante l'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico⁹⁵.

In base all'art. 16, comma 1 del d.lgs. 39/2013, l'Autorità, insieme al responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza di ciascuna amministrazione⁹⁶, svolge una funzione di vigilanza sul rispetto delle disposizioni contenute nel predetto decreto, espletata in conformità a una direttiva programmatica approvata entro il 31 gennaio di ogni anno e al «Piano annuale delle ispezioni»⁹⁷. L'esercizio di tale attività può anche culminare in provvedimenti

⁹³ Art. 6, comma 7, d.l. 80/2021, cit.

⁹⁴ Art. 19, comma 5, lett. b), d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014. Sul punto, cfr. «Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento», approvato dall'Anac il 9 settembre 2014 e pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 233 del 7 ottobre 2014, successivamente integrato dalla delib. n. 437 del 12 maggio 2021. V. anche linee guida Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017, in merito all'ipotesi di mancata adozione, da parte delle società e degli enti in controllo pubblico, del documento contenente le misure integrative del "modello 231".

⁹⁵ In argomento, cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi* (art. 1, commi 49 e 50), in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 191 ss.; ID, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, 806 ss.; M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, 577 ss.; V. SESSA, *Funzioni e poteri in materia di accertamento di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico*, in *giustamm.it*, 2, 2017.

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 15, commi 1 e 2, d.lgs. 39/2013, il responsabile del piano anticorruzione «(...) cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che ... siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto. Il responsabile segnala i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative».

⁹⁷ Cfr. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, successivamente integrato

di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi⁹⁸ o di situazioni di conflitto di interesse⁹⁹, i quali invero esulano dall'oggetto della presente indagine non configurando atti regolatori di indirizzo in senso proprio bensì accertamenti costitutivi di effetti giuridici rilevanti soltanto per singole fattispecie¹⁰⁰.

Non mancano tuttavia potestà regolatorie anche in questa specifica porzione ordinamentale, seppure implicitamente ricavate dalla generale funzione di vigilanza dell'Autorità.

Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi di divieto di *pantouflage* prevista dall'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, definita dall'Anac alla stregua di una situazione di conflitto di interessi da inquadrare come «incompatibilità successiva»¹⁰¹. In tal caso, il potere di vigilanza dell'Autorità *in subjecta materia* ha discutibilmente costituito la base legale non solo per il riconoscimento pretorio di una implicita competenza a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzio-

dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021. Le ispezioni sono svolte secondo le modalità operative contenute nelle «Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni», approvate dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018.

98 Ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.lgs. 39/2013, l'Anac può anche sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Qualora l'amministrazione interessata intenda comunque procedere al conferimento dell'incarico è tenuta a motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità. In base all'art. 19, comma 1 del d.lgs. 39/2013, gli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni di cui al predetto decreto e i relativi contratti sono nulli. I componenti degli organi che abbiano conferito i predetti incarichi, oltre a essere responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati, non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza, il cui relativo potere è esercitato, per i ministeri, dal Presidente del Consiglio dei ministri e, per gli altri enti pubblici, dall'amministrazione vigilante. In presenza, invece, di una situazione di incompatibilità l'incarico decade e il relativo contratto si intende risolto, una volta decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato dell'insorgere della causa di incompatibilità.

99 In ordine al tema generale del conflitto di interessi all'interno della p.a., la letteratura è copiosa: *ex multis*, v. B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; ID, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 63 ss.; G. RANDO, *Il conflitto d'interessi nell'esercizio di funzioni pubbliche. Spunti di Diritto comparato per una riforma nell'ordinamento italiano*, Benevento, 2015; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016.

100 Sulla delicata questione circa la configurabilità di ordini impliciti nei confronti dell'ente vigilato in caso di accertamento di una fattispecie di inconfiribilità o incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013, se si vuole, v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 194 ss. e la giurisprudenza amministrativa ivi citata, tra cui, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126. Più di recente sul tema v. TAR Lazio, sez. I Stralcio, 19 aprile 2024, n. 7797.

101 PNA 2022, 18.

natorie previste dalla norma che vieta il *pantouflage*¹⁰², ma anche per l'adozione di uno specifico atto regolatorio in materia, con cui è stato precisato sia l'ambito di applicazione del divieto in questione, sia i connessi profili sanzionatori (nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti in violazione del divieto; obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione)¹⁰³.

Una puntuale funzione sostanzialmente normativa, invece, è stata espressamente conferita in materia di *whistleblowing* ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24¹⁰⁴. In tal caso, l'Anac, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, ha adottato apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle «segnalazioni esterne», vale a dire delle comunicazioni delle informazioni sui comportamenti, atti od omissioni, elencati nell'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. 24/2023, che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica¹⁰⁵.

6. La regolazione delle misure sulla trasparenza amministrativa

Un altro rilevante ambito di intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione ha per oggetto la trasparenza dell'attività (e dell'organizzazione) amministrativa, assunta a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e

102 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411: «pur non disconoscendosi il principio generale alla stregua del quale le norme di legge attributive di competenze sono affidate, di massima, a criteri di elencazione analitica piuttosto che a clausole generali fondanti un potere implicito, si deve convenire che nella specie, per le peculiari ragioni logico-sistematiche ora esposte, l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti di cui si tratta (in quanto naturale e coerente predicato dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema)».

103 Linee guida n. 1 in tema di c.d. divieto di *pantouflage* - art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, adottate con delib. n. 493 del 25 settembre 2024.

104 Adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

105 Linee guida relative alle procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, approvate con delib. n. 311 del 12 luglio 2023. Esse prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta o menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione, al fine proteggere tali soggetti contro ogni misura discriminatoria incidente sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. L'art. 21 del d.lgs. 24/2023 ha peraltro previsto in capo all'Autorità la possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie anche particolarmente ingenti in caso di violazione di detta disciplina.

civili ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione¹⁰⁶, e rispetto alla quale alcune scelte di politica legislativa sono apparse inequivoche nel valorizzarne la strumentalità agli obiettivi di prevenzione e di contrasto dei fenomeni corruttivi¹⁰⁷.

Difatti il legislatore ha conferito proprio all'Anac il ruolo di "custode" del corretto adempimento dei numerosi obblighi di pubblicazione di dati e di informazioni posti a carico dei soggetti pubblici. Essa, in particolare, esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni e ordina, entro un termine non superiore a trenta giorni, di adottare gli atti o i provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero di rimuovere i comportamenti o gli atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza¹⁰⁸.

L'Autorità, inoltre, controlla l'operato dei responsabili per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza (ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni) e dell'organismo

106 Art. 1, comma 15, l. 190/2012. In argomento *ex multis* v. M. OCCHIENA, *Il principio di trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.

107 Depongono in questo senso le numerose norme in tema di lotta all'illegalità e alla corruzione (l. n. 190/2012; d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, oltre al d.lgs. n. 39/2013, su incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni). In argomento, v. *amplius* E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, 497 ss. In proposito, si è anche parlato di una «duplice declinazione del principio di trasparenza» (M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 662-663), volta, da un lato, a fungere da argine ai rischi di corruzione e, dall'altro, a plasmare un modello di amministrazione aperta e al servizio dei cittadini. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 515/2016, ha affermato che: «(l)a trasparenza si pone (...) non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

108 V. art. 45, comma 1, d.lgs. 33/2013 e già l'art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. 190/2012. L'Anac, con delib. n. 329 del 29 marzo 2017 ha approvato il «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33», successivamente modificato e integrato dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021. Ai sensi dell'art. 20, comma 3 del predetto Regolamento, in caso di mancato riscontro a uno degli atti conclusivi del procedimento di vigilanza, l'Anac adotta un «atto di constatazione» (pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità) del mancato adeguamento dell'amministrazione interessata, che viene comunicato, ai sensi dell'art. 45, comma 4, d.lgs. n. 33/2013, all'ufficio competente all'attivazione del procedimento disciplinare a carico del responsabile della pubblicazione o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli OIV e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità.

indipendente di valutazione (a cui può chiedere ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente)¹⁰⁹. La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati in merito a ipotesi specifiche¹¹⁰ comporta peraltro l'irrogazione, da parte dell'Autorità, di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione¹¹¹.

Il ruolo dell'Anac non si riduce, tuttavia, allo svolgimento delle funzioni di vigilanza e di controllo sul rispetto della normativa sulla trasparenza amministrativa. Essa, infatti, è titolare di ulteriori poteri regolatori di "completamento" della disciplina posta a livello legislativo, alcuni dei quali ispirati a generali obiettivi di semplificazione amministrativa e di ausilio nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a dare attuazione alla disciplina in questione.

L'Autorità definisce, ad esempio, criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente»)¹¹², ai quali le amministrazioni sono tenute a conformarsi¹¹³.

A questo riguardo, con delibera n. 495 del 25 settembre 2024 l'Autorità ha di recente approvato tre «schemi» ai fini dell'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dagli artt. 4-*bis* (utilizzo delle risorse pubbliche), 13 (organizzazione) e 31 (controlli su attività e organizzazione) del d.lgs. 33/2013, concedendo alle amministrazioni interessate un periodo transitorio di dodici

¹⁰⁹ Art. 45, comma 2, d.lgs. 33/2013.

¹¹⁰ Cfr. art. 47, d.lgs. n. 33/2013.

¹¹¹ Cfr. il regolamento Anac «in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97», pubblicato nella Gazz. Uff. n. 284 del 5 dicembre 2016, successivamente modificato e integrato dalla delib. n. 438 del 12 maggio 2021.

¹¹² In particolare, tali modelli recano disposizioni finalizzate: a) ad assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei dati pubblici, della loro confrontabilità e della loro successiva rielaborazione; b) a definire, anche per specifici settori e tipologie di dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse, individuando, in particolare, i necessari adeguamenti da parte di singole amministrazioni con propri regolamenti, le procedure di validazione, i controlli anche sostitutivi, le competenze professionali richieste per la gestione delle informazioni diffuse attraverso i siti istituzionali, nonché i meccanismi di garanzia e correzione attivabili su richiesta di chiunque vi abbia interesse (art. 48, comma 4, d.lgs. 33/2013).

¹¹³ Ai sensi dell'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, tali "modelli" sono adottati dall'Anac, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'Agenzia Italia Digitale, la Civit e l'Istat.

mesi per aggiornare la sezione «Amministrazione trasparente» dei propri siti istituzionali in conformità ai predetti modelli. Inoltre, sono stati resi disponibili – pur non essendo ancora stati definitivamente approvati – dieci ulteriori «schemi» elaborati in riferimento a taluni obblighi di pubblicazione disseminati nel d.lgs. 33/2013 a cui le amministrazioni interessate possono spontaneamente adeguarsi nello stesso periodo transitorio¹¹⁴.

In aggiunta, l'Anac, sentito il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui siano coinvolti dati personali, con propria delibera adottata, previa consultazione pubblica, in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'articolo 2-*bis*¹¹⁵, può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione¹¹⁶.

L'Autorità, inoltre, con il Piano nazionale anticorruzione può precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali¹¹⁷.

Al riguardo, per esempio, sono state adottate delle linee guida al fine di operare una generale ricognizione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013¹¹⁸, anche se non è apparsa coerente con la trama legislativa la scelta dell'Autorità di intervenire «con appositi atti di regolazione» integrativi del PNA¹¹⁹, quando a rigore è la legge a prescrivere lo strumento giuri-

114 V. delib. 495 del 25 settembre 2024 e relativi allegati.

115 L'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 individua l'ambito di applicazione soggettivo del decreto.

116 V. art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013. Non risulta che l'Anac abbia esercitato questa specifica competenza regolatoria anche a causa dell'incerta interpretazione della norma attributiva del potere, come ha rilevato F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2021, 866.

117 V. art. 3, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 33/2013. Per una sintesi delle misure adottate dall'Anac in attuazione di tale disposizione, v. M. FILICE, *Gli strumenti di semplificazione della trasparenza: stato dell'arte e possibili sviluppi*, in *federalismi.it*, 16, 2024, 252 ss.

118 Delib. Anac n. 1310 del 28 dicembre 2016.

119 Cfr. il previgente PNA 2016, par. 7.1: «Oltre alle specifiche Linee guida dedicate alle società e agli altri enti di diritto privato partecipati, destinate alla modifica della determinazione n. 8 del 2015, questa Autorità adotterà Linee guida, sempre integrative del PNA, con le quali operare una generale ricognizione dell'ambito soggettivo e oggettivo degli obblighi di trasparenza delle p.a., in sostituzione delle Linee guida di cui alla delibera CIVIT n. 50/2013».

dico – il PNA e non le linee guida – col quale l'Anac può “modulare” (sentiti, peraltro, il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella p.a.¹²⁰ e la Conferenza unificata)¹²¹ gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione previsti dalla normativa vigente¹²². Analogo discorso dovrebbe valere per le linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013¹²³, relativo agli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali¹²⁴.

Ancora, l'Anac, sulla base di una valutazione del rischio corruttivo, delle esigenze di semplificazione e delle richieste di accesso, determina, anche su proposta del Garante per la protezione dei dati personali, i casi in cui la durata della pubblicazione del dato e del documento può essere inferiore a 5 anni¹²⁵.

Infine, all'Autorità, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata, è demandato il compito di definire con linee guida, «recanti indicazioni operative», le esclusioni e i limiti al c.d. accesso civico “generalizzato” di cui all'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013¹²⁶.

120 Istituito con DPCM 16 gennaio 2013. Il Comitato è composto dal Presidente del Consiglio dei ministri, che lo presiede, dal Ministro per la pubblica amministrazione, dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell'interno.

121 Cfr. art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190/2012.

122 Già in passato l'Anac aveva adottato linee guida “integrative” del PNA: cfr., ad esempio, delib. Anac n. 430 del 13 aprile 2016, recante «Linee guida sull'applicazione alle istituzioni scolastiche delle disposizioni di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33»; oppure cfr. delib. Anac n. 8 del 17 giugno 2015, recante «Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici»: «(l)e presenti Linee guida incidono sulla disciplina già prevista dal PNA e ne comportano una rivisitazione. Pertanto, vista la coincidenza delle questioni trattate, le Linee guida integrano e sostituiscono, laddove non compatibili, i contenuti del PNA in materia di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica». Con det. n. 1134 dell'8 novembre 2017 sono state adottate nuove linee guida in materia sostitutive delle precedenti: sul punto, cfr. anche il parere del Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257.

123 Adottate con delib. Anac n. 241 dell'8 marzo 2017.

124 Con sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, la Corte costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1 del d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prevedeva che le pubbliche amministrazioni pubblicassero i dati di cui alla lett. f) anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 165/2001.

125 V. art. 8, comma 3-*bis*, d.lgs. 33/2013.

126 V. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013. Cfr. delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, pubblicata nella Gazz. Uff. 10 gennaio 2017, n. 7.

Si tratta, evidentemente, di una estesa gamma di poteri che, in taluni casi, tendono a innovare l'ordinamento con il rischio potenziale di introdurre ulteriori oneri in capo alle amministrazioni in assenza di una adeguata copertura legislativa¹²⁷.

Una simile circostanza non è sfuggita al Consiglio di Stato, il quale, con riguardo, ad esempio, al «singolare e atipico potere di delegificazione» di cui all'art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 – consistente nella possibilità di sostituire la pubblicazione in forma integrale di dati, informazioni e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione – ha affermato che esso «appare giustificabile esclusivamente nell'interpretazione funzionale, consentita dai criteri di delega, che limiti la finalizzazione di tale potere alla effettiva semplificazione (richiamata a livello di principio nel testo) e alla correlata riduzione degli oneri»¹²⁸.

La semplificazione è anche il criterio in ordine al quale l'Anac deve attenersi per l'adozione delle linee guida tese a definire le esclusioni e i limiti all'accesso civico “generalizzato”¹²⁹. Le linee guida in questione devono, infatti, limitarsi a recare «indicazioni operative» (come tali non vincolanti nei confronti delle amministrazioni) per l'individuazione delle fattispecie che potrebbero astrattamente impedire l'ostensione dei dati e dei documenti che non siano oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo la normativa vigente.

Ciò dovrebbe, dunque, rappresentare un concreto ausilio per l'esercizio della discrezionalità delle amministrazioni nella valutazione delle istanze di accesso civico “generalizzato”, anche se la scelta di affidare un siffatto compito (sebbene previa intesa col Garante per la *privacy* e sentita la Conferenza unificata) all'Autorità che si occupa di (e presidia la) trasparenza tende a indicare una aprioristica preferenza del legislatore a una stretta interpretazione delle deroghe

127 Di poteri impliciti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa sembra riferirsi anche F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 509 ss.

128 Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

129 Ai sensi dell'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013, l'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici (es. sicurezza pubblica e ordine pubblico, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, etc...), o di quelli privati (es. protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, etc...) indicati dalla norma. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è, poi, escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge.

alla *full disclosure* previste dall'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013¹³⁰.

In effetti, le linee guida operative adottate dall'Anac sembrano confermare questa preferenza laddove prevedono, in termini discutibilmente prescrittivi, che «l'amministrazione (sia) tenuta (...) a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente»¹³¹, con ciò suscitando comprensibilmente i rilievi del Garante per la *privacy*, chiamato a tutelare un interesse pubblico concorrente a quello perseguito dall'Anac¹³².

Ad ogni modo, se, da un lato, le linee guida in esame appaiono in linea col dettato legislativo quando, ad esempio, indicano, in funzione esemplificativa e di mero ausilio nei confronti delle amministrazioni, le fattispecie che possono astrattamente integrare le eccezioni «assolute» e «relative» stabilite dalla norma¹³³, dall'altro lato, esse potrebbero talora tradursi – in assenza, peraltro, di una casistica debitamente documentata – in un aggravio di oneri organizzativi e procedurali collidente con con gli obiettivi di semplificazione più volte evocati.

Le linee guida, infatti, “suggeriscono” di adottare, «nel più breve tempo possibile», «adeguate» soluzioni organizzative («quali, ad esempio, la concentrazione della competenza a decidere sulle richieste di accesso in un unico

130 E invero, il Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, aveva rilevato che: «(i)n mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni (...) potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza, e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche “sensibili” (come, a titolo di esempio, le “questioni militari” o le “relazioni internazionali”) potrebbe essere motivo dell’insorgenza di ulteriore contenzioso. Tali criteri potrebbero essere forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria».

131 delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, par. 5.2.

132 Atto di intesa dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali n. 5860807 del 15 dicembre 2016: «(t)ale inciso non può essere inteso nel senso di accordare una generale prevalenza al diritto di accesso generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento (quali, ad esempio, quello alla riservatezza e alla protezione dei dati personali), in quanto in tal modo si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi - non adeguatamente ponderata - di dati, informazioni e documenti che li riguardano».

133 In particolare, appare utile a livello operativo la ricognizione, in via esemplificativa, delle ipotesi di segreto e di divieto di divulgazione disseminate nell'ordinamento (par. 6.2), oppure l'indicazione delle ipotesi che possono dar luogo a un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 (par. 7).

ufficio»); di emanare una «disciplina interna» sulle diverse tipologie di accesso, nonché di istituire presso ogni amministrazione un registro delle richieste di accesso presentate. Parimenti, esse prescrivono, in termini procedurali, una motivazione «congrua e completa» (e, dunque, sembrerebbe “rinforzata” rispetto a quanto previsto dall’art. 3, l. 241/1990) nei casi di diniego totale o parziale di tutte le istanze di accesso civico “generalizzato”¹³⁴.

7. La regolazione attraverso l’attività consultiva e para-giurisdizionale

L’Autorità esercitata anche specifiche funzioni consultive¹³⁵.

Più precisamente, l’Anac esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, che regolano il rapporto di lavoro pubblico¹³⁶.

L’Autorità esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni *ex art.* 53 d.lgs. 165/2001 allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all’applicazione del divieto di *pantouflage* di cui all’art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001¹³⁷.

¹³⁴ Oltre alle linee guida dell’Anac, occorre ricordare che in materia esistono ulteriori atti di autolimita, quali le Linee guida del Garante per la *privacy* sui trattamenti effettuati dai soggetti pubblici per finalità di pubblicità e di trasparenza online (provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014) e la Circolare 30 maggio 2017, n. 2 del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione: al riguardo, cfr. M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Dir. amm.*, 2, 2024, 471 ss. (in part. 484-485).

¹³⁵ Per un inquadramento dell’attività consultiva della p.a., v. M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 27 ss.

¹³⁶ Art. 1, comma 2, lett. d), l. 190/2012. In base all’art. 115, comma 4 del DPR 16 aprile 2013, n. 129, come modificato e integrato dal DPR 13 giugno 2023, n. 81, ai fini dell’attivazione del procedimento disciplinare per violazione dei codici di comportamento, l’ufficio per i procedimenti disciplinari individuato da ciascuna amministrazione può anche chiedere all’Anac un parere facoltativo in riferimento a determinate fattispecie.

¹³⁷ Art. 1, comma 2, lett. e), l. 190/2012. Secondo l’art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001, «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni ..., non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell’attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti». L’art. 21, d.lgs. 39/2013 ha esteso tale divieto anche ai soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al

In tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, poi, l'Anac svolge una rilevante funzione consultiva mediante il rilascio di pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni del d.lgs. 39/2013 e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità¹³⁸.

Al netto delle specifiche ipotesi sopra ricordate, l'Autorità svolge in ogni caso una generale attività consultiva in ordine a fattispecie concrete in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, con riguardo alle problematiche interpretative e applicative della l. 190/2012 e dei suoi decreti attuativi e, in materia di contratti pubblici, con riferimento alle problematiche interpretative e applicative del d.lgs. 36/2023, fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, comma 1.

L'unico (benché estremamente generico) limite allo svolgimento di questa generale funzione consultiva è rappresentato dal fatto che la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità presenti una particolare rilevanza sotto il profilo della novità, dell'impatto socio-economico o della significatività dei profili problematici posti in relazione alla corretta applicazione della normativa sopra menzionata¹³⁹.

L'istruttoria si svolge di norma entro il termine di centoventi giorni dal ricevimento della richiesta e culmina in una proposta di parere sottoposta all'attenzione del Consiglio. Una volta approvata, il parere è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Richiamando nuovamente la natura funzionalmente unitaria dell'attività di regolazione¹⁴⁰, è indubbio che la generale funzione consultiva svolta con riguardo a casi concreti possa sfociare in atti impliciti di indirizzo di respiro generale e portata uniformante, come dimostra anche l'obbligo di pubblicazione dei pareri con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedi-

predetto decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo.

¹³⁸ Art. 16, comma 3, d.lgs. 39/2013.

¹³⁹ Art. 2, comma 2, lett. b) del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla delib. n. 297 del 17 giugno 2024.

¹⁴⁰ V. *supra* par. 2.

mento¹⁴¹.

La volontà dell'Anac di imprimere una funzione sostanzialmente regolatoria alla propria attività consultiva emerge nitidamente sin dal preambolo del suo «Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva ... ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ...»¹⁴², ove è chiarito che «l'adozione di pareri non vincolanti in materia di contratti pubblici, nonché in tema di prevenzione della corruzione, richiesti con riferimento a casi concreti in ordine alla corretta interpretazione e applicazione della disciplina di settore – fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, comma 1, del richiamato d.lgs. n. 36/2023 – costituisce una funzione strettamente connessa con le funzioni di regolazione e di vigilanza dell'Autorità, in quanto volta a fornire indicazioni *ex ante* e ad orientare l'attività alle amministrazioni, nel pieno rispetto della discrezionalità che le caratterizza».

La commistione tra funzioni consultive, di vigilanza e regolatorie appare peraltro confermata dal fatto che le richieste di parere riferite a questioni giuridiche ritenute di interesse generale sono trasmesse agli uffici competenti per materia ai fini dell'adozione di eventuali atti regolatori e, ove ne ricorrano i presupposti, agli uffici di vigilanza¹⁴³.

In ordine alla natura giuridica dei pareri dell'Anac in materia di prevenzione della corruzione e alla loro eventuale portata lesiva, è stato precisato che essi, pur essendo resi nell'ambito del potere di vigilanza *ex art.* 16, d.lgs. 39/2013, o più in generale ai sensi dell'art. 1, l. 190/2012, «sono profondamente diversi dagli atti di accertamento dell'inconferibilità adottati dall'ente: sono resi esclusivamente su richiesta di parte; la loro adozione da parte dell'Anac non è preceduta da una comunicazione di avvio del procedimento; non sono preceduti da un'autonoma istruttoria innanzi all'Autorità in contraddittorio con tutti i soggetti interessati; non hanno effetti costitutivi (né sono

141 Art. 222, comma 16, d.lgs. 36/2023. In questi stessi termini, B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Il ruolo dell'ANAC negli affidamenti sotto soglia*, in W. GIULIETTI, F. CAPORALE (a cura di), *I contratti sotto la soglia di rilevanza europea dopo il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 417.

142 Delib. n. 297 del 17 giugno 2024.

143 Art. 2, comma 3 del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla delib. n. 297 del 17 giugno 2024. Talora i pareri non vincolanti dell'Anac sono stati qualificati dalla giurisprudenza amministrativa come atti di «vigilanza collaborativa»: ad esempio, v. TAR Lazio sez. I-quater, ord. 24 febbraio 2022, n. 2223.

idonei *ex se* ad incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi, essendo rivolti solo alla pubblica amministrazione richiedente); hanno ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni di legge in materia di inconfiribilità»¹⁴⁴.

La qualificazione formale alla stregua di pareri non vincolanti, tuttavia, non ha precluso alla stessa giurisprudenza amministrativa di considerarli – per il loro contenuto sostanziale – quali accertamenti costitutivi di una situazione di inconfiribilità dell'incarico, come tali vincolanti e, dunque, direttamente lesivi per il destinatario¹⁴⁵.

Anche nel settore dei contratti pubblici è stato affermato che «l'impugnabilità di una delibera non vincolante dell'Anac non è da escludersi in senso assoluto, atteso che tale provvedimento potrebbe assumere connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi alla fattispecie concreta, di fatto incide sulla sfera giuridica dei destinatari, essendo idonea ad arrecare un *fluvius* diretto ed immediato. Ne consegue che la sua 'lesività' non va valutata in astratto o sulla base dell'inquadramento dogmatico del provvedimento, dovendosi rilevare gli effetti conformativi che lo stesso produce, nell'immediato, nei confronti dei soggetti a cui è indirizzata»¹⁴⁶. E invero, «quando le deliberazioni dell'ANAC contengono vincoli conformativi puntuali alla successiva attività dei soggetti vigilati, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, rappresentano provvedimenti lesivi nei confronti dei quali va garantita la tutela del diritto di difesa del destinatario (art. 24 Cost.)»¹⁴⁷.

Differenti dai pareri non vincolanti sono i pareri di precontenzioso rilasciati nell'esercizio di funzioni para-giurisdizionali¹⁴⁸.

Più precisamente, su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'Anac esprime parere, previo contraddit-

144 TAR Lazio, sez. I-*quater*, ord. 24 febbraio 2022, n. 2223. Analogamente, di recente, v. sempre TAR Lazio, sez. I-*quater*, 13 aprile 2023, n. 6384.

145 Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2022, n. 9684. In primo grado (TAR Lazio, sez. I, 16 maggio 2019, n. 6069), il Giudice amministrativo aveva invece qualificato l'atto in termini di parere facoltativo reso dall'Anac in materia di conferimento degli incarichi di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, d.lgs. 165/2001, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, lett. e) l. 190/2012. Più di recente, v. TAR Lazio, sez. III-*quater*, 5 settembre 2024, n. 16106.

146 Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11200.

147 Cons. Stato, n. 11200/2022 cit.

148 Art. 220, comma 1, d.lgs. 36/2023. In argomento, v. M. ALLENA, F. GOISIS, *I pareri di precontenzioso Anac nel nuovo Codice dei contratti pubblici: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2024, 344 ss.

torio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Anac, che può proporre ricorso dinanzi al TAR¹⁴⁹.

Come già evidenziato in dottrina con riguardo ad altre *authorities* provviste di poteri para-giurisdizionali¹⁵⁰, benché gli atti giustiziali di risoluzione di puntuali controversie dispieghino un'efficacia limitata alle sole parti coinvolte, essi possono nondimeno condizionare, grazie all'effetto di *moral suasion*, le dinamiche dell'intero settore o mercato di riferimento assumendo i contorni di una funzione generale di tipo regolatorio¹⁵¹.

Non si sottovalutano peraltro i rischi sottesi al «regolare giudicando» delle *authorities*, atteso che il contraddittorio «ristretto» delle procedure contenziose non si rivelerebbe sufficientemente idoneo a supplire all'ampia partecipazione che sarebbe, invece, garantita dal procedimento volto all'adozione di un atto di regolazione. Sarebbe, pertanto, illegittimo il provvedimento di carattere giustiziale che implicitamente introduca *ex post* nuove regole generali e astratte senza ricorrere agli ordinari strumenti procedimentali previsti dalla legge o dalla disciplina di settore delle singole Autorità indipendenti¹⁵².

8. Riflessioni conclusive. Garanzie e limiti per la salvaguardia delle posizioni soggettive e della semplificazione del sistema

Giunti al termine dell'analisi del principale materiale regolatorio prodotto dall'Anac anche nel mutato contesto ordinamentale, si può convenire sul fatto che i vari strumenti riconducibili alla *soft regulation* dell'Autorità siano princi-

149 V. Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, adottato con Delibera n. 267 del 20 giugno 2023.

150 Si pensi, ad. esempio, alle decisioni dell'Arera sui reclami presentati ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 93/2011.

151 M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabilizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2018, 176.

152 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; ID, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, in *infederalismi.it*, ottobre 2014.

palmente rivolti a soggetti pubblici e che, pur sprovvisti di immediata efficacia vincolante, non siano invero del tutto privi di efficacia giuridica¹⁵³.

Già sotto la vigenza del precedente codice dei contratti pubblici, una parte della dottrina e della giurisprudenza aveva ravvisato nelle c.d. “linee guida non vincolanti” o “per obiettivi” di cui all’art. 213, c. 2, d.lgs. 50/2016, i caratteri delle direttive amministrative (quando erano formulate in termini di suggerimenti o raccomandazioni in vista del raggiungimento di determinati obiettivi), o delle circolari interpretative (quando costituivano esplicazioni interpretative della legge o di linee guida vincolanti)¹⁵⁴. Da ciò se ne desumeva l’attitudine a determinare obblighi, seppure nella forma condizionata del *comply or explain*, costituendo pur sempre parametri di legittimità dei provvedimenti applicativi adottati dalle singole amministrazioni¹⁵⁵.

Il modello di riferimento, cioè, è quello dell’«obbligatorietà condizionata»¹⁵⁶, fatto proprio nel previgente art. 71, comma 1, d.lgs. 50/2016 e confermato nell’art. 83, c. 3, d.lgs. 36/2023, che consente ai destinatari dell’atto regolatorio (in questo caso, le stazioni appaltanti) di discostarsi dalle indicazioni in esso contenute con una puntuale motivazione che dia conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa¹⁵⁷.

In effetti, questo è il modello che parrebbe essere applicato anche negli

153 Ad esempio, v. Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6540, par. 4.3.2, che annovera tra gli effetti “giuridici” principali degli atti riconducibili alla *soft regulation* (o *soft law*), tra cui le linee guida, «(...) quello di costituire una sorta di “scudo” per gli operatori che ne osservassero il contenuto, i quali, in questo modo, si metterebbero al riparo da possibili contestazioni (specie sotto il profilo della responsabilità civile e penale) rispetto alle scelte adottate».

154 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 305 ss. (in part. 312). La riconduzione di tali atti al potere di “direttiva” affiora anche in alcuni pareri resi dal Consiglio di Stato: comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22 e comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920. V. anche TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2704, che ha assimilato le linee guida non vincolanti a delle circolari interpretative.

155 Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 312, «(...) il non vincolante vuol dire sì non normativo, ma non vuol dire né irrilevante né privo di effetti anche giuridici». Così anche F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 412, e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, cit., 862 ss.

156 M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 230 ss.

157 Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5. In ordine al rafforzamento del ruolo della motivazione alla luce delle più recenti dinamiche evolutive dell’ordinamento, cfr. A. GIANNELLI, *Nuove declinazioni della decisione motivata*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, 1023 ss.

altri ambiti di intervento non vincolante dell'Autorità¹⁵⁸ e rispetto alla cui inosservanza è attivabile il controllo giurisdizionale¹⁵⁹.

È stato invero osservato che le linee guida non vincolanti – ma lo stesso ragionamento può essere esteso a tutti gli atti di *soft regulation* dell'Anac nel rinnovato panorama normativo – fossero dotate anche di un'efficacia «esistenziale», derivante dal prestigio e dall'autorevolezza del soggetto emanante¹⁶⁰, nonché dalla funzione “protettiva” che esse svolgono verso le numerose ipotesi di responsabilità cui possono incorrere i singoli funzionari chiamati ad applicarle in concreto¹⁶¹.

Traguardato nell'ottica sistemica, infatti, l'eterogeneo materiale regolatorio prodotto dall'Anac, anche integrativo e specificativo della normativa di livello primario, può essere unitariamente colto nel comune intento di conformare l'attività discrezionale dei soggetti (soprattutto pubblici) a cui si rivolge in vista degli obiettivi legislativamente indicati.

Questa “spinta” funzionale, almeno a livello descrittivo, stempera l'esigenza di operare delle distinzioni all'interno dei vari strumenti regolatori a disposizione dell'Autorità; esigenza, questa, che riacquista, invece, tutta la sua rilevanza nel momento in cui queste “scelte” dovessero intercettare l'ordinamen-

158 Si pensi, ad esempio, alla vigilanza collaborativa dell'Anac in materia di contratti pubblici: *supra* par. 4.

159 Ad esempio, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2021, n. 8336, secondo cui «il difetto di una motivazione puntuale a giustificazione della decisione di discostarsi da una indicazione contenuta nel PNA, recepita in un atto di indirizzo del MIUR, deve essere effettivamente considerato sintomo di sviamento di potere». Secondo Cons. Stato, comm. Spec., 20 aprile 2017, n. 1257: «... la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

160 Si pensi alla *regulation by litigation* in occasione dell'esercizio di funzioni para-giurisdizionali da parte dell'Autorità: *supra* par. 7. Già in tempi non sospetti alcuni atti di indirizzo dell'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici erano stati qualificati come espressivi di «canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione (avrebbe) integra(to) un'ipotesi di negligenza ... essendo all'Autorità riconosciuti il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici ...»: Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, in merito ad alcuni comunicati interpretativi della normativa a suo tempo vigente. Secondo B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, cit., «la dimensione dell'effettività (della *soft law*) – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coesistente al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua “giustiziabilità”».

161 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 314 ss. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 414 ss.

to generale e le matrici della legalità¹⁶².

D'altra parte, accedendo a quella particolare «semantica» del diritto amministrativo intesa quale regime giuridico speciale a protezione delle libertà nei confronti dell'arroganza del potere¹⁶³, il «posto» riservato ai mezzi di *soft law* nel (sotto)sistema delle fonti di diritto amministrativo è piuttosto angusto, in quanto «o questi mezzi rimangono innocui (...) ovvero, ogni qual volta assumono concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia»¹⁶⁴.

Ammesso che non si traduca in determinazioni impositive di obblighi incondizionati lesive di posizioni soggettive (si pensi al «regolare vigilando» in tema di contratti esclusi)¹⁶⁵, la fisiologica duttilità della regolazione e il minor grado di precettività degli orientamenti conformativi che essa esprime rendono pure maggiormente accettabile il ricorso alla teoria dei poteri impliciti¹⁶⁶.

Quanto sinora osservato potrebbe bollare come questione puramente teorica la distinzione delle varie funzioni (regolatorie, di vigilanza, consultive, giustiziali, sanzionatorie) intestate all'Autorità, con la conseguenza che atti con diversi contenuti, finalità e regimi giuridici sarebbero riconducibili, o sotto una uniformante competenza regolatoria, o, all'opposto, nell'alveo di una totalizzante vigilanza¹⁶⁷.

162 Se si vuole, v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 297 ss.

163 In argomento, v. F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, in part. 13 ss.

164 M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 737. In termini analoghi, sui riflessi in ordine alla «giustiziabilità» degli atti di *soft regulation*, cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, hard regulation nei mercati finanziari*, cit. V., altresì, il rapporto del Consiglio di Stato francese sul *droit souple* (Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, in www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple), che ammette il controllo del giudice amministrativo sugli atti di *droit souple*, ove questi possano determinare lesioni di situazioni giuridiche. Sul tema della «giustiziabilità» delle linee guida dell'Anac, cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss.

165 V. *supra* par. 4.

166 Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257; Tar Lazio, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735; Tar Lazio, sez. I-quater, 19 settembre 2017, n. 9828.

167 Sul tema si è occupata di recente N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024, in part. 68 ss., che ha posto in particolare l'attenzione sulla necessità di distinguere i poteri di vigilanza dai poteri sanzionatori.

Il che potrebbe apparire giustificabile soltanto nella misura in cui la “confusione” di funzioni resti confinata all’interno dell’area degli atti privi di immediata efficacia vincolante¹⁶⁸.

Tenuto conto della nozione ampia e funzionale di regolazione che si è inteso utilizzare ai nostri fini¹⁶⁹, infatti, una rigida distinzione tra funzioni potrebbe irrimediabilmente pregiudicare il mandato istituzionale di certe *authorities*, come l’Anac, con conseguenze che si ripercuoterebbero sull’esistenza stessa di queste ultime. E invero, solo nell’ambito del sottosistema delle Autorità indipendenti pare ravvisabile una stretta contiguità tra l’“oggetto” (cioè le funzioni che esse esercitano) e il “soggetto” (le *authorities* investite delle predette funzioni), in quanto questi peculiari attori dell’ordinamento si occupano di ambiti materiali, settori o mercati che contribuiscono essi stessi a forgiare, plasmare e presiedere e che, pertanto, costituiscono di fatto il risultato della loro continua azione conformativa.

Il materiale regolatorio non vincolante, tuttavia, non può essere prodotto senza limiti a pena di alimentare i già drammatici fenomeni di *regulatory inflation* che contraddistinguono in modo particolare i settori di intervento dell’Anac e, più in generale, l’intero ordinamento non solo interno¹⁷⁰.

La “voracità” regolatoria, infatti, si può giustificare nella misura in cui sia funzionale a conseguire gli obiettivi indicati dal mandato legislativo: “guidare” e “supportare” i soggetti (prevalentemente) pubblici nell’esercizio della loro discrezionalità amministrativa, fornendo raccomandazioni, istruzioni operative e indirizzi generali, emanando indicazioni conoscitive e interpretative per prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, indicando le migliori prassi.

Il tutto in stretta conformità al divieto di *gold plating*, espressamente richiamato in materia di contratti pubblici¹⁷¹, nonché al generale principio di

168 Invero, secondo C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, cit., in part. 51 ss., la vigilanza e la regolazione sono indistintamente e promiscuamente utilizzati nel sottosistema delle Autorità indipendenti, e ciò a prescindere dal loro carattere vincolante o meno. Già S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in ID., *Regolazioni pubbliche, mercati, imprese*, Torino, 2008, 21 ss.

169 V. *supra* par. 2.

170 V. Rapporto Draghi, *The future of European competitiveness*, 2024, in part. v. parte A, p. 61 e parte B, p. 317.

171 Art. 1, c. 2, lett. a), l. 78/2022 e art. 222, comma 2, d.lgs. 36/2023.

semplificazione normativa che affiora anche negli altri settori di intervento dell'Autorità¹⁷² e che, nell'interesse di una maggiore stabilità del quadro regolatorio, suggerirebbe in taluni casi un più meditato *self restraint* da parte dell'Autorità.

In questo senso si può forse cogliere l'utilità che le matrici della legalità e il modello dell'obbligatorietà condizionata potrebbero produrre non solo per arginare poteri innominati a tutela dei privati, ma anche per preservare la sfera di autonomia dei soggetti pubblici rispetto a talune derive uniformanti dell'Anac.

172 Per un esempio, v. *supra* par. 6 in ordine al potere dell'Anac di identificare, «in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'articolo 2-*bis*», i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione.

LUCA R PERFETTI
professore ordinario di diritto amministrativo
Università telematica Pegaso
Lucaraffaello.perfetti@UniPegaso.it

THE END OF THE BEGINNING OR THE BEGINNING OF THE END?

SINTESI

Il concetto di regolazione è multiforme, viene in rilievo in discipline tra loro diverse, si accompagna a regimi giuridici tra loro disomogenei. Non è agevole, quindi, identificarne un contenuto costante, base per una riflessione dogmatica. Soggetti, decisioni, interessi sottesi alla regolazione sono disomogenei. È, forse, possibile individuarne il tratto caratterizzante nel ridotto rispetto del principio di legalità (che può – forse – essere giustificabile per le autorità indipendenti, ma che certo pone seri problemi quando a disporre di poteri di regolazione siano enti pubblici tradizionali o agenzie – tema, questo, al quale presta maggiore attenzione la letteratura nordamericana).

La possibile spiegazione può essere, quindi, individuata sul versante storico dell'affermazione delle autorità e poteri di regolazione, in relazione alle esigenze che si sono poste alla fine del XX secolo quanto ai poteri pubblici in relazione al processo economico.

Quel che, tuttavia, appare evidente negli ultimi anni è che i poteri pubblici abbiano esteso in modo significativo il loro ambito di intervento nell'economia, soprattutto con misure emergenziali, derogatorie, ad hoc.

Questo espandersi di poteri di governo (non di rado condizionati dal potere economico – tecnologico) che operano con scarso rispetto della legalità (tratto in comune con la regolazione), complica ulteriormente l'identificazione dei poteri di regolazione e, forse, ne erode spazi e funzioni, fino a far porre il problema del loro possibile declino.

ABSTRACT

The concept of regulation is multiform, is relevant in different disciplines, it is accompanied by different legal treatment. It is not easy, therefore, to identify a constant content, the basis for dogmatic reflection. Authorities, decisions and interests underlying the regulation are not homogeneous.

It is, perhaps, possible to identify the characteristic feature as a reduced respect for the principle of legality (which can – perhaps – be justifiable for independent authorities, but which certainly poses serious problems when traditional public bodies or agencies have regulatory powers – this is a topic to which North American literature pays greater attention).

The possible explanation may, therefore, be found in the historical affirmation of the authorities and their regulatory powers, in relation to the needs that arose at the end of the 20th century regarding public powers in relation to the economic process.

What has become evident in recent years, however, is that the Executive has significantly extended its scope of intervention in the economy, especially with emergency, derogatory and *ad hoc* measures.

This expansion of government powers (often influenced by economic and technological power) that operate with little respect for legality (something they have in common with regulation), further complicates the identification of regulatory powers and, perhaps, erodes their space and functions, to the point of raising the question of their possible decline.

PAROLE CHIAVE: regolazione – potere pubblico – protezione degli interessi

KEYWORDS: regulation – authorities – public power – interests

INDICE: 1. Precisazioni su concetto e regime della regolazione. Un punto di metodo. – 2. La regolazione in senso stretto. – 3. Regolazione in senso ampio e disciplina dell'economia. – 4. Politica, tecnica, interessi. Le incertezze sul concetto di regolazione.

1. Precisazioni su concetto e regime della regolazione. Un punto di metodo

L'espressione regolazione è di difficile inquadramento.

Il suo significato giuridico è impreciso ⁽¹⁾, il termine viene utilizzato dal legislatore spesso in modo atecnico. Basterebbe considerare il fatto che per lo più si tende a considerare il fenomeno della regolazione in coincidenza con i poteri delle autorità deputate, appunto, alla regolazione e, tuttavia, nella legge si trova anche come compito di autorità amministrative tradizionali, come i Comuni rispetto ai servizi pubblici locali (ai quali, testualmente, la legge asse-

¹ Per osservazioni utili in ordine alla varietà dei settori e del contenuto della regolazione, sicché il fenomeno appare essere “multiforme” V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 115,

gna anche la funzione di regolazione).

Come si proverà a dire, brevemente, non si trovano ragioni convincenti per individuarne i caratteri essenziali né lungo il profilo dei soggetti ⁽²⁾ che sono intestati di questo potere (dovendo iscrivere nel perimetro sicuramente le autorità indipendenti di regolazione ma, come accennato, essendo certissimo che la legge vi annoveri anche enti pubblici *tout court*); né sul versante dell'efficacia formale degli atti di regolazione (giacché ve ne sono di rango legislativo, amministrativo di natura regolamentare o a contenuto generale e perfino puntuale – basterebbe pensare al fatto che si ritiene abbiano natura regolatoria anche le sanzioni in alcuni settori) ⁽³⁾; né su quello sostanziale (giacché la dinami-

2 La letteratura è amplissima, *ex multis*, S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, 217 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Giuffrè, Milano, 1997; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Cacucci, Bari, 2005; A. ZITO, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 806.

3 Per i necessari riferimenti, si rinvia ai coevi volumi di S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, Giappicchelli, 2018; E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappicchelli, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappicchelli, 2018; in precedenza, occorre rinviare a P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria: alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 767. Recentemente, per tutti, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 97.

Il fatto che le sanzioni possano avere anche funzione regolatoria (o, almeno a mio avviso, di enforcement degli atti di regolazione) non significa che le sanzioni abbiano la struttura della decisione regolatoria e – conseguentemente – che il sindacato su di esse si conduca negli stessi termini. Da questo punto di vista conviene rammentare Consiglio di Stato, VI, 25 gennaio 2021, n. 731: «In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato» (si vedano anche Consiglio di Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990 e

ca degli interessi è la più varia rispetto alle diverse discipline che prevedono poteri regolatori) ⁽⁴⁾.

Della regolazione non si può nemmeno dire ciò che essa non sia (il che, dal punto di vista definitorio, sarebbe già qualcosa). Infatti, come già accennato, vi sono regole di rango legislativo che hanno funzione regolatoria (sicché non si potrà dire che la regolazione è necessariamente attività di autorità amministrative) e atti di enti pubblici che rientrano nella dinamica tradizionale *command-and-control* possono essere annoverati, in alcuni casi, nel perimetro dell'attività di regolazione. Sicché dire che sia semplicemente altro da queste due attività non è sufficiente.

Il quadro è complicato dalla proliferazione dell'uso di anglicismi; è più che noto come in quella tradizione ⁽⁵⁾ con regolazione si intenda alludere

VI, 14 aprile 2020, n. 2414). Al contrario, in merito alle sanzioni, almeno dopo la sentenza Menarini della CEDU, è indiscussa la pienezza del sindacato.

4 L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 59 e A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 1998.

5 Per un esame introduttivo delle questioni, G. FROMM, *Studies in Public Regulation*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1981 e R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* ^{II ed.}, Oxford, Oxford University Press, 2011 (ove si legge un'introduzione generale dei problemi visti da diverse prospettive disciplinari – diritto, economia, scienza d'el a politica, sociologia, amministrazione –, con utili aggiornamenti sul dibattito quanto alle strategie normative, alle tecniche di normazione ed applicazione delle disposizioni, alla distribuzione tra i diversi livelli di governo, l'autoregolamentazione, la regolamentazione del rischio, l'applicazione ai servizi pubblici ed ai prezzi).

Il dibattito Nord Americano negli ultimi anni è stato molto vivace, sia nella prospettiva delle transizioni in atto – per le quali A. B. D. NOLL, L. R. REVESZ, *Regulation in Transition*, in *Minnesota Law Review*, 104 (2019), 64–65 –, sia in relazione al ruolo del *Office of Information and Regulatory Affairs* – in ordine al quale si deve esaminare la discussione tra L. HEINZERLING, *Inside EPA: A Former Insider's Reflections on the Relationship Between the Obama EPA and the Obama White House*, in *Pace Environmental Law*, 31 (2014), 325 (per la quale l'amministrazione Obama ha esteso il controllo della Casa Bianca sulle norme sviluppate dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente alla luce dell'analisi costi-benefici, sicché l'OIRA, nella revisione delle norme dell'agenzia, si discosterebbe notevolmente dalle norme che regolano il processo di revisione, decidendo caso per caso e senza termini precisi, esprimendosi in modo sostanzialmente arbitrario) e C. R. SUNSTEIN, *Commentary, The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, in *Harvard Law Review*, 126 (2013) 1838, inteso ad una serrata difesa della regolazione nel modo interpretato da OIRA –, sia con riguardo all'estendersi dei poteri presidenziali sulle agenzie – per i quali resta fondamentale E. KAGAN, *Presidential Administration*, in *Harvard Law Review*, 114 (2001), 2245 ed in merito ai quali, con specifica attenzione all'amministrazione Trump, non si può non rinviare alla profonda analisi di J. FREEMAN, S. JACOBS, *Structural Deregulation*, in *Harvard Law Review*, 135 (2021), 587, che, partendo dalla critica allo stato amministrativo che individua le agenzie di regolazione come colossi onnipotenti, investiti di ampi poteri delegati ed in gran parte irresponsabili, aggiungono che, in realtà, queste stesse sono vulnerabili da parte di esecutivi sempre più potenti, sicché si assisterebbe ad una “deregolamentazione strutturale”, che può intervenire con semplici misure

all'esistenza di regole esplicite che governano i comportamenti e che siano suscettibili di *enforcement* da parte di istituzioni o agenzie. Proprio questo concetto, elastico, che mira a colpire un insieme eterogeneo di regole (indipendentemente dal loro rango nella teoria delle fonti), di interessi e di soggetti (non solo pubblici, tanto per cominciare), spiegherebbe cosa ormai anche noi si intenda per regolazione, salvo, poi, trovarsi nella difficoltà di non saperne fornire una definizione giuridica nel nostro sistema di diritto, né tracciare un regime specifico.

di contrazione del personale e delle risorse, impegnarle con competenze defatiganti, accompagnarsi ad una deregolamentazione "sostanziale", che attrae all'esecutivo competenze. Tuttavia, secondo le autrici, il diritto pubblico è impreparato ad affrontarla, messo in difficoltà dall'azione discrezionale dell'esecutivo (nella specie del Presidente).

Si tratta di una riflessione molto importante ai nostri fini.

Per quanto si tratti di accadimenti che riguardano un sistema diverso dal nostro, sicché non sono immediatamente trasferibili, vi leggo una simmetria rispetto a quanto intendo sostenere nel testo, vale a dire che l'esecutivo mostra la tendenza a regolare gli stessi oggetti (o simili) delle amministrazioni indipendenti (per il concetto, S. FREGO, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, Cedam, 2015; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino 2010; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010) attraverso decisioni a legalità attenuata, sottraendo alla regolazione delle autorità indipendenti oggetti, spazi, natura degli atti. In questa prospettiva è utile anche la lettura di E. MAGILL, A. VERMEULE, *Allocating Power Within Agencies*, in *Yale Law Journal*, 120 (2011) 1032.

È utile anche il rinvio a E. L. GLAESER, A. SHLEIFER, *The Rise of the Regulatory State*, in *Journal of Economic Literature* 41 (2003), 401 e al noto volume di W. K. VISCUSI, *Regulation through Litigation*, Brookings Institution Press, 2002, che pone in luce il rilievo regolatorio di pronunce giurisdizionali significative in materia di tabacco, vernice al piombo, armi da fuoco, protesi mammarie, che hanno innescato ulteriore regolazione, sicché il contenzioso assolve alla funzione di leva finanziaria per costringere le aziende ad accettare regolazioni negoziate che si accompagnano a minore spesa pubblica ed inferiore responsabilità governativa, con uno spostamento verso il polo giurisdizionale della regolamentazione; non si può che osservare da questa prospettiva un'ulteriore articolazione della regolazione – vale a dire quella che avviene in concreto attraverso il contenzioso o come suo risultato.

Si deve aggiungere che il dibattito è particolarmente ricco quanto alla regolazione del sistema finanziario. Non essendo questo il profilo di interesse di queste pagine, basterà rinviare, anche per i necessari riferimenti in letteratura, a J. MACEY, M. O'HARA, *From Markets to Venues: Securities Regulation in an Evolving World*, in *Stanford Law Review*, 58 (2005), 563 – che mettono in luce i cambiamenti della regolazione a fronte dei mutamenti tecnologici uniti alla drastica riduzione dei costi di elaborazione delle informazioni (da *trader robot* o fornitori di ordini elettronici, sistemi di negoziazione alternativi (ATS), o reti di comunicazione che organizzano le negoziazioni di titoli quotati in borsa in sedi diverse da una borsa valori, sicché lo stesso *trading* è una merce – e S. T. OMAROVA, G. S. STEELE, *Banking and Antitrust*, in *Yale Law Journal*, 133 (2023-2024), 1039 – che lamentano la separazione concettuale tra disciplina normativa delle banche e di limitazione dei monopoli, sicché la prima è concentrata sulla garanzia della sicurezza e solidità delle banche, coordinandosi solo in minima parte alla legge

Poiché questi usi ormai sono propri anche del legislatore, lo sforzo dogmatico di ridurre ad unità concetto e regime è reso ancora più arduo – e difficilmente coronato da successo.

Sembra naturale, quindi, chiedersi per quale ragione il legislatore, la giurisprudenza e gli interpreti ricorrano così ampiamente all'utilizzazione di un termine dal contenuto e regime indefinito. Proprio da questo punto di vista sembra possibile osservare con maggiore costrutto e risultato il fenomeno in questione.

Il punto di osservazione è quello della sua affermazione nel nostro sistema e della sua evoluzione in questo contesto. In altri termini, pur non essendo affatto chiaro di cosa si stia parlando, qualche elemento utile sembra possa provenire dal perché se ne stia parlando, vale a dire dall'osservazione delle ragioni storiche dell'introduzione e, poi, diffusione del termine nelle fonti e tra gli interpreti.

È chiaro, infatti, che la funzione di regolazione appartiene all'intervento dei poteri pubblici nel processo economico e che il suo uso (distinto dal legiferare – ex art. 41 Cost., co II e III – e dal provvedere attraverso potere amministrativo vero e proprio, per intenderci) intende alludere ad una serie di misure rese necessarie dall'affermarsi delle regole dell'Unione in materia di privatizzazioni ⁽⁶⁾, liberalizzazioni e protezione della concorrenza, sicché si è determinata una funzione caratterizzata dall'elevata tecnicità delle regole (non di rado dettate da autorità indipendenti istituite *ad hoc*) e dal ridotto rispetto del principio di legalità ⁽⁷⁾.

Sono le esigenze del processo economico che hanno richiesto l'affermazione di alcunché di differente dall'esistente. E dall'esistente in quanto coerente con il quadro costituzionale – tant'è che proprio quel sistema s'è ritenuto, dalla maggioranza degli interpreti ⁽⁸⁾, con tesi dalle quali ho già avuto occasione di

antitrust incentrata sulla concorrenza, sicché gli autori impegnano la loro ricerca nella dimostrazione dell'esistenza di vincoli strutturali alla capacità delle banche profittare di condizioni di tipo monopolistico o di abusare di sussidi pubblici e di altri vantaggi concessi dal governo. Per altri profili regolatori rilevanti, S. E. S. KIM, *Bounds in Bank Regulation*, in *Yale Law Journal*, 125ff(2015) 185.

6 Resta fondamentale G. C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2006.

7 Per tutti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001

8 Per tutti, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari – Roma, 1995.

dissentire ⁽⁹⁾, superato dalle regole dell'Unione Europea.

Le ragioni dell'ingresso della regolazione nel sistema dei concetti del diritto pubblico italiano e della sua rapida espansione sembrano il vero elemento di contenuto sul quale ci si può interrogare. E quest'interrogazione delle fonti e delle ragioni conduce anche, fatalmente, alla domanda circa il possibile declino della regolazione, proprio per ragione della sua ipertrofia e conseguente insignificanza.

In altri termini, la funzione di regolazione può essere – con estrema imprecisione – essere identificata in quella categoria di regole che, pur non essendo necessariamente dettate dal legislatore o costituite da regolamenti amministrativi, pur esprimendosi in una molteplicità di regimi e forza giuridica (costituita da leggi, *soft law* o *regulation*, consigli, *best practice*, regolamenti in senso tecnico, atti di programmazione o decisioni amministrative puntuali), pur provenendo da una molteplicità di soggetti (anche – almeno formalmente – privati) ⁽¹⁰⁾, disciplinano il processo economico con ridotto rilievo della legalità sostanziale, che si ritiene compensato dalla partecipazione procedurale ⁽¹¹⁾ e necessitato dalla complessità tecnica (ordinariamente di tipo economico).

Questo genere di attività e regole, sarebbe il frutto dell'adattarsi della disciplina pubblicistica, innescata dal bisogno di garantire interessi e beni la cui soddisfazione non è conseguibile solo attraverso l'autonomia privata, alla complessità del processo economico. Come tale, quindi, non sarebbe immediatamente riconducibile al sistema di cui all'art. 41 Cost., co II e III, per quanto sia caratterizzato da riserva di legge solo relativa.

2. La regolazione in senso stretto

È a tutti noto come il concetto sia stato introdotto con l'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione, conseguenza della privatizzazione di imprese pubbliche ⁽¹²⁾ cui era sostanzialmente riservato il monopolio di interi set-

9 L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001

10 Sul punto, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, Intervento al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi* – Roma, 22 marzo 2011 – Università di Roma Tre – Facoltà di Giurisprudenza.

11 Per queste soluzioni, J. BLACK, *Proceduralizing Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, 4, 597.

12 Resta da esaminare L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995 – di recente, in prospettiva critica, F. DI CIOMMO, *I nuovi "Signori del*

tori di attività economica – corrispondenti a pubblici servizi – ed, in molti casi, della successiva liberalizzazione dell'attività.

Lo Stato, da soggetto che provvedeva direttamente l'attività, diviene – appunto – regolatore di quella posta in essere (in esito alle privatizzazioni) da società di capitali che, tuttavia, vedevano ancora una significativa presenza pubblica. Dal che, l'esigenza dell'indipendenza del soggetto regolatore.

L'attività, poi, era destinata a svolgersi spesso in un mercato caratterizzato da infrastrutture ⁽¹³⁾ non duplicabili (la rete ferroviaria, di distribuzione elettrica o di gas, etc.) che richiedevano una regolazione proconcorrenziale che garantisse forme di neutralizzazione dell'infrastruttura o dei diritti di monopolio (attraverso la celebrazione di gare o con il *third party access*, che richiede – appunto – l'apprestamento di sistemi di regolazione indipendente); oppure, si trattava di mercati (come quello delle telecomunicazioni) che vedevano la presenza di più operatori ma la permanenza di presenza pubblica diretta (come nel caso televisivo – ove si registra, inoltre, il problema della scarsità della risorsa frequenziale, pubblica, da intendersi come infrastruttura non duplicabile) ovvero dalla permanenza di segmenti necessariamente in monopolio (come per alcuni tratti di quello telefonico).

La creazione di autorità indipendenti di regolazione era, quindi, richiesta perché il regolatore fosse neutro rispetto agli interessi diretti dello Stato o degli enti pubblici.

Tuttavia, simili autorità sono sottratte alla legittimazione democratica delle istituzioni pubbliche vere e proprie; e sono incaricate (dalla legge) di perseguire un interesse solo latamente pubblico e più direttamente orientato al buon funzionamento del mercato.

Poiché i loro poteri incidono direttamente su diritti fondamentali (come sono quelli relativi alle prestazioni di servizio pubblico) e, tuttavia, trovano un riferimento molto lasco nella legge, sono solo parzialmente coerenti con la legalità sostanziale (non compensata da quella procedurale) ⁽¹⁴⁾, si esprimono non

diritto". Ovvero di come la privatizzazione del diritto e l'avvento del capitalismo tecnocratico stanno riducendo all'irrelevanza legislatori e giudici, in Foro italiano, 2021, V, 58.

¹³ Nella vastissima letteratura sul punto, basti il rinvio a S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, Giuffrè, 2007

¹⁴ Ma, sul punto, si veda anche G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 749.

di rado in ragione di poteri che la legge non ha assegnato loro (i poteri impliciti) ⁽¹⁵⁾, è chiaro che si pone un problema di legittimità quasi senza legalità, in relazione ad atti di comando che sono in grado di incidere su diritti fondamentali.

Questo modello, certamente nuovo rispetto alla tradizione, negli ultimi decenni si è perfezionato, è stato fatto oggetto di sistemazioni teoriche e dogmatiche preziose e si è moltiplicato (dandosi vita a numerose autorità indipendenti di regolazione).

In questo perimetro, sufficientemente studiato e definito, si potrebbe parlare di regolazione in senso stretto. Rispetto a questo concetto di regolazione (che qui intendiamo in senso stretto), è possibile dire qualcosa di definito e, come s'è accennato, si dispone di studi seri che hanno condotto lo sforzo di chiarimento in ordine alla natura dei soggetti, ai loro procedimenti e poteri.

Resta, rispetto ad essi, il problema dell'incerta collocazione costituzionale. Se questo tema è stato colto quanto alla natura degli enti di regolazione – soprattutto lungo la linea della loro natura di autorità amministrativa indipendente dal legislatore ed, in grande parte, dalla legge – solo minore attenzione è stata dedicata ai poteri. Infatti, non si può non cogliere la criticità di autorità amministrative in grado di esplicitare ed esercitare poteri che la legge non ha assegnato loro, con un problema non solo quanto alla tipicità ma propriamente alla nominatività delle potestà di comando.

La risposta a questa carenza estrema sul versante della legalità sostanziale è apparsa essere quella dell'espansione delle garanzie procedimentali, sicché attraverso la consultazione degli operatori si conseguirebbero legittimazione e legittimità – il che è in parte dubitabile se si pensa al fatto che questi poteri impliciti determinano effetti anche su diritti fondamentali dei fruitori dei servizi, che non sono operatori del mercato e che non necessariamente prendono parte alla consultazione.

Quale che sia il giudizio su codeste autorità ed i loro poteri, è un fatto che quelle regole mostrino una proliferazione ben oltre il perimetro originario.

15 Ovvio il rinvio a N. BASSI, *op. ult. cit., passim*. Più recentemente, anche per i rinvii alla letteratura, A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 697; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra "authorities" e "golden power": quale spazio per i poteri impliciti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, 365; P. PANTALONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in questa *Rivista*, VI (2020), 421.

Anzitutto, quanto ai soggetti, sicché agenzie pubbliche che non mostrano alcun tratto di indipendenza – come l'ANAC, per esempio – sono state intestate di poteri di regolazione sul modello di quelle indipendenti; allo stesso modo, processi di consultazione come fonte di successivi poteri si sono sviluppati in ogni dove (basti pensare alla determinazione delle tariffe aeroportuali in ragione della consultazione tra vettori aerei e gestori aeroportuali, vale a dire solo parti puramente private). Ne consegue, che moduli della regolazione in senso stretto si sono diffusi ben oltre il loro confine, rendendo difficile parlarne senza tenere conto delle sue proliferazioni.

Inoltre, quanto alla dinamica degli interessi, i modelli di regolazione nell'interesse ("oggettivo") del buon funzionamento del settore e non direttamente dell'interesse pubblico sono ormai propri di attività strettamente di diritto amministrativo che nulla hanno a che fare con la disciplina dettata da regolatori tecnici indipendenti – basterebbe il riferimento alle disposizioni in materia di appalti pubblici dirette a garantire l'imparzialità del committente pubblico, il buon ordine del mercato, la massimizzazione della partecipazione alla selezione e regolare una quantità di altri interessi oggetto di regolazione ⁽¹⁶⁾.

Il quadro è ulteriormente articolato per ragione del fatto che tra le stesse autorità indipendenti è più che dubbio che esse siano necessariamente enti di regolazione del mercato. Autorevole insegnamento – che qui si condivide – ha chiarito ⁽¹⁷⁾ come di attività di regolazione si può parlare solo con riguardo a quelle attività che si esercitano per ovviare al mancato o scorretto funzionamento del mercato; sicché nel caso di assenza del mercato si avrà regolazione affinché, pur in assenza del mercato, se ne raggiungano gli scopi (che il mercato, se vi fosse, sarebbe in grado di garantire). Ciò presuppone l'assenza del mercato. Laddove, invece, il mercato sussista, si avrà l'esercizio dei poteri dell'Antitrust,

16 Sia consentito il rinvio, tra gli altri, a L. R. PERFETTI, *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888 e, più di recente, ID., *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in questa *Rivista*, vol. XIV (2024), 69.

17 S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12.

per lo più *ex post*, perché siano corretti i suoi malfunzionamenti ⁽¹⁸⁾. Al contrario, v'è chi ha ritenuto che di regolazione si possa parlare anche con riferimento alla disciplina antitrust, perché si tratta di «*un'attività normativa volta a creare un 'ambiente' economico sociale che 'imiti' quello di mercato, tale da poter essere definito appunto 'mercato regolato', non sia poi molto dissimile dal mercato, per così dire 'a competizione sotto tutela'*» ⁽¹⁹⁾. Anzi, acuta dottrina (dalla quale si dissente in più punti in questa sede), che ha profondamente studiato il tema, nella prospettiva della costruzione di un concetto organizzativo di mercato che regge una ricostruzione istituzionista della regolazione, ha concluso che il *proprium* della regolazione sia proprio l'attività antitrust (affermando «*che la regolazione sia termine utilizzabile con riferimento prioritario, se non addirittura esclusivo, alla disciplina antitrust*» ⁽²⁰⁾ sicché «*proprio la circostanza che il mercato si palesa, pur in assenza di una normativa volta a tutelarne una particolare conformazione (quella concorrenziale), come un insieme di relazioni organizzate e dunque regolate dovrebbe indurre a verificare con maggiore attenzione se proprio la disciplina antitrust non sia tale da far ritenere semanticamente appropriato l'utilizzo del concetto di regolazione rispetto alla medesima, così da aprire la strada ad una sua autonoma ricostruzione nell'ambito della sistematica giuridica.*» ⁽²¹⁾).

E ancora. Quanto alla dinamica dei poteri ed alla loro giustificazione nell'elevata tecnicità del settore, basterebbe pensare alla Banca d'Italia ⁽²²⁾, che regola il mercato bancario esercitando poteri propriamente amministrativi da decenni, vale a dire da un'epoca nella quale l'idea dell'autorità indipendente di regolazione non era neppure lontanamente pensabile. Regolazione, questa, che interviene da parte di un soggetto che non può esser considerato indipendente in senso proprio e che, tuttavia, dispone di poteri regolatori molto penetranti e che si esprimono anche in forme sottilissime, come la *moral suasion* tipica della

18 Nello stesso senso, N. RANGONE, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, 5057.

19 C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, Cacucci, 2005. Nello stesso senso anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappicelli, 2002 e M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998.

20 A. Zito, *op. ult. cit.*, 812 (cui segue ampia argomentazione).

21 A. Zito, *op. ult. cit.*, 808.

22 Per tutti, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992.

vigilanza prudenziale; né sembra un caso che il paradigma dell'ordinamento settoriale fatichi ad essere abbandonato ⁽²³⁾ e che spiegazioni istituzioniste della regolazione siano state proposte anche di recente dalla miglior dottrina sull'argomento ⁽²⁴⁾.

Il riferimento alla Banca d'Italia è ulteriormente rilevante perché consente, sul versante della teoria dei provvedimenti ed atti, di porre subito in evidenza la questione di atti che non sono decisioni e che, invece, esprimono orientamenti, suggerimenti, evidenziano *best practices*, regolamentano in modo ottativo e mite, con un ventaglio di opzioni ben sperimentato da decenni da parte della Banca centrale e poi proliferato nella varia *soft law* e *soft regulation* ⁽²⁵⁾ cui ricorrono ampiamente soggetti della regolazione – siano essi autorità indipendenti e semplici enti pubblici.

In altri termini, non si fatica a cogliere che, se per un lato la regolazione in senso stretto mostri elementi riconoscibili e definiti, i suoi caratteri sono trabordati – sul versante delle teorie dei procedimenti, degli atti, dei soggetti e delle fonti – ben oltre il perimetro di appartenenza.

L'attività di regolazione in senso stretto, quindi, mostra per un verso tratti sufficientemente definiti – tralasciando se essi siano soddisfacenti rispetto al quadro delle norme costituzionali rilevanti – e, per l'altro, resi evanescenti dalla loro utilizzazione al di fuori del perimetro che la caratterizza.

Se il dato rilevante è quello della sua affermazione ed espansione in un dato momento storico per ragioni ordinamentali riconoscibili – la creazione del mercato unico ed il superamento dell'intervento diretto dello Stato nel processo economico – è difficile negare che codesto allargarsi si sia ulteriormente diffuso,

²³ Per la discussione di questi problemi, solo per brevità e con rinvio alla letteratura *ivi* citata, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico bancario* ^{IV ed.}, Padova, Cedam, 2018, 1582.

²⁴ A. ZITO, *op. ult.cit.*

²⁵ Per la letteratura italiana, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Fonti, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; prima ancora, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008. Per la – condivisibile – critica del concetto, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, 31. Più recentemente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, da 9 ed il sempre necessario, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 278 – nonché il breve editoriale successivo, ID., *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, fas. 2, 1.

rendendo difficile delineare i caratteri della regolazione in senso stretto, giacché valgono ben al di là del confine dell'attività delle autorità indipendenti ad elevata tecnicità e settorialità.

Inoltre, la complessiva trasformazione della funzione – legislativa ed amministrativa – di disciplina e gestione del processo economico, ha determinato l'evoluzione di varie normative di settore, sicché gli scopi propri delle autorità di regolazione si intrecciano oggi con quelli di agenzie governative ed enti pubblici (basterebbe pensare a quello tra ENAC, ENAV, AGCM ed ART, soggetti di natura diversa tra loro, rispetto ai servizi aeroportuali ovvero, in materia di servizi autostradali, tra Ministero concedente, AGCM ed ART,) e le tecniche giuridiche consentono di conseguire i medesimi risultati attraverso la regolazione e con strumenti di puro diritto amministrativo (basterà pensare alla regolazione per il *third party access* relativamente ad infrastrutture non duplicabili e l'effetto analogo raggiunto attraverso l'obbligo – legale – della separazione dei segmenti della filiera e delle imprese verticalmente integrate e l'assegnazione con gara delle porzioni di attività caratterizzate da infrastrutture non duplicabili).

In altri termini, le stesse esigenze – che derivano alle norme europee e dalle trasformazioni tecnologiche ⁽²⁶⁾ ed economiche ⁽²⁷⁾ – che hanno innescato la regolazione in senso stretto, hanno anche prodotto discipline, competenze, soggetti e dispositivi giuridici estranei alla regolazione in senso stretto e che, tuttavia, sono diretti a conseguire gli stessi obiettivi (con effetto evidente in ordine alla dinamica degli interessi – in termini di efficacia sostanziale degli atti – e dei soggetti).

26 L. LI, *A Reconciliation of Power in Competition Law with Its Application in the Digital Realm*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2025, esprime la preoccupazione che nel diritto della concorrenza, il concetto di potere rimane inadeguatamente compreso, rendendosi evidenti i limiti di questa comprensione nel campo dell'economia digitale; si pone quindi il problema di disporre di una base teorica più adeguata che integri le teorie tradizionali del potere pubblico. Attingendo alla filosofia giuridica e alle prove empiriche globali, l'autrice propone una riconcettualizzazione del potere come quadro teorico generale che distingue tra potere come capacità e potere come esercizio, distinguendo i diversi tipi di potere, economico, politico – con le sue esigenze democratiche –, informativo, di tutela dei dati personali, tecnologico, come insieme dei poteri nei mercati. Anche in questa prospettiva, pur nell'interesse della proposta, emerge la disomogeneità dei fattori rilevanti, con le conseguenti incertezze.

27 I. HADJIYIANNI, *The European Union as a Global Regulatory Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, 1, 2021, 243, che mette in luce l'incremento dell'interdipendenza normativa globale, con l'influenza dalle scelte di giurisdizioni anche significativamente distanti; in questo senso, il lavoro mette in luce l'influenza dell'Unione sulle pratiche commerciali e le scelte politiche straniere, e identifica teoricamente i prerequisiti per l'emergere di questo fenomeno.

Infine, con rilievo sulla dinamica degli interessi, non è senza importanza che, pur mantenendosi entro la regolazione in senso stretto, appaia disomogenea la struttura delle tutele giurisdizionali, se non altro per ragione della plateale differenza tra i limiti del sindacato del giudice amministrativo tra atti delle autorità indipendenti e di enti amministrativi cui tale caratteristica difetta ed, ancora, entro le prime, tra atti dell'AGCM ⁽²⁸⁾ e di altre autorità.

In sintesi, quindi, se anche si dispone di teorie soddisfacenti di fonti, soggetti, procedimenti e atti quanto alla regolazione in senso stretto, il beneficio definitorio che ne deriva è piuttosto limitato sia perché altre attività rientrano nella funzione di regolazione, sia perché al suo interno si mostrano incertezze ed ibridazioni significative.

3. Regolazione in senso ampio e disciplina dell'economia

Quel che è piuttosto evidente è che l'affermazione e successiva espansione della regolazione da parte di autorità indipendenti a forte contenuto tecnico ⁽²⁹⁾ si è dapprima ampliata (con il moltiplicarsi di codeste autorità di settore) e, successivamente, moltiplicata attraverso – per un lato – la creazione di soggetti differenti da queste che esercitano simili poteri regolatori e – per l'altro – la previsione di dispositivi giuridici diretti a conseguire gli stessi obiettivi ma non assegnati ad autorità di regolazione nonché – infine – intestando di poteri qualificati come regolatori enti pubblici tradizionali (o, anche, loro espressioni associative – come gli ambiti ottimali).

Complessivamente, ad essersi articolata fino a polverizzarsi è l'area dei poteri di intervento pubblico nel processo economico. Nel perimetro di quest'esplosione – difficilmente compatibile con l'art. 41 Cost. – si registrano una pletora di soggetti ordinari e straordinari (come le gestioni commissariali), con un amplissimo ventaglio di poteri sia quanto alla loro fonte normativa che all'efficacia giuridica ed alla meccanica del dispositivo giuridico.

28 Per le necessarie indicazioni, anche circa letteratura e giurisprudenza, D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Civil Procedure Review*, 2020, 69.

29 Per alcune rilevanti osservazioni, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, soprattutto in relazione alle norme tecniche di provenienza dell'Unione ovvero di organismi privati di certificazione (e, per alcuni profili, regolazione dell'accesso al mercato) e (si allude alla terza parte del libro) alla regolazione a carattere tecnico-scientifico.

È agevole cogliere l'esistenza di un pulviscolo di fonti, atti e soggetti che – nei modi più diversi – regolano il processo economico per fini pubblici.

Quel che caratterizza questa congerie di sistemi e poteri è il suo ridotto rispetto della legalità sostanziale. Ciò deriva primariamente dalla volontà di regolare in modo rapido, flessibile, adattivo rispetto alla continua trasformazione del sistema economico.

Per altro verso, però, è piuttosto chiaro che una serie di funzioni economiche – come la disciplina dei servizi pubblici locali – sono state collocate alla confluenza tra la protezione della concorrenza – che può esser conseguita con strumenti non necessariamente regolatori – ed un generico pubblico interesse che non può che coincidere con i bisogni della comunità che fruisce i servizi, ma che è stata trattenuta in una dimensione più ambiguamente politica, segnando qualche difficoltà. Ne sono nate discipline ibride, caratterizzate da poteri di autorità di regolazione vere e proprie (basterebbe pensare alla Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), forme di cooperazione tra enti pubblici o singoli comuni, disposizioni dell'Unione Europea, intromissione di agenzie governative (com'è per Anac).

Da altro punto di vista ancora, si è espansa – sempre con una qualche difficoltà a ritenerla compatibile con il sistema delle disposizioni costituzionali rilevanti, primo tra tutti l'art. 41 Cost. – l'area occupata da discipline derogatorie (l'esemplificazione è tendenzialmente sterminata, dagli interventi sul sistema bancario, alla capacità di atti amministrativi di derogare a qualunque norma di legge prevista per l'attrazione di investimenti esteri o per la realizzazione di eventi – come Expo Milano – o per il salvataggio di imprese strategiche) ovvero puntuale (fatta soprattutto di leggi-provvedimento) riferite a singole operazioni economiche o settori di imprese o contingenze (basterà riferirsi alla disciplina in materia di cyber security, anch'essa drammaticamente derogatoria, o ai poteri speciali, più volte rimaneggiati, ordinariamente denominati *golden power*).

Segmenti straordinariamente vasti della disciplina e dell'intervento delle autorità pubbliche nell'economia sono ormai consegnate a poteri qualificati come regolatori, talora dalla legge e assai spesso dalla dottrina e della giurisprudenza – in disparte la questione se essi lo siano davvero (resta difficile dalla stessa opacità del concetto di regolazione). Quel che importa non è tanto se si tratti

davvero di poteri di regolazione in senso proprio, quanto – piuttosto – che queste discipline certamente intendono governare il processo economico (e il mercato) in modo difforme rispetto al sistema di poteri tracciato in Costituzione. Se mi era sembrato che sussistessero seri argomenti per ricondurre la disciplina dei servizi pubblici e delle privatizzazioni al sistema degli artt. 41 e 43 Cost. – attraverso la loro definizione attraverso la funzionalizzazione al godimento dei diritti e delle libertà nella loro dimensione della pretesa di prestazioni ⁽³⁰⁾ – è davvero difficile dire altrettanto della pletora di poteri che incidono sul processo economico posti in essere dal legislatore in questi anni.

Ora, quel che si vuole sottolineare è che la fuga dalla legalità è un tratto che non riguarda più la regolazione del processo economico in quanto tale ma che la caratterizza non appena si allarghi lo sguardo rispetto alla prospettiva limitata dell'azione delle autorità indipendenti, come pure pare doveroso se si vuole condurre un discorso dogmatico che cerchi i caratteri della regolazione a partire dal diritto positivo, giacché è il legislatore direttamente a qualificare come regolatoria la funzione svolta da soggetti diversi da codeste autorità.

Come spesso accade, almeno a mio avviso ⁽³¹⁾, con i meccanismi derogatori – vale a dire ch'essi si sperimentano in ragione di un'emergenza o un'esigenza particolare, eppoi si riproducono più e più volte in quanto siano ritenuti adatti a conseguire scopi puntuali, talvolta anche solo per ragione della semplice disponibilità di dispositivi già sperimentati – allo stesso modo l'estesa panopia di organizzazioni e poteri di natura regolatoria si è riprodotta in contesti del tutto diversi da quelli originari.

Infatti, il processo economico, oggi, è regolato attraverso soggetti, procedure e poteri che frequentemente si caratterizzano solo per ragione della loro ridotta relazione con la legalità sostanziale. Non è dubitabile che si tratti di una caratteristica tipica anche dei poteri regolatori in senso stretto.

Poiché la collocazione nella teoria delle fonti – e per conseguenza, l'efficacia formale – degli atti di regolazione è la più varia, così come la dinamica degli interessi che presidiano – e, altrettanto conseguentemente, la loro efficacia

³⁰ Se si vuole, si può confrontare L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit..

³¹ Per una più ampia argomentazione sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana*, Padova, Cedam, 2025.

sostanziale – e la loro natura materialmente normativa a amministrativa, il vero tratto della regolazione sembra essere quello della disciplina del processo economico con ridotto rispetto della legalità sostanziale (che si ritiene compensata dalla tecnicità e dalla partecipazione procedimentale). Tuttavia, un carattere chiaro del diritto neoliberale ⁽³²⁾, o – per dire diversamente – della disciplina del processo economico che si è andata diffondendo in questi anni è esattamente lo stesso e non è disagevole osservare come innanzi a tante incertezze definitorie quanto alla regolazione, l'ordinamento abbia elaborato dispositivi profondamente differenti dalla decisione dell'autorità indipendente con forte contenuto di tecnicità e disciplina di settori determinati, dispositivi che sono in grado di disciplinare il processo economico con non minore efficacia. In altri termini, se il carattere della regolazione è la ridotta coerenza con il principio di legalità sostanziale – incerto, sostanzialmente, il resto – non si può non osservare come questa caratteristica sia comune ad un insieme non piccolo di poteri di disciplina del processo economico che si sono andati affermando. Il caso dei *golden power* sembra emblematico, tant'è che rispetto a poteri tipicamente *command-and-control* dottrina e giurisprudenza (che rispolvera l'atto di alta amministrazione) li qualificano (molto discutibilmente) come strumento di regolazione. La tecnica non è quella usuale della regolazione, ma il risultato il medesimo. Ed il medesimo il carattere qualificante: la scarsissima tipizzazione della fattispecie e la latitudine della valutazione discrezionale, in grado di dare risultati diversi in casi similissimi.

In altri termini ancora, se la regolazione è la disciplina tipica di cui si sente il bisogno in un momento nel quale si affermano privatizzazioni, liberalizzazioni e centralità del superamento dei monopoli in un ambiente giuridico pro-concorrenziale, essa finisce per confondersi con l'insieme delle disposizioni che prevedono poteri ad amplissima discrezionalità, insufficiente tipizzazione della fattispecie (in contrasto con l'art. 97 Cost.) e governo del processo economico con comandi puntuali o deroghe (alterando il quadro dei programmi e control-

32 Per tutti, anche per i riferimenti alla letteratura – soprattutto anglofona – F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in R. Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, Giappichelli, 2017, II, XV e, successivamente, R. Sacchi, A. Toffoletto (a cura di), *Esiste uno stile giuridico neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, Giuffrè, 2019, ove, comunque, F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, 1.

li previsto dall'art. 41 Cost.) che si sono affermate in tempi recenti, formando un plesso normativo complessivamente neo-liberale.

Mentre il concetto propriamente giuridico di regolazione faticava a definirsi (dagli ultimi anni del secolo scorso), esso si è andato espandendo sia attraverso la proliferazione delle autorità indipendenti, sia per ragione dell'assunzione di modelli analoghi da parte di enti ed agenzie cui difettavano quei caratteri, sia dall'assegnazione espressa da parte del legislatore di poteri di regolazione ad enti pubblici – territoriali e non. In tempi più recenti, il legislatore ha previsto poteri di disciplina del processo economico anch'essi variegati e, tuttavia, per un lato caratterizzati dalla medesima ridotta relazione con la legalità sostanziale e, per l'altro, in grado di raggiungere gli obiettivi della regolazione attraverso dispositivi giuridici differenti o, talora, analoghi. Il risultato è quello di un pulviscolo di misure autoritative che si intersecano, sovrappongono o derogano – nonché di *bias* cognitivi che fanno sovrapporre ed ulteriormente estendere dispositivi, funzioni, scopi. A tutto ciò deve aggiungersi il fenomeno, ancora sostanzialmente non studiato da noi ⁽³³⁾, della regolazione concentrata su esigenze sociali e di eguaglianza, che pure determina effetti sia sul processo economico che sul contenuto della regolazione in quanto tale.

Il fenomeno è ancora più significativo in relazione alla costante trasformazione del sistema economico ed alla necessità, quindi, per la regolazione di modificarsi ⁽³⁴⁾ ed articolarsi continuamente.

Ancor più significativo è il fatto che, modificandosi la rotta tracciata da un decennio prima dell'introduzione della moneta unica, almeno dalla crisi

³³ Si pensa alla regolazione da parte di agenzie per i diritti civili – che hanno sperimentato nuove forme di regolazione a sostegno dell'inclusione e che da noi trovano referenti possibili sul versante ambientale, sociale, assistenziale, farmaceutico e dell'anticorruzione. Si tratta di una regolazione che, nel Nord America, si è espressa essenzialmente con modelli collaborativi e di incentivo (come avviene da noi per le agenzie regionali per il diritto allo studio); su questi temi, di recente, J. FREEMAN, S. JACOBS, *Structural Deregulation*, cit., e, soprattutto, O.C.A. JOHNSON, *Overreach and Innovation in Equality Regulation*, in *Duke Law Journal*, 66 (2017), 1771.

³⁴ Ne è un esempio la regolazione del sistema bancario e finanziario che, anche in ragione dell'impatto esercitato dalla tecnologia, si modifica costantemente – basterebbe il riferimento alla shadow banking, che genera un sistema ombra di istituzioni finanziarie che operano come banche ma non rientrano nell'ambito della regolamentazione bancaria e che sono state al centro della crisi finanziaria globale e di alcuni episodi di grave stress finanziario. La risposta degli studiosi è stata quella di estendere la regolamentazione bancaria tradizionale alle banche ombra, senza che ciò abbia prodotto alcun risultato (G. V. RAUTERBERG, J. Y. ZHANG, *Shadow Banking and Securities Law*, in *Stanford Law Review*, vol. 77 (2025), 563 che propongono la regolazione sui titoli e non sugli intermediari, analizzando in particolare il mandato e gli strumenti della SEC).

pandemica l'Unione Europea ha iniziato a dare estremo rilievo alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla coesione territoriale ed, in generale, a regole che innescano maggior controllo pubblico del processo economico e, quindi, più significativi poteri (e sistemi di incentivo), con il risultato agevole da prevedere dell'estensione di poteri tipicamente *command-and-control*, di natura inequivocabilmente amministrativa e non agevolmente ascrivibili al perimetro della regolazione eppure caratterizzati da larghi margini di apprezzamento discrezionale.

È spontaneo, quindi, chiedersi se si sia alla fine del tumultuoso processo di emersione della funzione di regolazione e sia necessario – come s'è provato a fare in questa Sezione della Rivista – provare a darne una definizione che si accompagni ad un regime (*the end of the beginig*) ovvero all'imbocco di un ambito indistinto di discipline con oggetti e finalità analoghi, il cui elemento caratterizzante è la crisi della legalità quanto ai poteri pubblici diretti all'intervento e governo del processo economico, tale da rendere irrimediabilmente indistinta la funzione di regolazione, avviandosi verso la sua irrilevanza concettuale (*the biggining of the end*).

SEZIONE II

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

A MO' DI PRIME CONCLUSIONI. SULLA RIFLESSIONE SU POTERE E SITUAZIONI SOGGETTIVE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

FIRST CONCLUSIONS ON ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE POSITIONS

SINTESI

Il presente contributo rappresenta un primo tentativo di riflessioni conclusive a valle del dibattito instauratosi sul nostro scritto *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, II-1 e II-2, Torino, 2020-2023, che è stato ospitato, tra l'altro, nella presente *Rivista*.

ABSTRACT

This paper represents a first attempt to draw conclusions on the debate about the Author's approach on the conception of administrative power and its relation with individual legal positions, as held in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*.

Parole chiave: diritto amministrativo; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo; processo amministrativo.

Keywords: administrative law; administrative power; administrative discretion; subjective juridical positions; administrative procedure; procedure before administrative courts.

INDICE: 1. Profili riepilogativi generali. La struttura procedurale della funzione amministrativa e la corrispondente considerazione delle relative situazioni giuridiche. – 2. La considerazione procedurale della discrezionalità all'interno della struttura normativa della funzione. – 3. Il rapporto tra l'ordine procedurale amministrativo e l'ordine procedurale giurisdizionale. – 4. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione. – 5. Considerazioni sistematiche conseguenti. – 6. Primi profili conclusivi generali.

Introduzione

Il presente contributo rappresenta un primo tentativo di riflessioni conclusive a valle del dibattito instauratosi sul nostro scritto *Potere e situazioni sogget-*

*tive nel diritto amministrativo*¹, che è stato ospitato, nella presente Rivista, nei vari contributi insieme ad una versione in forma sintetica della nostra tesi²; e che è poi continuato, da ultimo nel convegno di Siena organizzato all'interno degli eventi promossi della Rivista stessa³ (di tali spazi e attenzione chi scrive, non serve sottolinearlo, non può che essere particolarmente grato). È nostra intenzione, in questa sede, fornire alcune indicazioni e precisazioni delle posizioni da noi sostenute, scaturite anche in ragione del confronto instauratosi in tali occasioni.

1. Profili riepilogativi generali. La struttura procedurale della funzione amministrativa e la corrispondente considerazione delle relative situazioni giuridiche

La trattazione da noi condotta, nell'arco delle diverse parti che hanno contraddistinto l'elaborazione proposta, è pervenuta alla ricostruzione delle situazioni giuridiche che caratterizzano la posizione del privato rispetto al potere amministrativo, e alla rappresentazione della loro tutela giurisdizionale.

In questo senso, la trattazione effettuata ha rappresentato, come si era ivi avvertito, l'espressione di un'esigenza di complessiva rielaborazione delle categorie all'interno delle quali si muove il diritto amministrativo, al fine di proporre un compiuto reinquadramento dei relativi rapporti, e, conseguentemente, una corrispondente declinazione in ordine alla loro tutela.

In tale prospettiva, si è presentata necessaria una ridefinizione, in primo luogo concettuale, delle categorie teoriche generali in cui il fenomeno delle relazioni amministrative potesse collocarsi. La considerazione del potere nel senso di una situazione soggettiva, e il suo conseguente inserimento nell'ambito di un rapporto, individuato in una tipologia di relazione di pretesa-obbligo, è stato il

1 *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020; II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022; II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, Giappichelli, 2023.

2 Il riferimento è a *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto*, in *questa Rivista*, 2021, 2, p. 359 ss., a cui seguono i saggi di Franco Gaetano Scoca, Vincenzo Cerulli Irelli, Michele Trimarchi ed Enrico Zampetti, che si ringraziano per i loro contributi e per l'attenzione dedicata alla nostra proposta ricostruttiva.

3 Il convegno tenutosi all'Università di Siena il 24 marzo 2025, che ha visto la partecipazione di Gian Domenico Comperti, Massimiliano Bellavista, Alberto Clini, Pierpaolo Forte, Simone Lucatini, Massimo Monteduro, Luca Perfetti, Simone Torricelli ed Enrico Zampetti, a cui pure vanno i nostri ringraziamenti.

punto di partenza da cui la presente ricostruzione ha preso le mosse.

Il passaggio successivo, quello che ha consentito di stabilire compiutamente i termini della nostra impostazione, è stato rappresentato dalla caratterizzazione di tale relazione in senso procedurale, in forza di una visione strutturale della funzione, come farsi della decisione, che viene a connotare in senso corrispondente i relativi rapporti giuridici, che in essa si considerino inclusi.

Si è visto, infatti, come la funzione amministrativa risulti, in via generale, normativamente strutturata su un modello procedimentale fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri di un processo, per come a suo tempo specificati. In questo senso, sotto il profilo soggettivo, è stato rilevato come, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si sia comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto⁴. Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: si prevede la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata⁵.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, viene ad essere dunque strutturato nel senso di un processo che

⁴ Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, cit., I, cap. V, par. 2.1; II-2, cap. III, sez. I, parr. 3 e 3.1.

⁵ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 2.2 ss.

incentra la formazione della decisione sull'accertamento; di una procedura, cioè, volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

La rilevanza del dato procedurale non è stata peraltro intesa quale idonea a conferire un apporto meramente descrittivo alla caratterizzazione del potere amministrativo e del suo esercizio. Essa, al contrario, è stata ritenuta in grado di connotare in maniera conseguente la stessa consistenza dei rapporti giuridici che vengono in questione.

Nel senso descritto, infatti, le relazioni tra entità soggettive, che si rapportano in relazione all'esercizio del potere, siano esse rivolte ad utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, si sono dette assumere comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa. Le situazioni giuridiche soggettive configurabili assumono, in altri termini, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale.

In tal modo, si è potuto sostenere che l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche *procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. Allo stesso modo, l'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo) che nell'ambito del procedimento si esplica individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento. In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, è stata dunque considerata nei termini di un *comportamento procedurale*, rispetto al quale le differenti

situazioni vengono a rapportarsi, e, con esse, anche la relativa validità dell'atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali)⁶.

La struttura normativa della funzione, nel fornire la definizione strutturale delle situazioni giuridiche in questione, risulta inoltre, al contempo, idonea a definire, sulla base del medesimo dato normativo, anche la consistenza delle situazioni stesse.

La circostanza per cui, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si deve infatti ritenere rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleologico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo in via autonoma e diretta⁷. In ciò, si è detto, consiste l'essenza della funzionalizzazione, nella sua commistione tra profilo teleologico e profilo strutturale.

Vi è, in questo senso, l'espressione di un valore procedurale proprio della struttura normativa del modello di produzione, che si accompagna al valore sostanziale consistente nell'attribuzione della definizione della regola di preferenza discrezionale propria della situazione di potere. Entrambi i profili si pongono su un piano normativo, ed entrambi risultano idonei a caratterizzare la consistenza della situazione giuridica di potere, e di quelle che vi si pongono in rapporto.

L'essenza strutturale della funzionalizzazione, a sua volta, consente di ascrivere proceduralmente all'accertamento anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza, pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale. Il modello di accertamento, costituendo, come detto, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve re-

⁶ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 2 ss. e II-2, sez. I, cap. III, parr. 2 ss.

⁷ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, par. 3.4.

putare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero.

Nel momento in cui, in altri termini, risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, si deve ritenere che anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, debbano essere ascritte a tale modello strutturale, appunto in ragione della compresenza, accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa⁸.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è dunque quella per cui deve scindersi l'operatività della regola di preferenza discrezionale sul piano sostanziale e su quello procedurale, giacché, rispetto a quest'ultimo, la regola in questione si deve considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza. In questo modo, essa risulta infatti idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento.

Risulta così a sua volta possibile, senza disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione, che permane sul piano sostanziale, configurare la situazione a rilievo sostanziale (procedurale concreta) quale pretesa rivolta all'utilità finale (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), integrata qualora concretamente sussistenti tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) della fattispecie. In questo modo, la situazione giuridica del privato risulta direttamente correlata al profilo assiologico ad essa corrispondente, cioè al bene della vita individuato nella situazione effettuale idonea a soddisfare l'interesse materiale del soggetto titolare della relativa situazione (la produzione/non produzione dell'effetto)⁹.

⁸ Cfr. ancora ivi, par. 3.6.

⁹ Secondo il rilievo esplicitato da A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 966 ss., su cui si veda *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9. Si è visto ivi, come tale A. abbia cercato di porre al centro il dato assiologico indicato negando cittadinanza alla configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole (secondo l'impostazione della Scuola fiorentina, in particolare nella declinazione di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse*

La rispondenza al dato assiologico, per la via indicata, è avvenuta su un piano essenzialmente normativo, riconoscendosi al modello di produzione proprio della funzione amministrativa, per come ricavabile dalla normativa generale sul procedimento, specifica rilevanza in ordine alla ricostruzione delle situazioni giuridiche coinvolte. Il legame con il profilo assiologico, attraverso l'impostazione proposta, riesce, in altri termini, a porsi anche su un piano normativo, in quanto il dato normativo di riferimento, al fine della configurazione della situazione, non sarebbe soltanto quello sostanziale, ma, come detto, quello

legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 105 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 636 ss.: cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2); questa, infatti, viene a sacrificare, come spiegato, proprio il dato assiologico riferito al soggetto (all'utilità che questi persegue), a fronte del profilo inerente al risultato della garanzia normativa. La configurazione, a tale fine, dell'interesse legittimo quale situazione la cui realizzazione non è assicurata in via normativa, ma acquisisce rilevanza nel corso della funzione, non si è però reputata idonea a sorreggere l'esigenza assiologica rappresentata, finendosi per pervenire, per tale via, nella sostanza, alla considerazione di un'aspettativa rispetto ad una situazione non ancora venuta ad esistenza.

Le medesime logiche della ricostruzione di Romano Tassone (come detto sempre ivi, n. 269) sono state fatte proprie dal Suo allievo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.; nonché, da ultimo, in ID., *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in M. RENNA, R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 115 ss., spec. pp. 130 ss. In particolare, secondo tale A., l'interesse legittimo non sarebbe da collocarsi nell'ambito delle situazioni efficaci, ma rappresenterebbe una situazione di rilevanza. Più nello specifico, si ritiene che sarebbero configurabili due modelli strutturali, quello del diritto, che corrisponde ad un interesse efficace; e quello dell'interesse legittimo, che corrisponde ad un interesse soltanto rilevante. In questa prospettiva, l'interesse legittimo sarebbe allora una situazione di rilevanza, non efficace, che si rapporta non al potere (inteso, cioè, in senso stretto, quale situazione rivolta alla produzione dell'effetto), ma alla funzione (al farsi della decisione, intesa, da parte dell'A., quale espressione unicamente di un'attività discrezionale, per come volta a formare la regola di preferenza): essa tutelerebbe la possibilità che l'interesse sia realizzato, non la necessità della sua realizzazione; non esprimerebbe quindi una pretesa in senso proprio (nella terminologia dell'Autore, un diritto), salvo il caso in cui la discrezionalità sia esaurita con l'esercizio della funzione. Ora, secondo quanto si è avuto modo di spiegare in *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 268 ss., ove la tesi in questione è stata ripresa e compiutamente analizzata, per la via indicata, a ben vedere, al pari di quanto accadeva per la tesi di A. Romano Tassone, non si andrebbe comunque oltre all'evocazione della figura dell'aspettativa. Rispetto a quest'ultima, peraltro, si è evidenziato (sempre ivi) come la dottrina che si è occupata dell'argomento (cfr. A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, UTET, 1987, 465 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, Giuffrè, 2006, 151 ss.) abbia riportato la possibilità di realizzazione dell'interesse, rispetto all'aspettativa stessa, ad espressione del canone generale del rispetto della buona fede: se si tiene presente, allora, che l'evoluzione dottrinale sugli obblighi di protezione ha portato a configurare, anche in caso di mancanza di una prestazione, una pretesa rivolta al corretto esercizio del potere, che può esprimersi nella conservazione e nel ripristino della sequenza procedimentale (cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.1), si comprende come, per tale via, si finisca per configurare una situazione già effettuale, che a nient'altro corrisponde se non alla pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, di cui invece si sarebbe voluto, tutt'al contrario, negare cittadinanza. Non ci pare, quindi, che il percorso ricostruttivo seguito sia idoneo a dare seguito al dato assiologico invocato, in quanto debole ci sembra il dato normativo al quale, quantomeno nella nostra

sostanziale nel suo legame con quello proprio della struttura procedurale attraverso la quale la situazione di potere si deve esprimere.

È, allora, per tale ragione che non può invece venire in rilievo una situazione configurata come pretesa all'utilità strumentale (la possibilità normativa del risultato favorevole, cioè la c.d. *chance* legale, sussistente se fattualmente esistenti gli elementi vincolati della fattispecie), insieme con la considerazione del potere che essa porta con sé¹⁰. Questa, infatti, risulterebbe espressione di un confronto con la discrezionalità che si realizzerebbe su un piano normativo unicamente sostanziale, svalutando il rilievo, sul punto, della struttura processuale del modello di produzione¹¹.

Nella prospettiva proposta, può dirsi dunque assumere effettiva rilevanza la sostanza procedurale dell'attività – a cui, se si vuole, può ascriversi la formula dialogica dell'interesse legittimo, purché in questo senso intesa¹² – quale idonea

concezione dell'ordinamento giuridico, esso dovrebbe ancorarsi.

10 La tesi della Scuola fiorentina, in particolare nella declinazione di L. Ferrara; su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2.

11 Si veda *Potere*, cit., I, cap. III, parr. 4 ss.

12 La formula dialogica dell'interesse legittimo, propria della tesi di F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 25 (su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, parr. 2.1-2.2), contiene infatti in sé, lo si è visto a suo tempo, l'intuizione del rilievo della struttura normativa della funzione (si veda pure ivi, par. 4.2). Tuttavia, da ciò non viene fatta scaturire, come pure si è spiegato, una costruzione della situazione giuridica in rapporto con il potere che si possa reputare ad essa strutturalmente corrispondente, non potendosi ammettere la configurazione di una situazione a strumentalità *indiretta* (o a duplice strumentalità strutturale) rivolta ad un'utilità non garantita.

Il rilievo fondamentale del pensiero dell'illustre A. sull'interesse legittimo risiede, del resto, su un profilo ulteriore rispetto a quello della Sua tesi in sé considerata; risiede, cioè, sulla commistione, storica e teorica che riveste la Sua impostazione (non a caso titolo della Sua opera finale sull'argomento, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017). La prima ricostruzione di F.G. Scoca è stata infatti quella che, pur nell'ambiguità del riferimento alla strumentalità, ha consentito di superare la centralità della legittimità dell'atto propria delle tesi precedenti; l'impostazione dialogica attuale, e il rilievo procedurale dell'interesse legittimo, è ciò su cui invece ci si deve venire necessariamente a confrontare per pervenire ad una ricostruzione della situazione giuridica che si confronta con il potere. In questo senso, si è spiegato da parte nostra come la non risolutività della concezione della strumentalità indiretta, propria del filone ricostruttivo in cui si inserisce la dottrina in esame, è ciò che rischia di tradire, da un lato, qualora non si accetti la configurabilità di una pretesa nei confronti del potere, il sottordimento di una concezione ancora processuale, e non sostanziale, dell'interesse legittimo; ovvero, dall'altro, se invece la configurabilità della pretesa viene accettata, la sua coincidenza con la struttura di una pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, cioè alla *chance* legale (l'impostazione della Scuola fiorentina, su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2). Per quanto concerne, poi, l'impianto dialogico, il rapporto con la sua considerazione è ciò che ha caratterizzato il terreno di confronto delle impostazioni più recenti sull'interesse legittimo: così se si nega la sua rilevanza nella costruzione dell'interesse legittimo, che solo atterrebbe al piano statico di riferimento, e si assume, per tale via, una connotazione prettamente sostanzialistica, del pari assorbendo in essa anche il rilievo dinamico dell'esercizio della relativa situazione, pervenendosi conseguentemente alla costruzione, di nuovo, di una

a caratterizzare le situazioni che si confrontano con il potere. Tale profilo non rimane, infatti, su un piano meramente evocativo, ma si presenta idoneo ad incidere sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive espressione del relativo modello di produzione, evitandone una loro relegazione ad un piano meramente sostanzialistico¹³.

2. La considerazione procedurale della discrezionalità all'interno della struttura normativa della funzione

La discrezionalità amministrativa, nel senso da noi descritto, pur mantenendo intatto il suo carattere sostanziale, si declina quindi in chiave procedurale, e consente di essere vista nella duplicità dimensionale, appunto procedurale e sostanziale, che caratterizza le relazioni che si situano nell'ambito della funzione amministrativa, per come da noi rappresentata. In tal modo, la definizione della regola ad essa afferente partecipa della duplicità dimensionale propria della struttura del modello di produzione in cui trova collocazione, e viene considerata, come si è spiegato, quale già normativamente sussistente sul piano procedurale.

Nel momento in cui, in altri termini, il modello procedurale amministrativo si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si viene a ritenere sussistente un'equiparazione normativa — rivolta, si badi, unicamente al piano procedurale — tale per cui l'attività di ponderazione degli interessi in ordine

pretesa alla *chance* legale (sempre la rappresentazione della Scuola fiorentina, su cui si veda *Potere*, cit., I, ivi, e in particolare il riferimento a L. FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 112 ss.); ancora, se la si rapporta ad un piano di rilevanza, idoneo a configurare, in ragione del suo riferimento assiologico all'interesse finale, una situazione giuridica di rilevanza, essenzialmente coincidente con un'aspettativa positiva o negativa (la tesi di A. Romano Tassone, poi ripresa da M. Trimarchi, forse il più contiguo sviluppo in questo senso dell'impostazione scochiana: cfr., oltre a quanto detto su di essa subito sopra, in nota, ampiamente *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9; nonché *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., pp. 268 ss.); infine, se la si considera quale indice di rilevanza della struttura normativa della funzione, idonea a far assurgere a valore normativo il relativo piano procedurale, fondato sull'accertamento, e, con esso, il riferimento, sul piano procedurale stesso, della pretesa all'utilità finale, costruendosi in tal modo la situazione giuridica del singolo (la nostra ricostruzione). In tale prospettiva, può dirsi dunque che il pensiero di Scoca sull'interesse legittimo ha costituito il punto di arrivo delle tesi precedenti, e il punto di partenza di quelle successive, sull'istituto in esame; e rispetto ad esso, la tensione non risolta tra la strumentalità strutturale sostanziale e il rilievo procedimentale della situazione nient'altro rappresenterebbe se non, in tutta la sua gravità, la stessa problematica propria dell'interesse legittimo (sul punto, cfr. *Potere*, cit., I, par. 2.1, n. 42).

13 Cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, parr. 4.1-4.2, e cap. V.

all'elaborazione del criterio di preferenza verrebbe normativamente ascrivita, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verifica dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico afferente al potere¹⁴.

Il meccanismo tecnico, attraverso il quale è possibile avere tale risultato, è quello per cui la regola di preferenza discrezionale si considera già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello della dimensione prettamente sostanziale. La circostanza che la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, sul solo piano della rilevanza procedurale, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verifica rispetto ad una regola assunta come già definita.

In questo senso, la distinta operatività di una situazione effettuale (quella afferente alla regola di preferenza discrezionale, propria della fattispecie del potere), sul piano procedurale e su quello (prettamente) sostanziale, è il carattere ricostruttivo su cui si fonda la nostra impostazione, possibile in ragione del riconoscimento della duplicità dimensionale che, sul piano normativo, viene conferita, sotto tale profilo, al modello di produzione proprio della funzione amministrativa.

Il fenomeno descritto in ordine all'operatività della situazione effettuale non è, del resto, sconosciuto nell'ottica processuale generale, e in particolare in quella del processo giurisdizionale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale: è questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rileva-

¹⁴ Cfr. ancora *Potere*, cit., I, cap. V, par. 3.6.

bile d'ufficio dal giudice)¹⁵. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo: si considera, in altri termini, che il piano di rilevanza processuale è scisso da quello sostanziale, e da ciò si fanno derivare le relative conseguenze¹⁶.

La scelta di valore effettuata dall'ordinamento risulta così, in definitiva, idonea a tenere distinti, sotto il profilo che viene in rilievo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale con riferimento all'ambito dell'attività amministrativa. La struttura normativa della funzione si determina, cioè, nel fornire una distinta rilevanza al piano procedurale rispetto a quello sostanziale, la quale, in questi termini, si pone all'interno di una specifica e corrispondente visione della dinamica giuridica¹⁷.

15 L'eccezione in senso stretto è, infatti, un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale, anche sul piano processuale; come tale, essa si è detta distinguersi sia dall'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio (rispetto alla quale si ricadrebbe nella più generale problematica dell'allegazione dei fatti e del relativo onere di provarli), sia dall'eccezione costitutiva (la quale individua, nell'ambito delle eccezioni in senso stretto, l'eccezione diretta ad attribuire rilevanza a fatti che non sono autonomamente produttivi di effetti giuridici; e rappresenta, come tale, un potere processuale dal cui esercizio scaturisce la costituzione del dovere del giudice di attuare la modificazione giuridica richiesta). L'eccezione in senso stretto (non costitutiva) è dunque il corrispettivo, a piano processuale e piano sostanziale invertiti, di quanto si viene a verificare, nella nostra ricostruzione, in ordine alla regola di preferenza discrezionale nella fattispecie della situazione giuridica di potere. In proposito sia consentito, su tale istituto, rimandare a *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.4, n. 310; II-1, cap. II, par. 9.1, n. 286; ivi i relativi riferimenti.

16 La nostra tesi rappresenta, cioè, una diretta conseguenza della scissione tra piano di rilevanza sostanziale e piano di rilevanza processuale delle situazioni giuridiche, presente nella generale considerazione del diritto a partire dall'elaborazione della concezione dell'azione quale situazione autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa collegata (sul punto, si può rinviare a *Potere*, cit., I, cap. II, sez. II, par. 3, nel testo e in nota). Una volta, dunque, accettate le premesse da cui la tesi muove, della consistenza procedurale della funzione amministrativa, e del rilievo normativo che si collega alla corrispondente scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, risulta del tutto consequenziale accedere alla nostra considerazione della discrezionalità, e scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale tra piano sostanziale e piano processuale. In tale prospettiva, in effetti, negare cittadinanza alle premesse concettuali della nostra tesi, e così alle sue conseguenze, sarebbe possibile, ma solo negando lo stesso dualismo tra diritto sostanziale e diritto processuale; seguendosi un'impostazione che, seppur in passato autorevolmente avanzata (è questa la ricostruzione, non serve ricordarlo, di S. Satta), non ha mai ricevuto positivo riscontro.

17 La visione indicata muove direttamente dalla considerazione del rapporto tra diritto e potere (su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. II, sez. II, parr. 1 ss.; cap. III, parr. 1 ss.), per come idoneo a rappresentare, nella sua evoluzione, il rapporto tra statica e dinamica giuridica. In questo senso, volendo riprendere il discorso a suo tempo effettuato e portarlo ad un livello ulteriore, si può considerare che il passaggio, da una concezione del potere ricondotto all'alveo del diritto soggettivo, quale elemento concorrente alla definizione di tale situazione giuridica, ad una situazione giuridica autonoma, rispetto alla quale è lo stesso concetto di diritto a non fornire una precisa specificazione concettuale, nient'altro rappresenta se non il passaggio da una concezione del diritto oggettivo fondato su un profilo di rilevanza essenzialmente statico, ad

Nella prospettiva indicata, infatti, una volta riconosciuto il rilievo autonomo della situazione di potere, e quindi incentrato l'ordinamento nella chiave dinamica costituita dalla rilevanza di una situazione giuridica corrispondente alla modalità deontica (obbligo/facoltà) di un atto precettivo, ne scaturisce che il medesimo piano dinamico acquisisce rilevanza in sé considerato, venendo a ricevere attribuzione un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e il profilo procedurale che ad esso si collega. La scissione dei piani di rilevanza, che di tale considerazione della realtà giuridica è conseguenza, fa sì, a sua volta,

una concezione del medesimo in chiave, invece, sostanzialmente dinamica. Più nello specifico, può dirsi che la contrapposizione in questione nasce dall'ambiguità che il concetto di diritto soggettivo riveste in ambito pandettistico, in ragione della contrapposizione tra il significato da esso assunto nella chiave ideologica dell'epoca rispetto alla necessità di un suo inquadramento all'interno di categorie giuridiche di carattere teorico-generale. Si assiste così, lo si è visto a suo tempo, ad elaborazioni del tutto contrapposte tra loro, ove il termine diritto poteva escludere le situazioni di carattere creditizio, o a ricomprendere, tutt'al contrario, unicamente situazioni di carattere potestativo (quindi, poteri in senso proprio); conseguentemente si è detto venirsi a delineare il concetto di potere, e la difficoltà nell'acquisire una propria autonomia concettuale. La scomposizione delle relazioni giuridiche in situazioni di carattere elementare (pretesa/obbligo; facoltà/non pretesa), e la considerazione di situazioni composite formate da una pluralità di situazioni elementari, ha consentito un inquadramento dei rapporti giuridici tali da conferire piena cittadinanza al potere quale situazione soggettiva, quale modalità deontica di un atto precettivo, nei termini chiariti. Ma, come pure si è ivi considerato, tale operazione non è frutto unicamente di un maggior rigore concettuale, idoneo a consentire una più precisa ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive; esso rappresenta, piuttosto, l'adesione ad una precisa visione del diritto oggettivo, fondato su un modello di rilevanza in chiave essenzialmente dinamica, nei termini di seguito indicati.

Nella prospettiva rappresentata, è infatti possibile delineare un modello giuridico fondato su una rilevanza statica del diritto, ove il diritto soggettivo è quello regolato da una norma bilaterale già data, rispetto alla quale il potere è relegato nell'irrilevante giuridico. Conseguenza diretta di ciò è la piena cittadinanza, in tale visione, del concetto di diritto latente, e, quindi, della concezione del potere di Piras (su cui si veda ampiamente *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.1). Esclusa, infatti, la rilevanza del potere nel senso descritto, potrebbe convenirsi con A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 192 ss., n. 183, che "l'essenza formale, se non anche la struttura" del diritto soggettivo e delle situazioni giuridiche soggettive di potere sarebbe la medesima, essendovi per entrambe una prevalenza già attuata dell'interesse che costituisce il substrato di fatto della qualificazione normativa, "prevalenza che nell'un caso si attua mediante la definizione della posizione di un soggetto rispetto a un *bene* normativamente predeterminato, mentre nell'altro si realizza attraverso la produzione stessa, da parte della norma, del *mutamento giuridico*, di cui il titolare del potere è lasciato libero di scegliere se avvalersi o meno": così come l'atto di esercizio di un diritto, anche l'atto di esercizio di un potere non atterrebbe, dunque, al piano della produzione di effetti giuridici, ma sarebbe qualificabile solo come manifestazione della facoltà di disporre del fine tutelato con l'attribuzione della situazione di potere.

La visione 'statica' del giuridico non è tuttavia quella che è risultata prevalere nell'attuale concezione dell'ordinamento. In questo senso, può dirsi che il modello ricostruttivo adottato sia passato da una chiave essenzialmente statica, dell'assoluta centralità del diritto, ad una sostanzialmente 'dinamica', ove centrale è la considerazione del potere. Più precisamente, sotto tale profilo, può rilevarsi come non vi sia mai stata, in effetti, una piena considerazione di un modello logico-giuridico in chiave di rilevanza prettamente statica, così come non si è del pari assistito neppure ad una considerazione di un modello logico in chiave di rilevanza prettamente dinamica; è stata, piuttosto, proprio la non compiuta attuazione dei relativi modelli logici, nell'un senso o nell'altro, a rappresentare il substrato concettuale su cui si è mossa l'evoluzione

che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, possa essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale¹⁸.

Nella maniera descritta, il modello procedurale, e la relativa attività, non si pongono dunque in chiave determinativa rispetto alla definizione della scelta sulla produzione o meno dell'effetto precettivo, ma vengono ad essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento¹⁹. L'attività di definizione della regola, sul medesimo piano procedurale, cor-

della teoria generale del diritto sotto il profilo in esame. Senza necessità di riprendere quanto già ampiamente rappresentato, nel corso dell'intera trattazione, in ordine a tali aspetti, e alle correnti dottrinali che nella relativa evoluzione si inseriscono (si veda diffusamente *Potere*, cit., I, *passim*), può evidenziarsi, in ogni caso, come risulti a questo punto evidente che lo stesso concetto di interesse legittimo sia rappresentativo del passaggio dall'un modello all'altro: ed infatti, in una concezione originariamente statica della rilevanza giuridica, la norma rappresentava una regola bilatera, regolatrice il diritto, mentre il potere era il movimento libero di questo, a fronte del quale nessun rapporto poteva conseguentemente assumere rilevanza; rispetto a tale scenario, l'introduzione della giurisdizione di annullamento creò però una rigidità oggettiva, che rilevava in ordine al movimento del potere, pur non ancora portando all'emersione un rapporto di tipo soggettivo (salvo non adottare una visione istituzionista dell'ordinamento); l'evoluzione successiva, della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, rappresenta l'evoluzione della rigidità oggettiva in rapporto intersoggettivo, sulla base di una visione dell'ordinamento in chiave di rilevanza dinamica, con l'emersione, quindi, nell'ambito del rilevante giuridico, di rapporti pretesa-obbligo, in cui l'interesse legittimo viene a trovare riscontro; in tale prospettiva, il potere si risolve quindi in questo rapporto, e in esso assume la propria giuridicità.

La chiave di rilevanza dinamica dell'ordinamento, intesa nel senso descritto, è così, come detto di seguito nel testo, ciò che porta ad attribuire un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e al profilo procedurale che ad esso si collega. In una considerazione, infatti, del modello di rilevanza dell'ordinamento in chiave dinamica, non può non ammettersi che la struttura della funzione rivesta centrale rilevanza per l'attribuzione di particolari conseguenze, sul piano normativo, alle posizioni rispetto ad essa coinvolte; da ciò, è possibile quindi muovere in ordine al suo rilievo al fine di incidere sulla struttura stessa della situazione di potere, nei termini da noi rappresentati.

¹⁸ Si comprende, in questi termini, come solo in tal modo, solo, cioè, scomponendo i due piani di rilevanza, sostanziale e processuale, sia possibile concepire una situazione già effettuale ma non operativa, così come proposta nella tesi di Piras (già ricordata nella nota precedente), senza per questo incorrere alle obiezioni che alla tesi stessa sono state mosse, relative all'impossibilità di considerare, rispetto al potere, un effetto già prodotto ma non operativo (su cui cfr. *Potere*, cit., I, ivi), in un modello del giuridico a rilevanza dinamica (cfr. la nota precedente). In quest'ultimo, infatti, l'unico modo di accedere a tale ricostruzione è risolvere la duplicità in questione nella distinzione dei due piani di rilevanza giuridica (si noti, solo per inciso, che, nella tesi di Piras, l'effetto a cui si fa riferimento è quello riconducibile al potere, come creazione/incisione di una situazione finale; mentre, nella nostra ricostruzione, a venire in rilievo è la regola di preferenza discrezionale, quale norma che definisce la fattispecie dell'effetto creativo/incisivo di una situazione finale; ma, ad ogni modo, la tipologia di correlazione è quella indicata).

¹⁹ La considerazione da noi assunta di un modello procedurale di accertamento può, infatti, essere meglio compresa, sotto il suo profilo oggettivo, attraverso un suo confronto con il diverso modello procedurale di tipo *determinativo* (la questione era stata affrontata in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.2). In quest'ultimo modello, si assume la necessità di produzione o meno dell'effetto precettivo, oggetto della procedura, che si venga a determinare (e non semplicemente ad accertare) a seguito dei singoli passaggi procedurali, che dunque vengono ad

risponde, in questo senso, ad un accertamento, sia pure, per così dire, discrezionalmente complesso, da parte dell'organo precedente a ciò deputato.

Del pari, di fronte ad un organo di revisione della decisione, che appartiene ad un ordine procedurale differente da quello che la decisione ha adottato, o a cui comunque non è attribuita la definizione della regola, il carattere sostanziale della discrezionalità viene a declinarsi, sempre sul piano procedurale che caratterizza l'azione dei differenti organi in questione, quale limite procedurale all'accertamento, che può essere superato nei termini in cui la regola venga definita nel corrispondente piano procedurale, ammissibile proprio in ragione della consistenza della situazione giuridica, nella duplicità dimensionale che la caratterizza²⁰.

Il concetto di 'staticizzazione' della regola di preferenza discrezionale²¹,

essere costitutivi non unicamente della fattispecie dell'effetto, ma della fattispecie dell'obbligo di produrre l'effetto stesso. Nel modello di accertamento, invece, vi è una situazione giuridica assunta come già esistente all'apertura della procedura, la quale deve essere soltanto oggetto di verifica da parte dell'organo procedente, attraverso adempimenti che concernono le modalità procedurali di esercizio della situazione stessa. Il modello determinativo è quello che viene comunemente collegato ad un'attività di carattere discrezionale (cfr. ancora i riferimenti in *Potere*, cit., I, ivi; tale modello si ritrova, inoltre, delineato in M. TRIMARCHI, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 115 ss., spec. pp. 127 ss., ove la decisione viene considerata espressione unicamente di un'attività discrezionale che forma la regola di preferenza). Il modello di accertamento, invece, viene accostato ad un'attività di tipo vincolato, soggetta a verifica. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni volte a presentare una commistione dei due modelli, in ragione della considerazione di entrambe le attività.

Rispetto a tale rappresentazione, deve tuttavia evidenziarsi che la correlazione descritta, e con sé l'eventuale commistione di modelli, ha carattere unicamente funzionale, non logico. Non è infatti logicamente in sé contraddittorio considerare, a fronte di un'attività vincolata, un modello procedurale determinativo, tale per cui l'obbligo di produrre l'effetto precettivo si viene a determinare con la decisione (è, questa, una particolare considerazione, prettamente procedurale, dell'azione concreta, come tale non idonea ad essere considerata quale situazione a rilievo sostanziale da porre ad oggetto del processo giurisdizionale, di accertamento). Del pari, è possibile logicamente considerare un modello di accertamento a fronte di un'attività discrezionale, attraverso il meccanismo da noi proposto nel corso della trattazione, e poco sopra descritto, nel testo; e può così conseguentemente ritenersi che, ogniquale volta l'ordinamento predisponga un modello di produzione fondato sull'accertamento, tutte le attività vengano ad esso ricondotte, in ragione della scelta di valore che, per tale via, viene effettuata dall'ordinamento stesso.

20 Si veda *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 3.6 ss.; II-1, cap. II, parr. 9 ss.

Più nello specifico, può dirsi che, in una differente realtà procedurale rispetto a quella di appartenenza, quale quella del processo giurisdizionale, la situazione oggetto dell'accertamento, la quale viene in rilievo (non può che venire in rilievo) mantenendo intatte entrambe le dimensioni di rilevanza giuridica, è conosciuta dall'organo decidente corrispondente (il giudice) quale effettuale nella realtà procedurale di appartenenza, ma la cui cognizione non è consentita rispetto alla parte di fattispecie non staticizzata. La limitazione è riferita quindi solo alla cognizione del giudice, ma non concerne l'operatività della regola (sul piano procedurale); ne consegue che la limitazione stessa viene corrispondentemente intesa come processuale (e come tale superabile nei modi corrispondenti): cfr. subito *infra*, al par. successivo.

21 Nel corso della trattazione da noi effettuata si era avuto modo di distinguere, in maniera essenzialmente descrittiva, al fine di rappresentare il rapporto tra discrezionalità ed

per come da noi definito, si risolve dunque, in questo senso, in un accertamento rispetto ad una realtà normativa già effettuale in ragione della sua rilevanza sul piano procedurale, che ha quale conseguenza quella di rendere operativa la norma stessa (e quindi il fatto rispetto alla norma) anche sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale proprio della situazione giuridica di potere²².

3. Il rapporto tra l'ordine procedurale amministrativo e l'ordine procedurale giurisdizionale

La caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferente, nel senso rappresentato, comporta che realtà amministrativa e realtà giurisdizionale costituiscano due ordini di funzioni, le quali si presentano entrambe normativamente caratterizzate da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni rappresentate.

In tale prospettiva, vi è quindi un rapporto tra due ordini strutturalmente procedurali. Vi sarebbero, cioè, due ordini procedurali differenti, tra loro, al-

accertamento processuale del giudizio amministrativo, tra rapporto pretesa-potere di tipo statico, di tipo 'staticizzato' e di tipo 'dinamico: nel primo la discrezionalità è estranea all'accertamento, e la pretesa ha ad oggetto, conseguentemente, la possibilità normativa del risultato favorevole (l'impostazione della Scuola fiorentina, esposta in *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2); nel secondo la discrezionalità è oggetto di accertamento, una volta 'spesa', e quindi 'staticizzato' il corrispondente elemento nella fattispecie della situazione giuridica di potere, e corrispondentemente in quella della relativa pretesa; nel terzo si ha la medesima ricostruzione che si riscontra nel secondo, con la differenza che la discrezionalità deve necessariamente esaurirsi in giudizio (cfr., sul punto, *Potere*, cit., I, cap. III, parr. 8.2, 8.3 e 9). Si era pure rilevato come l'elaborazione dottrinale – ed essenzialmente anche il dato normativo, con il riferimento, da parte dell'art. 31, co. 3, c.p.a., all'esaurimento della discrezionalità – propendesse o presupponesse la seconda rappresentazione, senza tuttavia riuscire a fornirle un fondamento giustificativo convincente. Proprio tale profilo è ciò che può trovare riscontro nella nostra ricostruzione, la quale, per tale via, è idonea a conferire valore concettuale ai termini, altrimenti come detto soltanto descrittivi, di rapporto 'staticizzato' e di 'staticizzazione', quali rappresentativi di un rapporto pretesa-obbligo rispetto ad un potere e ad un modello di produzione che si caratterizzano in chiave processuale di accertamento: in particolare, la loro declinazione tecnica è quella che riceve espressione nel senso descritto subito di seguito, nel testo e in nota.

22 La staticizzazione rappresenta, cioè, l'esito dell'attività, compiuta dall'Amministrazione nel procedimento, attraverso la concreta definizione della regola di preferenza (cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 5 ss.), ovvero dal giudice nel processo giurisdizionale, in ragione dell'attività processuale dell'Amministrazione corrispondente alla concreta definizione della regola di preferenza (cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 9.3, nel testo e in nota, spec. n. 334), che si sostanzia nel contenuto della relativa decisione. Detta attività, in ragione della considerazione normativa già effettuale della regola di preferenza, per come operativa sul piano procedurale, si qualifica come attività di accertamento, e corrispondentemente dichiarativo risulta il contenuto della decisione; la quale, a sua volta, ha la conseguenza di rendere operativa sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale della situazione giuridica di potere la regola di preferenza la cui rilevanza viene considerata normativamente già effettuale sul piano della dimensione procedurale della situazione stessa.

trettanto proceduralmente, collegati²³. In questo senso, sul versante procedurale, il rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine. La differenza è che in merito a quest'ultimo, il raccordo si esprime necessariamente in maniera interna e diretta, tale per cui esso è risolto, non potrebbe che essere risolto, in seno all'ordine stesso, che correlativamente si presenta in maniera unitaria; in relazione, invece, al rapporto tra ordini differenti, il raccordo si esprime in diversa maniera, e può esplicarsi in vario modo e

²³ In generale, il rapporto tra ordini procedurali non è un fenomeno sconosciuto nel nostro ordinamento. È possibile, infatti, che vi siano ordini processuali differenti che presentino tra loro un collegamento, più o meno compiuto, l'uno con l'altro. Tale collegamento si esprime attraverso un mezzo di raccordo, idoneo ad evitare un contrasto tra la decisione espressa in un ordine di accertamento rispetto a quella espressa da un altro (un mezzo d'impugnazione in senso tecnico). Peraltro, va aggiunto, non sempre un compiuto sistema di raccordo è presente, causando appunto un possibile contrasto tra decisioni: sotto tale profilo, può evidenziarsi come, tra ordini procedurali espressione di un accertamento, il mezzo idoneo a mettere direttamente in discussione il provvedimento di accertamento, espressione di un particolare ordine, sia sempre un'impugnazione di carattere straordinario, che ponga in connessione la decisione dell'ordine recessivo (o parzialmente recessivo, sotto taluni profili) con quello superiore, il quale per tale via esprimerà una sua decisione, compiutamente o parzialmente sostitutiva (qualora invece l'impugnazione fosse ordinaria, saremmo all'interno dei gradi del medesimo ordine, che complessivamente esprime un unico provvedimento di accertamento; ferma ovviamente la corrispondenza non biunivoca, nel senso che nulla vieta mezzi di impugnazione straordinari, all'interno di un ordine procedurale, che non facciano riferimento ad un ordine procedurale ulteriore); se il mezzo di raccordo in questione manca, si può verificare un contrasto di decisioni, la cui risolvibilità è data, essenzialmente, dalla presenza di un mezzo di impugnazione, anch'esso di carattere straordinario, ma 'indiretto', cioè un mezzo di impugnazione presente nell'ordine procedurale recessivo, e attivabile attraverso una situazione di carattere processuale che si formerebbe a seguito della decisione di accertamento adottata nell'ordine procedurale superiore; in mancanza anche di tale mezzo di raccordo, e salve possibilità di specifiche eccezioni all'effetto di accertamento, il contrasto può permanere, non essendo risolutive altre modalità di collegamento.

In proposito, si pensare, ad es., al rapporto tra ordine giurisdizionale nazionale e ordini giurisdizionali europei, rispetto al quale in *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss., si è da noi posto in correlazione il sistema di ordini sovranazionali con quello dei rispettivi ordini giudiziari, e si è sottolineato come le modalità attraverso le quali i differenti ordini giudiziari trovano collegamento possano essere diverse (si pensi ai differenti modelli di raccordo, quali il rinvio pregiudiziale ovvero il ricorso successivo al giudicato, propri del rapporto tra giudice nazionale e giudice UE, da un lato, e giudice nazionale e giudice CEDU, dall'altro), rappresentando diversi gradi di integrazione tra gli ordini giudiziari stessi (e, conseguentemente, tra i vari ordini sovranazionali). In particolare, sotto tale profilo, non vi è, né con l'ordine del giudice UE, né con quello CEDU, un mezzo di raccordo che possa garantire l'effettiva preminenza dell'ordine procedurale sovranazionale su quello nazionale: non vi è, infatti, né un mezzo di impugnazione 'diretto', idoneo a mettere direttamente in discussione la sentenza; né, almeno in via generale, un mezzo 'indiretto', cioè, come detto, attivabile solo a seguito di un contrasto della decisione sovranazionale con il giudicato nazionale (è questa l'ipotesi a cui si fa riferimento quando si discute dell'introduzione di un motivo di revocazione specifico per violazione del diritto UE o del diritto CEDU, attualmente limitato, al di fuori della materia penale, a quanto previsto, per le sole sentenze CEDU, dall'art. 391 *quater* c.p.c., di cui è peraltro discussa l'applicabilità alle sentenze del giudice amministrativo); il contrasto può quindi permanere, non essendo risolutive altre modalità di

secondo varie possibilità (oltreché non presentarsi sempre in maniera compiuta)²⁴.

Nello specifico, il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale assume una generale considerazione procedurale nel senso descritto, seppur nei termini del rilievo sostanziale dei rapporti che vengono in questione, idoneo, in quanto tale, a porre in maniera specifica la relazione fra le due funzioni. In questo senso, si è considerato come la situazione giuridica del privato, configurata nel senso di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, venga ad essere posta ad oggetto del giudizio nel suo rilievo sostanziale, ma mantenendo intatto il suo carattere procedurale²⁵.

La caratterizzazione appena ricordata comporta, come pure si è spiegato, che la declinazione del processo amministrativo, nell'attuazione dei differenti istituti processuali, venga a configurarsi di conseguenza, mantenendo la rilevanza di entrambe le dimensioni, ognuna nei termini che le sono propri.

In particolare, in senso corrispondente è stata letta la proposizione della domanda, e il conseguente rapporto tra azione di annullamento e azione di condanna ad un *facere*. Queste sono state considerate in maniera unitaria, e con la prima strumentale alla seconda, appunto nel raccordo del piano procedurale a quello sostanziale, per come fondato sulla doverosa attuazione di un comportamento, procedurale anch'esso²⁶.

La situazione giuridica a rilievo sostanziale, in ragione del suo carattere procedurale, viene dunque ad essere posta ad oggetto del giudizio, nella sua

collegamento, come il rinvio pregiudiziale, se questo non può essere in ogni caso garantito nel suo effettivo espletamento (al contrario, se questo fosse invece garantito, si dovrebbe avere o un rinvio automatico che può sempre evitare la formazione del giudicato, o un mezzo straordinario di impugnazione per il caso in cui il rinvio, non automatico, non sia stato effettuato).

²⁴ Si veda quanto detto alla nota precedente.

²⁵ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II.

²⁶ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 4, 5 e 5.1. In questo senso, si è detto che l'azione di annullamento rappresenta, essenzialmente, il mezzo che pone in comunicazione P.A. e giudice amministrativo con riferimento ai rispettivi ordini procedurali, quale idonea a mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto impugnato, e a farne venir meno i relativi effetti; per tale via, essa si presenta in maniera del tutto strumentale alla condanna (rispetto alla quale, e all'esigenza di tutela di cui si fa nel caso concreto portatrice, gli effetti dell'annullamento devono poter anche essere, se del caso, modulati). L'azione di condanna ad un *facere* è ciò che, invece, pone i rapporti tra P.A. e giudice amministrativo nel rilievo sostanziale della relativa situazione giuridica, strutturando corrispondentemente l'oggetto del giudizio e i relativi istituti.

Peraltro, come pure si è visto (*Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 5.1, n. 117), nulla vieterebbe di strutturare, da parte del legislatore, le corrispondenti azioni in maniera integrata e unitaria, così riconducendo l'impugnazione dell'atto, e le sue conseguenze, alla disciplina di un'unica azione.

consistenza di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, in ragione di quanto si è spiegato²⁷. Allo stesso modo, nel senso descritto è stata rappresentata la declinazione dei vari istituti processuali, con riferimento ai profili oggettivi (situazioni ricomprese nell'oggetto del giudizio)²⁸ e soggettivi (le parti del giudizio)²⁹.

La discrezionalità, che può caratterizzare la situazione di potere, si inserisce del pari in una corrispondente caratterizzazione procedurale, nel senso che si è spiegato, rappresentando un limite processuale all'accertamento giudiziale. Più precisamente, essa viene ad essere considerata, sempre sotto il profilo procedurale, un limite alla cognizione del giudice sugli elementi della fattispecie della situazione oggetto della domanda giudiziale, non invece un limite all'ammissibilità di una domanda sulla pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto³⁰. L'oggetto del giudizio è quindi comunque la pretesa a rilievo sostanziale, ma il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nell'accertamento della fattispecie corrispondente alla definizione della discrezionalità non esaurita.

Il sindacato giudiziale, rispetto alla decisione amministrativa discrezionale, si pone in corrispondenza del carattere appena indicato, per come correlato all'eshaustività propria della decisione stessa³¹. In questo modo, nei termini a suo tempo spiegati, si declina un sindacato confutatorio, non invece sostitutorio, rispetto alla decisione³².

L'oggetto della dichiarazione giudiziale, in relazione all'attività discrezionale, segue la medesima caratterizzazione. L'oggetto dell'accertamento è, infatti, comunque la situazione giuridica, ancorché questa possa, in ragione del rilievo della sua dimensione sostanziale rispetto al limite cognitorio di carattere procedurale proprio della discrezionalità, essere accertata in maniera parziale³³. L'esecuzione della portata precettiva della sentenza, del pari, deve rapportarsi a tale situazione, per come, eventualmente, parzialmente 'staticizzata'³⁴.

La rappresentazione, che si è appena fornita in ordine alla declinazione del giudizio amministrativo, può trovare, anch'essa, uno specifico parallelismo,

27 Come ricordato, subito sopra nel testo e alla nota precedente, attraverso l'azione di condanna ad un *facere*. Vi sono, tuttavia, taluni casi, in cui ciò avviene attraverso un'azione di mero accertamento: cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 6 ss.

28 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.2 e 8.3.

29 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.4.

sotto vari profili, ponendo in rapporto la relazione tra ordine procedurale amministrativo e l'ordine giurisdizionale con quella relativo ai gradi dell'ordine procedurale giurisdizionale.

In primo luogo, per quanto concerne l'oggetto del giudizio, l'integrazione dell'azione di annullamento con quella di condanna ad un *facere*, nel giudizio amministrativo, pone in primo piano il ruolo, a tal fine, dei motivi di ricorso, il cui rilievo si ritrova, in maniera analoga, anche in ordine al rapporto tra giudi-

In proposito, con riferimento alla specifica questione concernente i cointeressati in giudizio, non ci pare siano condivisibili i rilievi che, seppur indirettamente, ci sono stati posti da G. TROPEA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 3 ss., spec. pp. 44 ss., per cui nella nostra ricostruzione non si innoverebbe di molto in materia di parti e di intervento, con riferimento ai cointeressati. Nella sostanza, secondo l'A., perché il giudizio possa essere compiutamente 'sul rapporto', i cointeressati dovrebbero essere processualmente considerati parti necessarie; si richiama, a tal proposito, l'insegnamento di Piras, che appunto li inquadrava in questo senso; poiché, tuttavia, la disciplina codicistica non dispone nella medesima direzione, il giudizio rimane a metà tra giudizio 'sull'atto' e giudizio 'sul rapporto', e l'unica possibilità rimane quella di valorizzare le forme di intervento, quale l'intervento *iussu iudicis*. Ora, rispetto a tale rappresentazione, non si condividono invero le premesse da cui muove, e, conseguentemente, le relative conclusioni. In primo luogo, si deve partire dal rilievo che rispetto al riferimento ad un giudizio 'sul rapporto' si devono specificare i termini del rapporto stesso, rischiando altrimenti di rimanere, il riferimento in questione, una formula vuota. Nella ricostruzione di Piras (su cui *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.1), come visto a suo tempo, la particolare considerazione del potere, quale scelta di fruizione di un effetto già prodotto, consente di far coincidere il rapporto inteso quale situazione giuridica finale con il rapporto considerato come situazione che invece si relaziona con l'esercizio del potere; in tale ipotesi, il riferimento alla situazione giuridica finale consente, del tutto coerentemente, di considerare i cointeressati parti necessarie del giudizio (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, Giuffrè, pp. 194-195). Se, tuttavia, una tale ricostruzione del potere non si accetta (e, non serve a questo punto ripeterlo, una ricostruzione di questo tipo, intesa rigorosamente nel suo senso tecnico, non ha trovato pressoché condivisione: cfr. ancora *Potere*, cit., I, ivi), allora si deve ammettere che la situazione che si pone in rapporto con il potere non ascrive a sé anche la situazione finale; conseguentemente, è in relazione alla prima che deve essere indagato il problema delle parti (l'unica alternativa, infatti, sarebbe quella di porre ad oggetto direttamente la situazione finale, il che tuttavia nel nostro caso è comunque escluso, corrispondendo quest'ultima ad un diritto soggettivo; si noti, ad es., come, nel processo civile, S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 414 ss. e 455 ss., consideri oggetto del giudizio di impugnazione, di delibere assembleari o di contratti plurilaterali, appunto la situazione finale incisa dal potere, e da ciò coerentemente fa scaturire l'esigenza del litisconsorzio c.d. unitario – volontario, cioè, nella sua instaurazione, ma necessario nella relativa trattazione – e l'estensione degli effetti della sentenza). Ora, con riguardo ad un giudizio avente ad oggetto la situazione che si rapporta con il potere amministrativo nei termini da noi accolti, si è avuto modo di spiegare che, mentre per i controinteressati la relazione, intesa in termini procedurali, di opposto contrario con la situazione fatta valere dal ricorrente, consente di estendere l'oggetto del giudizio anche alle loro situazioni giuridiche, nei limiti della relazione stessa, ciò non si verifica invece per i cointeressati, ove la relazione si pone in termini di omogeneità, rilevando quindi solo sotto il relativo profilo sostanziale. In tale prospettiva, i cointeressati sono nella condizione di creditori in solido rispetto alla prestazione dell'Amministrazione, con le conseguenze che da ciò discendono nell'esclusione della loro qualità di parti necessarie (anche se la prestazione è indivisibile: cfr. S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., pp. 549 ss.), della necessità di proporre ricorso (sopperita, al limite, dall'intervento volontario nei termini corrispondenti, ai

zio di primo grado e giudizio di appello.

Si è detto a suo tempo, infatti, come, nel giudizio amministrativo i motivi specifici di impugnazione fanno riferimento all'allegazione degli elementi di cognizione del giudice, non all'oggetto del giudizio, e, in questo senso, concorrono nella natura strumentale dell'azione di annullamento rispetto a quella di condanna ad un *facere*, concernendo l'ammissibilità della domanda composita sulla situazione oggetto del giudizio³⁵. Allo stesso modo, nel rapporto tra primo grado e appello giurisdizionale, l'accesso al giudizio successivo è mediato dai

sensi dell'art. 28, co. 2, c.p.a.), e nella mancanza di estensione dell'accertamento proprio del giudicato (ancora, S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*). Sul punto, si veda quanto detto in *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.3, n. 239, e par. 8.4, nel testo e alle nn. 244 e 255, ed ivi anche i relativi riferimenti.

30 Come ampiamente rappresentato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. I, par. 4.3, non può stabilirsi a priori se il limite della discrezionalità non esaurita, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., faccia riferimento all'ammissibilità o al merito della domanda (con un'inversione che cercherebbe di ricavare il dato sostanziale da quello processuale); la definizione, nell'uno o nell'altro senso, deriva invece dai caratteri che si attribuiscono alla situazione giuridica posta ad oggetto della condanna ad un *facere*. In questo senso, rispetto alla nostra ricostruzione, essa si viene a rapportare al merito dell'accertamento.

31 Su cui si veda *Potere*, cit., I, cap. V, par. 7, e *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 9.3.

Sul punto, va peraltro ricordato come la circostanza che la decisione si presuma in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-astratto, nel senso che non comporta, in sé, che sussista necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti. Vi può essere un obbligo in tal senso, il quale può essere, ma può anche non essere, sanzionato con l'illegittimità dell'atto (in sé, qualora, cioè, ovviamente, non influisca sul contenuto della decisione, che, altrimenti, l'illegittimità deriverebbe da tale profilo; si pensi alle questioni assorbite). Vi possono essere, del resto, questioni che, quale loro natura, non possono essere prese in considerazione, in ragione dell'accoglimento/rigetto di un'altra questione (assorbimento in senso proprio).

La circostanza, quindi, che l'accertamento è prefigurato dalla legge come compiuto sulla base della ricognizione di ogni elemento rilevante non vale a creare un vincolo sul concreto atteggiarsi dell'*iter* decisorio. Tale aspetto, tuttavia, non va ad intaccare l'esaustività della decisione, in quanto tale profilo si rivolge alla determinazione nella sua astratta considerazione, non all'*iter* decisorio svolto. È proprio nella correlazione dei due profili (pur invero negandone il rilievo), che non può condividersi quella dottrina che ha rivelato i caratteri dell'esaustività della decisione, correlandovi, tuttavia, una preclusione che non potrebbe ricevere in tal modo fondamento (la tesi di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 229 ss., da noi esaminata in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. II, par. 1.3).

La tenuta dell'esaustività della decisione dipende, a sua volta, dalla tenuta di quest'ultima: nel momento in cui la decisione può essere contestata, e venga effettivamente contestata, oppure possa anche semplicemente esservi una nuova decisione sullo stesso oggetto (logica dell'abrogazione, ovvero eccezione rispetto al vincolo), allora il riferimento all'esaustività non ha ragion d'essere. L'esaustività può rimanere comunque intatta in ordine alle parti di decisione non contestate, se rispetto ad esse si presuppone l'esplicazione di un vincolo di carattere identico rispetto alla decisione finale, ma interno rispetto ad essa (è ciò su cui si basa il giudicato interno).

motivi di impugnazione, previsti a pena di inammissibilità; questi, tuttavia, non costituiscono l'oggetto del giudizio di appello che, in virtù del carattere rinnovatorio del rimedio, ha ad oggetto la medesima situazione giuridica del primo grado (/quella tra le situazioni giuridiche di primo grado fatta oggetto dell'appello), limitandosi a delimitare, o meglio a concorrere a delimitare, l'ambito di cognizione del giudice di secondo grado³⁶.

La differenza, tra il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e or-

L'aspetto considerato assume peraltro ulteriore rilievo in una particolare circostanza, cioè qualora, rispetto ad una nuova decisione con lo stesso oggetto, sussista un limite alla cognizione diretta, da parte del nuovo organo decidente, su di essa. Il limite cognitorio a cui ci si riferisce è quello di carattere astratto, non concreto (come nell'ipotesi di decisione parziale non contestata, secondo quanto detto appena sopra). Il limite cognitorio astratto può a sua volta riguardare due profili: un profilo esterno ovvero un profilo interno. Il profilo esterno attiene all'estensione della verifica (ad es., una decisione parziale non contestabile, il divieto di addurre nuovi elementi in secondo grado, ecc.), e non desta particolari problemi: semplicemente, la presunzione di esaustività rimane intatta in relazione a quei determinati profili (il contenuto della decisione parziale, l'insussistenza di quegli elementi, ecc.).

Il profilo interno è invece più complesso, e concerne, essenzialmente, un limite cognitorio all'accertamento che non riguarda l'estensione dell'attività di verifica, ma il suo esplicarsi. In particolare, il riferimento potrebbe essere rivolto alla non necessità di ulteriori accertamenti di fatto (è ciò che si verifica per il giudizio di cassazione, qualora si acceda alla tesi che esso abbia comunque lo stesso oggetto di quello precedente: cfr. subito *infra*, nel testo e in nota), ove l'organo decidente conosce in questi limiti dell'oggetto del giudizio; ovvero alla discrezionalità dell'organo precedente non esaurita (come, appunto, il giudizio di condanna ad un *facere* davanti al giudice amministrativo), ove, del pari, l'organo decidente deve rapportare in quest'ultimo senso la propria cognizione sull'oggetto del giudizio. In tali ipotesi, l'organo decidente non ha cognizione diretta sul profilo inerente al limite, ma la contestazione si potrebbe rivolgere ad un profilo che coinvolge quel limite: violazione di una norma procedurale che lo contempla; violazione di una norma che regola il giudizio su di esso (a seconda della tipologia di limite: erronea verifica della sussistenza del fatto; erronea definizione del criterio di preferenza, sia o meno connessa ad un'erronea verifica sulla sussistenza di un fatto ad essa inerente); mancata contemplazione di un elemento ad esso inerente (a seconda della tipologia di limite: un elemento di fatto; un profilo di preferenza, sia esso o meno connesso ad un elemento di fatto non contemplato). Inoltre, a seguito di una censura, potrebbe essere necessario procedere ad un'ulteriore attività in ordine al profilo in questione (ancora, a seconda dei casi e della tipologia di limite: acquisizione di ulteriori fatti; nuova valutazione sulla sussistenza di un fatto, sia stato o meno detto fatto precedentemente considerato; nuova definizione del criterio di preferenza sulla base di un determinato profilo, si basi o meno su un fatto precedentemente considerato).

In questo scenario, il limite interno alla cognizione diretta da parte del giudice fa sì che la presunzione di esaustività rimanga intatta nei termini seguenti. Preliminarmente, si deve considerare come l'esaustività non possa esplicarsi, o comunque non possa rimanere intatta, se la definizione del profilo di cui l'organo decidente non ha cognizione diretta non sia proprio avvenuta: quindi, se la decisione è mancata, ovvero se vi è stata una decisione pregiudiziale, preliminare o comunque espressamente assorbente. In secondo luogo, si deve valutare cosa accade nell'ipotesi in cui vi sia stata la definizione del profilo in questione: ed infatti, a fronte di una censura che, in ragione dell'affermazione della sussistenza della situazione giuridica oggetto del giudizio, faccia valere, in vario modo, l'erroneità del precedente giudizio, la rideterminazione della regola di preferenza (o dell'accertamento del fatto, qualora fosse questo il limite cognitorio, come si è detto, e si vedrà meglio di seguito, avvenire nel giudizio per cassazione, ma non in quello davanti al giudice amministrativo), all'interno dell'esaustività della decisione, potrà avvenire nei termini dell'esplicazione di un sindacato confutatorio, secondo

dine procedurale giurisdizionale, e quello tra gradi del medesimo ordine giurisdizionale, sta piuttosto nella circostanza che la prima delle due relazioni si pone comunque, come detto, sul piano sostanziale: è il comportamento dell'Amministrazione che è portato in giudizio rispetto ad una pretesa, sia pur procedurale, nei suoi confronti. Conseguentemente, l'organo decisorio, dell'ordine procedurale amministrativo, è parte in quello giurisdizionale; con quanto da ciò consegue nel fondamento del processo sulla condanna ad un *face-*

quanto si vedrà subito di seguito, nel testo e in nota.

32 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 9 ss.

In particolare, può evidenziarsi come, secondo quanto più volte rappresentato nel corso della presente trattazione, ed espressamente considerato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. I, par. 4.1, e II-1, cap. II, par. 9.3, la non sostituzione dell'Amministrazione in ordine alla discrezionalità non esaurita sia garantita dal rivolgersi, il sindacato giudiziale attinente alla regola discrezionale, ad un modello di tipo confutatorio, nell'ambito del quale la regola di preferenza posta dall'Amministrazione viene ritenuta corretta da parte del giudice qualora il ricorrente non sia riuscito a dimostrare il contrario attraverso apposita confutazione (sul punto, si veda in generale F. FOLLIERI, *La logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, CEDAM, 2017, p. 442 ss., spec. p. 528 ss., ed ivi anche i relativi riferimenti). Nello specifico, la confutazione può avvenire su due piani. Il primo è quello strutturale, e concerne le regole procedurali di azione amministrativa, quali idonee ad influire, nella loro esplicazione, sul contenuto della decisione (in particolare, l'insufficienza o l'erroneità dell'istruttoria); la relativa violazione, se inserita all'interno del giudizio avente ad oggetto la situazione giuridica di pretesa sostanziale del privato (per quanto è possibile: si veda, sui vizi procedurali che concernono il contraddittorio, quanto detto in *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.1 ss., e sez. II, par. 3, già considerato ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 246 ss., per come ricordato subito di seguito, par. 4), consente di rapportare la violazione stessa alla verifica della sussistenza della situazione giuridica. Il secondo piano è quello del contenuto della decisione, e consiste, essenzialmente, nella proposizione e dimostrazione di un'asserzione incompatibile, sotto il profilo sostanziale, con la correttezza della regola di preferenza affermata dall'Amministrazione. Ora, tanto considerato, si deve rilevare come, in via generale, la confutazione sia idonea ad essere diretta, oltre appunto a confutare la tesi contro cui è rivolta, anche ad affermare una differente tesi, rispetto alla quale l'enunciato confutatorio, non ammesso dalla tesi oggetto di censura, risulta invece ammesso dalla, e può essere quindi portato a giustificazione della, tesi che si intende proporre. Può dunque prospettarsi il seguente scenario. La confutazione del ricorrente, per come rivolta al piano strutturale (si è detto del riferimento ad un'istruttoria manchevole), non consente di fare riferimento ad una differente regola di preferenza senza necessariamente presupporre una previa considerazione di profili ed elementi ulteriori, estranei alla precedente determinazione appunto in ragione della violazione; in questo senso, afferendo la confutazione al profilo della definizione della scelta discrezionale, non è consentito al giudice di accedere alla sua ridefinizione, opponendovisi il limite (normativamente considerato di carattere cognitorio) proprio della discrezionalità non esaurita. La confutazione del ricorrente, per come rivolta invece al contenuto del giudizio, non impedisce l'automatica rideterminazione di una differente regola di preferenza, favorevole al ricorrente stesso, da individuarsi in una regola idonea a sorreggere l'affermazione della situazione giuridica contenuta nella domanda. In questo senso, il carattere di esaustività proprio della decisione, per come si viene a rapportare alla scelta discrezionale (si veda la nota precedente), è ciò che consente alla regola di preferenza, nell'ipotesi appena descritta, di poter essere automaticamente rideterminata nel senso (quantomeno implicitamente) ipotizzato (il giudice, ad ogni modo, può reputare di escludere la rideterminazione in favore del ricorrente in considerazione del rapporto della/e confutazione/i accolta/e con gli ulteriori eventuali

re (rispetto all'annullamento con/senza rinvio), e della relativa declinazione del regime processuale³⁷.

In secondo luogo, quanto al rapporto tra discrezionalità non esaurita, non conoscibile dal giudice, ed oggetto del giudizio amministrativo, il parallelismo può essere riferito alla relazione intercorrente tra il grado di appello e il giudizio per cassazione.

In merito a quest'ultimo, infatti, si è discusso se l'oggetto del giudizio sia effettivamente da riscontrarsi nell'impugnazione dell'atto, ovvero se l'impugna-

enunciati, presenti nel discorso giustificativo di cui alla motivazione della decisione, che non siano stati censurati o di cui non è stata accolta la confutazione; in tale prospettiva, le argomentazioni portate dalle parti in proposito, quali rivolte a confutare o a difendere, in tutto o in parte, il discorso giustificativo, rappresentano il piano su cui si svolge il sindacato del giudice). Lo scenario appena rappresentato, va peraltro aggiunto, non viene in considerazione qualora ci si ponga al di fuori del limite proprio dell'esaurimento della discrezionalità: in questo senso, se le parti propongono argomentazioni che non possono essere ricondotte al discorso motivazionale, adducendo, come possibile, profili ed elementi ulteriori rispetto alla decisione contestata, potenzialmente influenti sul contenuto della decisione, allora l'astratto carattere dell'eshaustività della decisione risulta vinto in concreto; conseguentemente, la discrezionalità non potrà considerarsi esaurita, e sarà necessaria, in proposito, una nuova valutazione dell'Amministrazione per potersi pervenire all'accertamento giudiziale, secondo quanto spiegato alla nota precedente.

33 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, parr. 8.1 e 10.2, ove si è spiegato come l'accertamento parziale non sarebbe riferito a singoli fatti o questioni, ma alla situazione giuridica, rimodulata nei termini della relativa staticizzazione, così da coprire il dedotto e il deducibile rispetto ad essa, escludendo solo la discrezionalità residua.

34 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 10.3, ed ivi la considerazione, in ordine ad una condanna parziale, della successiva attività amministrativa quale espressione, nel dualismo che contraddistingue la situazione giuridica accertata, di un'attività di esecuzione rispetto alla dimensione prettamente sostanzialistica della situazione stessa, parzialmente accertata.

35 Sul punto, si veda quanto considerato in *Potere*, cit., II-1, par. 9.1, nel testo e alle nn. 291 e 294, in ordine alle modalità di allegazione degli elementi del fatto costitutivo della situazione giuridica oggetto del giudizio. In proposito, si è specificato, come ricordato nel testo, che la previsione dei motivi specifici ai fini di inammissibilità del ricorso non va ricondotta all'oggetto del giudizio, ma all'ammissibilità della domanda, secondo quello che il ruolo dell'azione di annullamento quale strumentale a quella di condanna ad un *facere*: essa, infatti, lo si è ripetuto più volte (cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, parr. 4, 5.1 e 6.1; nonché quanto riportato subito *supra*, n. 26) costituisce lo strumento idoneo a superare, e far venir meno, l'effetto di accertamento proprio dell'atto amministrativo, secondo quanto si ritrova all'art. 34, co. 2, seconda parte, c.p.a., per cui il giudice non può conoscere, salva l'eccezione del giudizio risarcitorio, della legittimità degli atti che avrebbero dovuto essere impugnati con l'azione di annullamento.

36 Sul punto, si vedano, nelle varie declinazioni, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, CEDAM, 1973, pp. 121 ss., 195 ss., 249 ss., 385 ss. e 573 ss.; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 214 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 174 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 447 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Joene, 2014, pp. 485 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 382 ss. Ivi anche le modalità attraverso le quali può avvenire l'allegazione di elementi al di fuori dei motivi di impugnazione dell'appello principale o incidentale.

37 In questo senso, dunque, come poco sopra ricordato, nel testo e alla n. 26, l'intero giudizio amministrativo, per come rivolto all'accertamento della situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato, è stato da noi essenzialmente costruito, in *Potere*, cit., II-1, appunto

zione non debba essere considerata soltanto strumentale a porre ad oggetto del giudizio di cassazione il medesimo oggetto dei gradi precedenti³⁸. Accolta la seconda delle due impostazioni, il giudice procederebbe all'accertamento sulla/e relativa/e situazione/i giuridica/he con il solo limite, di carattere processuale, nella cognizione, che gli è preclusa, sul fatto semplice o complesso, di cui non sia stata previamente verificata la sussistenza³⁹.

Aderendosi alla prospettiva appena indicata, si avrebbe dunque una rap-

come giudizio di condanna ad un *facere*, non invece come giudizio di annullamento con/senza rinvio; e conseguentemente sono stati declinati i relativi istituti processuali, inclusa l'esauribilità della discrezionalità in via processuale. In tale prospettiva, tuttavia, si è sono pure evidenziati gli elementi procedurali della medesima situazione giuridica che influiscono nella considerazione della declinazione dell'azione giurisdizionale; ché, altrimenti, la situazione verrebbe considerata unicamente nella sua dimensione prettamente sostanziale, contrariamente alla sua consistenza di situazione comunque procedurale.

Per quanto invece concerne le situazioni prettamente procedurali, per i medesimi motivi, l'azione di annullamento rimane centrale ai fini della loro posizione ad oggetto del giudizio, nel momento in cui può comportare un annullamento con rinvio: cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II.

38 Sulla questione, cfr., tra gli altri, in via generale, M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 947 ss.; ID., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, *Il giust. proc. civ.*, 2007, pp. 765 ss.; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, I-II, Torino, Giappichelli, 2005, spec. II, pp. 457 ss. e 647 s.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 580 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 300 e 356 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 537 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. 523 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 476 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 384 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, II, Milano, WK, 2013, pp. 1131 ss.; ivi ulteriori e più approfonditi riferimenti.

39 È questa, nella sostanza, la tesi di M. BOVE, *op. loc. ult. cit.*, il quale, interpretando l'art. 384 c.p.c., sui casi di decisione di merito della Corte di cassazione, non come norma residuale, bensì come fondamento del sistema, ritiene, essenzialmente, che la Suprema Corte sia comunque giudice del merito, con il solo limite dell'impossibilità di autonoma acquisizione del fatto. In tale prospettiva, il limite stesso andrebbe interpretato restrittivamente: in primo luogo, sarebbe sempre possibile una nuova valutazione di fatti già acquisiti, cioè provati, sia pure ai fini dell'integrazione di una differente fattispecie normativa, ciò che include la possibilità di nuove eccezioni di merito in sede di cassazione; in secondo luogo, per quanto concerne i fatti non acquisiti, l'assunzione di una diversa prospettiva giuridica da parte della Corte sarebbe idonea a comportare il rinvio non ogniqualvolta sia astrattamente possibile l'acquisizione di nuovi fatti, ma solo in quanto questi siano allegati dalle parti, quali direttamente conseguenziali alle censure proposte dal ricorrente, principale o incidentale; per questa medesima ragione, poiché, cioè, il rinvio non si porrebbe in chiave meramente ipotetica, tutte le questioni in cui vi sia stata soccombenza teorica, o siano state assorbite, devono essere riproposte in Cassazione. Ponendosi in questo senso, si sposta dunque l'oggetto del giudizio di Cassazione dai vizi dell'atto al medesimo oggetto del giudizio di appello (M. BOVE, *La Corte di cassazione*, cit., p. 981; ID., *La decisione nel merito*, cit., p. 777). Da ciò l'A. perviene alle medesime conseguenze da noi a suo tempo prospettate, e qui ricordate (cfr. *supra*, nel testo e alla nn. 31-32), proprie dell'esautività che la decisione impugnata porta astrattamente con sé, in ordine alla definizione del giudizio: il giudice, si afferma infatti, dovrebbe rinviare non ogniqualvolta vi possa essere, in astratto, un'ipotetica possibilità di decisione differente, ma solo qualora, rispetto ai profili e agli elementi sollevati dalle parti, tale possibilità sussista effettivamente in concreto. Lo stesso può

presentazione analoga dell'oggetto dell'accertamento a quella da noi accolta per il processo amministrativo. La differenza, rispetto al rapporto tra ordine amministrativo e ordine giurisdizionale, risiederebbe nella circostanza per cui il limite cognitorio, per il giudice amministrativo, non è il fatto non verificato, ma la discrezionalità non esaurita, la quale, nella nostra impostazione, è però appunto idonea a porsi sul medesimo piano procedurale della verifica del fatto.

Il parallelismo descritto si esplica dunque, sotto il duplice profilo rappresentato, nei termini indicati⁴⁰. Rimanendo fermo, da un lato, che il limite cognitorio, per il giudice amministrativo, è la discrezionalità non esaurita, nella

dirsi per l'eventuale definizione della causa, qualora il limite procedurale non sia, nel senso descritto, superato, con una sentenza soltanto parziale (per come da noi intesa, su cui cfr., nei limiti che si diranno subito di seguito, in questa nota, *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 10.2), che comporta l'annullamento con rinvio. Nel medesimo senso, può aggiungersi, si pone la considerazione del rigetto del ricorso con correzione della motivazione, di cui all'art. 384, co. 4, c.p.c., per l'ipotesi in cui il dispositivo sia corretto, ma sia errato la relativa argomentazione giustificativa: la decisione – in generale comunque considerata, pur nei differenti limiti in cui si ritiene che la Cassazione possa decidere nel merito, una decisione di rigetto (sul punto, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 535; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 471 s.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 384 c.p.c.*, cit., pp. 1155 ss.; G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., pp. 619 ss.) – andrebbe direttamente collegata alla massima estensione propria dell'oggetto del giudizio a cui si aderisce.

L'impostazione appena rappresentata può dirsi, dunque, analoga a quella da noi adottata in merito alla norma di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., sul limite della discrezionalità esaurita, nei termini ricordati poco sopra, nel testo; ne segue una considerazione della sentenza della Cassazione analoga, sotto tale profilo, a quella da noi delineata in ordine al processo amministrativo (anche per quanto concerne il particolare profilo del rigetto per erroneità della sola motivazione: sul punto, si veda quanto considerato in *Potere*, cit., II, cap. III, sez. I, par. 5.4, n. 212). La differenza, come detto nel testo, risiede nella circostanza che il limite procedurale inerente il giudizio in Cassazione è quello concernente l'acquisizione dei fatti, mentre nel processo amministrativo esso è rappresentato dalla discrezionalità non esaurita, quale idonea a porsi, nella nostra impostazione, sul medesimo piano procedurale della verifica del fatto. Inoltre, poiché il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale si pone non in termini prettamente procedurali, come nel caso dei gradi del processo giurisdizionale, ma in termini sostanziali (lo si è ricordato subito sopra, nel testo), l'Amministrazione è parte in causa, con quanto da ciò consegue.

40 Sotto tale profilo, il confronto tra ordini procedurali, amministrativo e giurisdizionale, può dirsi riprendere la considerazione che, agli albori della nostra giustizia amministrativa, caratterizzava l'impostazione originaria del giudizio dinanzi alla IV Sezione, quale giudice, interno all'ordine amministrativo, di 'cassazione', e talvolta anche di merito, rispetto alle decisioni delle autorità amministrative inferiori. In tale quadro di riferimento, l'evoluzione verificatasi da un lato ha posto, sin da subito, il giudice amministrativo al di fuori dell'ordine procedurale amministrativo, e ha configurato il rapporto tra i due ordini, nello sviluppo successivo, in termini sostanzialistici, per cui ciò che rileva, secondo quanto spiegato, è il comportamento, sia pure di rilievo procedurale, della P.A., che in quanto tale viene assunto in sede giurisdizionale, ciò che trova espresso riscontro nel riconoscimento legislativo di una condanna ad un *facere* (sul punto, si veda anche quanto rappresentato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. II, par. 1.3, n. 165). Dall'altro, il giudizio amministrativo, in questo senso assunto tra i due ordini procedurali, non si delinea più come essenzialmente cassatorio, ma si è venuto a configurare in termini di 'appello' (o se si preferisce, purché sia chiaro il termine di riferimento giudiziale, di merito), con il solo limite procedurale, che nel rapporto tra ordini è però espressione di una dimensione sostanziale, della discrezionalità non esaurita.

sua valenza procedurale; e, dall'altro, che il rapporto tra i due ordini procedurali, amministrativo e giurisdizionale, avviene comunque nel rilievo sostanziale della situazione giuridica, con quanto da ciò consegue in ordine alla considerazione della condanna ad un *facere* rispetto all'annullamento con/senza invio, e sulla relativa declinazione del giudizio.

4. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione

La situazione giuridica di potere, che in via generale è stata qualificata come modalità deontica di un effetto precettivo, si è venuta dunque a declinare, con riferimento al diritto amministrativo, su un piano procedurale, quale obbligo di produzione/non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere attribuito all'Amministrazione. La fattispecie della situazione giuridica, in ragione del rilievo in questo senso della struttura normativa della funzione è costituita, corrispondentemente, dagli elementi, discrezionali e vincolati, idonei a definire l'obbligo stesso, caratterizzando quest'ultimo in positivo, in caso di loro sussistenza, ovvero in negativo, in caso di loro insussistenza.

Le norme che definiscono la fattispecie della situazione giuridica di potere, in questo senso intesa, sono le norme sostanziali sulla produzione. Non vengono in conto, invece, a tali fini, le norme formali/procedurali, che non concernono la sussistenza della situazione di potere, ma ineriscono al suo esercizio⁴¹. La produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di non produrlo, così come la non produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di produrlo, a loro volta, ledono la corrispondente pretesa rispettivamente alla non produzione e alla produzione dell'effetto; l'erroneità nelle modalità formali di esercizio del potere non incide invece su tali profili, cosicché, rispetto all'interesse sostanziale del singolo, la lesione formale/procedurale non può determinare l'annullamento dell'atto⁴².

Non può ritenersi, però, che un vizio formale, ancorché non incidente sul contenuto sostanziale della decisione, non rivesta alcuna rilevanza. Le norme formali sulla produzione caratterizzano il modello di produzione quale mo-

⁴¹ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. II, sez. I, par. 3.1, e II-2, cap. III, sez. I, par. 2.

⁴² Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.2 e 5.4, nel testo e in nota, e sez. II, par. 3, n. 261.

dello processuale di accertamento, il quale, come detto è ciò che determina il carattere procedurale delle stesse situazioni giuridiche, con quanto da ciò consegue.

L'interesse del soggetto che si appunta sulle norme formali sulla produzione si è detto allora caratterizzare situazioni di carattere procedurale astratto, prettamente procedurali, rivolte alla correttezza formale della decisione. La loro lesione prescinde dal contenuto della decisione, che può essere corretta pur se non viene osservata una norma formale; e dall'eventuale sussistenza o lesione di una situazione a rilievo sostanziale, che può mancare. La relativa violazione attiene cioè, in sé, solo al piano procedurale astratto.

Ciò si è detto caratterizzare anche l'erroneità della motivazione. In merito ad essa, infatti, si è spiegato come, pur se il singolo motivo riguardi la sussistenza o meno di un elemento sostanziale, la motivazione, in sé, concerne sempre la relativa rappresentazione: ancorché quest'ultima sia erronea, se è corretta la decisione sulla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica (perché sussistono altri elementi alternativi/mancano altri elementi cumulativi della fattispecie), l'erroneità del motivo non incide sulla correttezza sostanziale della decisione stessa, e viene in rilievo sotto il profilo formale della sua rappresentazione⁴³.

La rilevanza, e l'effettiva consistenza, delle situazioni giuridiche prettamente procedurali dipendono poi, a loro volta, dal modello di produzione a cui si fa riferimento, il quale, in relazione alla funzione amministrativa, si è detto essere costituito da un modello processuale di accertamento, fondato su un contraddittorio collaborativo-garantistico.

In ordine ad esso, in particolare, si è detto doversi distinguere tra gli elementi che attengono a profili relativi alla non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione e gli elementi formali e procedurali a cui è estraneo tale carattere.

Secondo i canoni processuali rappresentati, gli elementi relativi alla non obliterabilità sono, sotto il profilo soggettivo, l'esplicazione nei propri confronti, e nei modi a suo tempo chiariti, del contraddittorio procedimentale, per come potenzialmente influente sul contenuto della decisione, nei termini propri

⁴³ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.4, ed ivi le relative specificazioni. Si veda inoltre quanto detto *supra*, par. 3, n. 39, sul paragone con il ruolo della motivazione nel giudizio di cassazione.

di un modello processuale collaborativo-garantistico⁴⁴; sotto il profilo oggettivo, la sussistenza della motivazione dell'atto, quale esprime il collegamento tra verifica e decisione, che mancherebbe, come visto, nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente, oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, rispetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione, senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento⁴⁵. Gli altri vizi procedurali, invece, non parteciperebbero del medesimo ruolo rispetto alla funzione.

In questi termini, solo per i primi, e non anche per i secondi, viene assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto⁴⁶. Per gli altri elementi, la rilevanza va così limitata alla possibilità di integrazione di una pretesa risarcitoria, nell'ipotesi della loro lesione⁴⁷.

La tutela di invalidazione, in particolare, si esprime nelle seguenti modalità. Per i vizi inerenti al contraddittorio, essa risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale – per come differente dal primo, riferibile invece agli altri vizi formali o procedurali, che segue al contrario la logica opposta – non consente alla potenziale influenza sulla decisione di sfociare nell'effettiva verifica di un contenuto differente della decisione stessa: non potrebbero essere addotti, infatti, motivi ulteriori rispetto a quelli fatti propri dalla motivazione dell'atto ai fini della dimostrazione, e l'oggetto del giudizio non potrebbe essere esteso, in questo senso, alla situazione sostanziale; l'accoglimento della doglianza comporterebbe, di conseguenza, l'annullamento dell'atto, con eventuale rinvio all'ordine procedurale amministrativo⁴⁸. L'assenza di motivazione configurerebbe, invece, un'ipotesi di nullità dell'atto per mancanza di un elemento essenziale, di carattere formale, a norma dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990; anche tale evenienza, in ragione del rilievo sulla funzione, consentirebbe poi di ottenere il rinvio all'ordine procedurale amministrati-

⁴⁴ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, parr. 5.2 e 5.4.

⁴⁵ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.4.

⁴⁶ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.3.

⁴⁷ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 5.

⁴⁸ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.2-5.4, e sez. II, par. 3.

vo⁴⁹.

Nel senso rappresentato, la distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, per come da noi valorizzata nei termini più volte spiegati, si è visto così proporre una differenziazione che, oltre a trovare applicazione con riferimento alla specifica ipotesi considerata – concernente la declinazione, in rapporto con il relativo trattamento dell'invalidità degli atti, della rilevanza, e della consistenza, delle differenti tipologie di situazioni giuridiche espressamente contemplate dalla norma, nell'ambito procedurale di riferimento – risulta idonea ad assumere anche un ruolo di maggiore pregnanza all'interno della nostra ricostruzione. La distinzione presente nella disposizione in esame può, cioè, ritenersi espressione di un principio più generale, di non obliterazione dei caratteri essenziali della funzione, che si esplicherebbe nel senso di evitare tale obliterazione, attraverso la necessaria possibilità di rimessione all'ordine procedurale amministrativo, per l'ipotesi in cui manchi la riconoscibilità della funzione quale modello processuale di accertamento. In questo più ampio senso, il principio in questione si è reputato trovare applicazione non solo per l'obliterazione del rilievo strutturale della funzione sotto il profilo soggettivo, coincidente, come detto, con la violazione della situazione concernente l'esplicazione, nei propri confronti, e nei modi chiariti, del contraddittorio procedimentale; ma anche sotto quello oggettivo, rappresentato, come pure si è ricordato, dall'assenza completa di motivazione del provvedimento, per cui, in ragione dei caratteri che a quest'ultima si sono riconosciuti, non risulterebbe garantito, nella manifestazione della decisione, il collegamento tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. Ciò, va aggiunto, a prescindere dalla considerazione che riceve, nelle relative ipotesi, il trattamento dell'invalidità del provvedimento⁵⁰.

Nella nostra ricostruzione, pur incentrata sulla situazione a rilievo sostanziale che si pone in rapporto con il potere amministrativo, e sulla possibilità che essa sia posta ad oggetto del giudizio, non viene quindi negata la rilevanza delle situazioni di carattere procedurale, e delle esigenze collegate alla correttezza procedimentale. Nella prospettiva rappresentata, infatti, dette situazioni ricevo-

⁴⁹ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.2-5.4, e sez. II, par. 3, ed ivi le relative specificazioni.

⁵⁰ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.5.

no rilievo in diretta correlazione con l'espressione del valore sotteso al modello strutturale della funzione, giacché il profilo in questione, per rimanere intatto, implica un limite alla possibilità di sopperire, in via giudiziale, all'obliterazione del modello processuale di accertamento proprio della funzione amministrativa. Mentre, sotto un profilo più generale, ed esterno alla funzione, il rilievo delle situazioni procedurali è assunto in ogni caso dal sistema in ragione della circostanza per cui la violazione di una delle situazioni in questione comporta comunque conseguenze, in ordine alla responsabilità del relativo comportamento lesivo.

Anche tale aspetto della nostra impostazione, si può a questo punto aggiungere, definisce il rapporto tra ordini procedurali differenti, quello amministrativo e quello giurisdizionale, in maniera analoga a quanto avviene ai gradi interni dell'ordine processuale giurisdizionale, conformemente al rilievo strutturale che viene da noi conferito ad entrambe le funzioni, quali modelli processuali di accertamento.

Nel rapporto tra gradi interni al medesimo ordine, va invero avvertito, ciò che viene investito non è, in via generale, la struttura della funzione, atteso che questa deve essere riguardata, per definizione, quale unitariamente intesa. I medesimi profili, nondimeno, assumono rilevanza anche per l'autonoma considerazione del singolo grado procedurale, la quale si presenta piuttosto definita, quantomeno con riferimento al processo amministrativo. Tale considerazione, dunque, può essere utilizzata, in questa sede, come termine generale per un'analogia di carattere funzionale, quale quella che si propone⁵¹.

Nel senso descritto, si può rilevare, infatti, come anche il rapporto tra

⁵¹ Va ricordato, infatti, che gli elementi da noi considerati idonei ad esprimere i caratteri essenziali della funzione, se, per come riferiti al rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale, riguardano in sé la funzione, quale espressa in un particolare ordine procedurale, con riferimento, invece, all'ordine giurisdizionale, fanno riferimento a tale ordine complessivamente considerato, in sé potendo prescindere, in caso di violazione, dai vari gradi per la loro attuazione. La considerazione di un annullamento con rinvio (quale ricavabile in via di principio, ovvero per espressa previsione in tal senso) dipende, quindi, dall'autonoma rilevanza che l'ordinamento ritiene di dover conferire al singolo grado all'interno di quell'ordine procedurale. Così, ad es., lo si vide a suo tempo, la questione rilevata d'ufficio e non rimessa alle parti, non è reputata integrare un'ipotesi di rimessione al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 c.p.c., mentre lo è nel processo amministrativo: cfr. subito di seguito, in nota. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 3, n. 254.

L'analogia, che si propone nel testo, ha dunque carattere generale, ed esprime il collegamento, comunque di carattere funzionale, tra i caratteri essenziali della funzione e il rilievo conferito ai singoli gradi di giudizio nel processo giurisdizionale, con particolare riferimento a quello amministrativo.

giudizio di appello e giudizio di primo grado non comporti, in ogni caso di nullità della sentenza per motivi processuali, un annullamento con rinvio (art. 105 c.p.a.): questo viene invece in particolare stabilito, per quanto qui interessa⁵², nell'ipotesi in cui è mancato il contraddittorio o è stato violato il diritto di difesa⁵³; ovvero per la nullità radicale della sentenza, che viene fatta coincidere, essenzialmente, con il difetto assoluto di motivazione⁵⁴.

Ora, in disparte la differente declinazione che tali vizi vengono ad avere, o le modalità del loro rilievo, nell'ambito del processo giurisdizionale, che dipendono dalla struttura prettamente garantistica del relativo modello proces-

52 Non è escluso, infatti, che il diritto positivo possa prevedere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, anche specifici motivi di rinvio, ulteriori rispetto a quelli propri dell'essenzialità della funzione/del grado ad essa relativo a cui si vuole conferire autonoma rilevanza.

In proposito, una particolare menzione merita il problema dell'incompetenza. In tale ipotesi, infatti, non si è al cospetto di un vizio che, in sé considerato, manifesta i caratteri essenziali della funzione; un annullamento con rinvio, di conseguenza, dovrebbe necessariamente essere previsto da una norma espressa. Con riferimento al procedimento amministrativo, lo si è detto a suo tempo (*Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 4.2, nel testo e in nota), venuti meno, con il Codice del processo amministrativo, l'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S., e l'art. 26, co. 2, l. TAR, che tale rinvio prevedevano, non è presente nessuna disposizione, di carattere sostanziale o processuale, che stabilisca in tal senso. Nel processo giurisdizionale, poi, fermo restando comunque il riferimento ai gradi interni dell'ordine procedurale, la questione è risolta in maniera differente dal diritto positivo a seconda del processo a cui si fa riferimento: nel processo civile, l'art. 353 c.p.c., anche prima della sua abrogazione da parte del d.lgs. n. 149 del 1 ottobre 2022, aveva visto eliminato qualsiasi riferimento alla competenza; nel processo amministrativo, invece, l'art. 105, co. 5, c.p.a. prevede un caso espresso di annullamento con rinvio nel caso di riforma della sentenza o dell'ordinanza che ha pronunciato sulla competenza.

53 Cioè, essenzialmente, nelle ipotesi da noi ricondotte, in via generale, con riferimento al processo amministrativo, alla violazione del contraddittorio. Per i vari casi, si veda, tra le altre, Cons. St., ad. plen., n. 15 del 28 settembre 2018; pacifico è, peraltro, che nella violazione del diritto di difesa sia ricompresa l'ipotesi in cui la questione posta alla base della decisione è stata rilevata d'ufficio dal giudice senza sottoporla al contraddittorio delle parti: cfr. *ex multis* Cons. St., ad. plen., n. 14 del 5 settembre 2018; sul punto si veda quanto da noi specificato in *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 3, n. 254.

54 Cfr. ancora, in particolare, Cons. St., ad. plen., n. 15/2018, cit., che esclude invece rilevanza, in questo senso per il semplice difetto o scorrettezza della motivazione.

Non si condivide, in proposito, Cons. St., ad. plen., n. 16 del 20 novembre 2024, che, prendendo espressamente le distanze dalla corrispondente ricostruzione processualcivilistica, ha incluso nelle ipotesi di nullità della sentenza per esclusione della legittimazione o dell'interesse a ricorrere (intesi nel senso tradizionale del processo impugnatorio, a suo tempo rappresentato) che sia frutto di un palese errore, per effetto del quale è mancato l'esame della totalità dei motivi di ricorso. Non vi è, infatti, un base normativa idonea a giustificare tale estensione. Ad ogni modo, tale profilo non è rilevante rispetto alle nostre considerazioni, atteso che ciò che qui interessa è piuttosto che i profili attinenti ai caratteri essenziali della funzione determinino comunque il rinvio (circostanza che peraltro, essendo rapportata alla relazione tra gradi di giudizio, come detto, assume un ruolo unicamente in ordine al rilievo conferito al singolo grado procedurale in sé considerato, e funge quindi unicamente da termine generale di paragone per l'analogia funzionale descritta nel testo); non invece che vi possano essere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, specifici motivi ulteriori di rinvio (i quali, però, dovrebbero essere espressamente previsti dal diritto positivo).

suale, può evidenziarsi il ruolo analogo che, nel processo giurisdizionale, viene conferito agli elementi da noi considerati idonei ad esprimere i caratteri essenziali della funzione, comportanti, come tali, se viziati, un annullamento con rinvio. Si pone dunque – sia pure con riferimento interno ai relativi gradi – un profilo di corrispondenza che, in sé, pare rinsaldare la nostra ricostruzione, conferendosi analoga rilevanza ai medesimi elementi da noi individuati come concernenti profili essenziali della manifestazione della funzione, ai fini della valutazione della obliterazione del grado di giudizio e dell'esigenza, per tale ragione, di un suo rinnovato svolgimento.

5. Considerazioni sistematiche conseguenti

La generale ricostruzione che si è data del potere e della funzione ha dunque consentito una rappresentazione dei rapporti che ineriscono alla funzione amministrativa, e, nella sostanza, un complessivo inquadramento dell'intero sistema proprio del diritto amministrativo.

La struttura normativa della funzione, nel rilievo che si è ritenuto di doverle conferire, è, in tale prospettiva, il profilo su cui viene a fondarsi il sistema amministrativo. Il potere, e le posizioni che rispetto ad esso si correlano, costituiscono il fulcro da cui, sotto un profilo metodologico, la ricostruzione di detto sistema è dovuta partire, e la nostra proposta è stata quella di ricondurre la loro caratterizzazione alla struttura della funzione, interpretandola nei termini più volte rappresentati, e da ultimo qui ricordati.

La situazione giuridica di potere, nella sua caratterizzazione procedurale, che connota corrispondentemente le situazioni che con esso si pongono in rapporto, sotto un profilo concreto, a rilievo sostanziale, ovvero astratto, prettamente procedurale, insieme con la caratterizzazione della discrezionalità, che sul medesimo piano procedurale trova la sua definizione, rappresentano la compiuta espressione dell'impostazione da noi adottata. La declinazione degli istituti giurisdizionali segue di conseguenza, quale aspetto che completa, sotto il profilo patologico, la ricostruzione sostanziale.

L'intero sistema, a questo punto, può essere inquadrato nella chiave di lettura proposta, anche rispetto ai profili ulteriori che sono idonei a completarne la rappresentazione.

Procedendo in questo senso, si è, in primo luogo, delineata in maniera corrispondente anche la determinazione dal piano prettamente sostanziale dell'agire amministrativo, che può comunque assumere, sotto taluni profili, una sua autonoma rilevanza. Così si sono descritte le situazioni, che come tali si caratterizzano in chiave residuale, esterne alla funzione, che possono dare rilievo alla buona fede e alla correttezza nel diritto amministrativo⁵⁵. Ancora, come pure si è visto, la responsabilità amministrativa, quale responsabilità da attività procedurale, può trovare, in questo modo, una sua compiuta, e più precisa, collocazione, prescindente dalla tradizionale dicotomia responsabilità contrattuale/extracontrattuale⁵⁶. La distinzione dei piani, per tale via, ha anche potuto chiarire la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, qualificandosi questi ultimi quali situazioni procedurali, di carattere astratto o concreto, a fronte dei primi, che invece sarebbero comunque situazioni prettamente sostanziali, ancorché possano presentarsi come mediatamente collegati all'esercizio del potere (e, quindi, come tali, assoggettabili dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo)⁵⁷.

In secondo luogo, la caratterizzazione della funzione in chiave processuale ha consentito anche di distinguere le tipologie di funzioni proprie, su un piano strutturale, della generale azione amministrativa, così definendo compiutamente il quadro complessivo di riferimento. In questo senso, accanto alla funzione ordinaria, avente contenuto di accertamento rispetto alla sussistenza di una o più situazioni di potere, oggetto specifico della nostra trattazione, si sono potute individuare le seguenti tipologie generali di funzioni. Da un lato, una funzione che può dirsi *di secondo grado*, ove l'oggetto del procedimento è costituito dall'accertamento della situazione di potere di secondo grado, attraverso la quale è possibile porre in discussione l'effetto di accertamento prodotto dall'atto amministrativo esercizio del potere di primo grado, oppure far venir meno l'effetto costitutivo prodotto da detto provvedimento, in ragione di una soprav-

⁵⁵ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3; nonché, per un ulteriore approfondimento della questione, il nostro saggio *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *questa Rivista*, 2023, 2, pp. 603 ss.

⁵⁶ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3.1; anche su questo tema, si veda, per un approfondimento, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., pp. 656 ss.

⁵⁷ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3.

venienza che supera l'accertamento precedente⁵⁸. Dall'altro, una funzione *esecutiva*, in cui l'esercizio del potere si pone come conseguenza non dell'esercizio della medesima funzione, ma di un accertamento contenuto in una differente decisione⁵⁹.

Infine, nei medesimi termini, può evidenziarsi come la stessa Amministrazione, intesa nella sua valenza di apparato organizzativo, possa ricevere una sua caratterizzazione nel medesimo senso procedurale, quale espressione della linea di continuità tra struttura organizzativa e attività. Essa, in particolare, in ragione dell'impostazione ricostruttiva adottata, che non consente la risoluzione del momento soggettivo in quello oggettivo⁶⁰, dispiega detta linea di continuità senza sfociare in una compiuta commistione tra piano statico dell'organizzazione e piano dinamico dell'attività, che oblitererebbe la distinzione tra i due profili. Su tali basi, risulta quindi possibile ripensare il profilo soggettivo dell'Amministrazione, tentando, così, di edificare su più rigorose fondamenta teoriche l'intera struttura dei rapporti organizzativi, attualmente oggetto di rappresentazioni che tradiscono un'adesione asettica, non sempre consapevole, a modelli tradizionali, fondati su presupposti in parte non più attuali, e basati su categorie spesso marcate da una certa indeterminatezza concettuale⁶¹.

6. Primi profili conclusivi generali

La ricostruzione svolta risponde anche alla necessità di superare l'inversione metodologica tra sostanza e processo, che si era denunciata all'inizio della nostra trattazione in *Potere e situazioni soggettive*⁶². Si era detto, allora, che la problematica principale, che si riscontra nella generale considerazione della tutela giurisdizionale amministrativa, è determinata dal tentativo di prescindere da una precisa definizione del dato sostanziale di riferimento, per l'indubbia difficoltà con cui ci si verrebbe per tale via a confrontare.

La nostra ricostruzione, nel riportare la/e situazione/he giuridica/he del

⁵⁸ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 2, *sub* b).

⁵⁹ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 2, *sub* c).

⁶⁰ Si veda in proposito quanto sostenuto in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.1.

⁶¹ Tale ulteriore profilo è stato da noi approfondito nel saggio *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, a cui si rinvia per i relativi approfondimenti.

⁶² *Potere*, cit., I, cap. I, par. 1.

privato che si confronta/no con il potere amministrativo all'accertamento giudiziale, si pone invece su un piano eminentemente sostanziale, avendo, lo si ripete ancora una volta, come punto di partenza metodologico, il potere come situazione giuridica, e, quale suo svolgimento, la rilevanza attribuita alla struttura della relativa funzione. Il rapporto con l'accertamento giudiziale, e il corrispondente esplicarsi del processo giurisdizionale, rappresentano, per tale via, solo il profilo successivo, idoneo a definire, in quanto tale, la corrispondente declinazione del sistema.

L'inversione denunciata deve quindi essere abbandonata, rappresentando nient'altro che un retaggio storico del nostro sistema; retaggio che, per tale via, tradisce la sua perdurante influenza sul quadro attuale di riferimento del diritto amministrativo.

Riportata la questione nei termini che le sono propri, può allora concludersi nel senso che la ricostruzione da noi effettuata, prendendo le mosse dalla problematica concernente l'esigenza di tutela del cittadino, ha voluto darvi risposta affrontando la considerazione del potere e delle situazioni giuridiche, e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa, rispetto ai differenti ordini di rappresentazioni che, più o meno compiutamente, trovano riscontro nel quadro attuale dell'ordinamento, nella loro raffigurazione e nelle relative conseguenze.

Nel far ciò, si aggiunge, ci si è venuti a collocare all'interno di una specifica contrapposizione, la quale, nel medesimo quadro attuale di riferimento, ha, a nostro avviso, assunto rilievo centrale. Ci si riferisce, in questo senso, all'alternativa tra la valorizzazione del dato prettamente sostanziale, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino⁶³; e la valorizzazione della funzione in termini strutturali, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti⁶⁴.

⁶³ L'impostazione della Scuola fiorentina, con cui ci si è più volte confrontati.

⁶⁴ Che si riscontra anche nella Scuola oggettivistica, ma che da noi è stata assunta nei termini specifici che si è avuto modo di rappresentare, da un lato, e meno radicali, dall'altro, con riferimento all'oggettivizzazione dell'azione amministrativa.

In proposito, che l'impostazione da noi proposta consenta di superare una visione normativamente asettica del potere (propria di uno strenuo sostanzialismo, come detto), senza per questo sfociare in una negazione del dato soggettivo, attraverso la valorizzazione di una

In tale prospettiva, al cospetto della scelta tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale rispetto al quale avviene la contrapposizione tra posizioni (o, quantomeno, tra preminenza dell'una considerazione rispetto all'altra), si è da, parte nostra, aderito alla seconda delle due prospettive, e si è cercato di darne una lettura che fosse idonea a porsi in una sua specifica declinazione; più in particolare di darne una lettura in quegli specifici termini che si ritiene caratterizzino la struttura della funzione pubblica all'interno della nostra visione dell'ordinamento giuridico.

Tale connotazione sostanziale è stata poi riversata nella realtà del processo giurisdizionale, traendone la relativa declinazione. In questo senso, è stato così possibile un approccio alla disciplina del Codice del processo amministrativo che, senza scadere nell'inversione metodologica denunciata, ha consentito di non perpetuare le (incerte) categorie proprie della tradizione nel rinnovato dato legislativo, ma di valorizzare appieno la portata esplicativa che a quest'ultimo deve essere riconosciuta⁶⁵.

Si spera, in tal modo, di essere riusciti a fornire un contributo che sia stato idoneo a suscitare, sia sotto un profilo metodologico, sia sotto quello della peculiarità della ricostruzione, quantomeno uno spunto di riflessione, in chi ha avuto la pazienza di confrontarsi con la nostra elaborazione.

concezione processuale dell'azione amministrativa che ha il suo fulcro nella decisione (pur vista in termini 'radicali', in ragione della considerazione normativa da parte nostra conferita all'accertamento, sulla cui condivisibilità o meno l'A. lascia aperta la questione), è riconosciuto, da ultimo, da G. TROPEA, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, p. 47 ss. (che rileva pure, come, in quest'ottica, ci si ponga nella medesima direzione che a suo tempo era stata indicata da A. Romano Tassone: sul punto, cfr. quanto detto *supra*, par. 1, n. 9, nonché in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.1).

65 Di guardare al Codice con quegli "occhi nuovi" di cui parlava A. ROMANO TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, p. 1131 ss., cit. p. 1147, richiamato in *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9, n. 165, così da superare l'apparente preminenza del modello del giudizio di impugnazione, che potrebbe ritenersi ancora segnare il dato legislativo, e adottare una lettura della disciplina codicistica relativamente aperta, pienamente consentita dal relativo referente normativo, che permetta di rapportare, finalmente in maniera diretta, il dato sostanziale a quello processuale.

CARMINE MAIORANO
Dottore di ricerca in diritto privato
Dipartimento Demm – Università degli Studi del Sannio
cmaiorano@unisannio.it

**L'AUTODETERMINAZIONE QUALE COELEMENTO CHE
CONCORRE ALLA GENESI DEL REGOLAMENTO DEGLI
INTERESSI NEI RAPPORTI PUBBLICI. IMPATTO
APPLICATIVO DELL'ATTO DI AUTONOMIA NEGOZIALE
IN FUNZIONE SUSSIDIARIA O SOSTITUTIVA DEL
PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

**SELF-DETERMINATION AS A COELEMENT CONTRIBUTING TO
THE GENESIS OF THE REGULATION OF INTERESTS IN PUBLIC
RELATIONSHIPS. IMPACT OF THE APPLICATION OF THE ACT OF
NEGOTIATION AUTONOMY IN A SUBSIDIARY OR SUBSTITUTE
FUNCTION OF THE ADMINISTRATIVE PROVISION**

SINTESI

La scelta metodologica e l'opzione ermeneutica prescelta è stata orientata ad individuare le implicazioni della disciplina dell'art. 2645 *quater* c.c. sul riconoscimento della libertà di costituire, in regime di autonomia, vincoli su beni, non soltanto per il perseguimento di utilità riferibili alla proprietà immobiliare ma, anche e soprattutto, in ragione di interessi della persona. Un approccio incline a salvaguardare la flessibilità e la sussidiarietà funzionale sottolinea il limite al potere o alla facoltà del proprietario di individuare e fissare la destinazione funzionale del bene una volta che questa sia stata predeterminata dall'ordinamento. Il richiamo all'uso evoca il potere di godimento e, in particolare, le utilità che possono trarsi dal bene. Pertanto, un primo ordine di questioni attiene alla selezione delle utilità suscettibili di apprensione. Per esempio, si consente la trascrizione di vincoli di destinazione che sorgono a séguito dei c.dd. atti unilaterali d'obbligo a favore dei Comuni o delle Regioni. Ne sono un esempio i vincoli con i quali si destina un immobile a parcheggio, a usi agricoli o turistici. Inoltre, il vincolo può essere costituito da un impegno a non edificare per tutta la cubatura della quale si dispone, al fine di permettere a soggetti terzi di utilizzare la cubatura residua per poter edificare ad una cubatura superiore. I vincoli

culturali di fonte negoziale possono essere utilizzati anche nell'ambito delle convenzioni per la valorizzazione dei beni culturali. Un'ulteriore ambito operativo è stato rinvenuto nel tessuto urbano dove si manifesta una complessità dovuta alla interrelazione non soltanto dei rapporti reali con l'apparato statale ma anche alle crescenti esigenze di socialità e di fruizioni di spazi comuni in una visione contemporanea della città alla quale non sono estranee una capacità progettuale e una connotazione programmatoria intesa a promuovere la coesione economica-sociale e la qualità della vita. Fra tali vincoli si annoverano quelli previsti negli strumenti urbanistici (in una dimensione solidaristica e di governo del territorio). Per esempio i contratti classificati e per alcuni profili qualificati di diritto pubblico o ad oggetto pubblico che si articolano a loro volta in sottocategorie in «*contratti accessivi*», «*ausiliari*» e «*sostitutivi*» di provvedimento nonché, più in generale, l'attività contrattuale c.d. di diritto privato strumentale al perseguimento dell'agire funzionale per la promozione della persona.

ABSTRACT

The methodological choice and the hermeneutic option chosen were oriented towards identifying the implications of the regulation of the art. 2645 *quater* of the Civil Code on the recognition of the freedom to establish, in a regime of autonomy, restrictions on assets, not only for the pursuit of benefits relating to real estate ownership but, also and above all, based on the interests of the person. An approach inclined to safeguard flexibility and functional subsidiarity underlines the limit to the power or faculty of the owner to identify and fix the functional destination of the asset once this has been predetermined by the law. The reference to use evokes the power of enjoyment and, in particular, the benefits that can be derived from the good. Therefore, a first order of issues concerns the selection of utilities susceptible to apprehension. For example, it allows the transcription of destination constraints that arise following the so-called, unilateral acts of obligation in favor of Municipalities or Regions. An example of this are the restrictions with which a property is used for parking, agricultural or tourist uses. Furthermore, the constraint may consist of a commitment not to build for the entire volume available, in order to allow third parties to use the residual volume to build on a larger volume. Negotiative cultural con-

straints can also be used in the context of agreements for the valorisation of cultural heritage. A further operational area was found in the urban fabric where a complexity manifests itself due to the interrelationship not only of the real relationships with the state apparatus but also to the growing needs of sociality and use of common spaces in a contemporary vision of the city to which a planning capacity and a planning connotation aimed at promoting economic-social cohesion and quality of life are not unrelated. Among these constraints are those envisaged in the urban planning instruments (in a solidarity and territorial governance dimension). For example, contracts classified and for some profiles qualified under public law or for a public purpose which are in turn divided into subcategories into «accessory», «auxiliary» and «replacement» contracts as well as, more generally, contractual activity CD. of private law instrumental to the pursuit of functional action for the promotion of the person.

PAROLE CHIAVE: Autodeterminazione – regolamento – interessi pubblici – provvedimento amministrativo – sussidiarietà

KEYWORDS: Self-determination – regulation – public interests – administrative provision – subsidiarity

INDICE: 0. Premessa. Funzioni di destinazione, gestione e amministrazione dei beni assoggettati a vincolo. – 1. Note introduttive. Emersione di un fine tendenzialmente riferito agli strumenti di pianificazione territoriale nei provvedimenti comunali. Estensione della disciplina non soltanto ai vincoli previsti dalle leggi statali e regionali, ma anche a quelli previsti dagli strumenti urbanistici comunali, nonché dalle convenzioni urbanistiche relative. – 2. L'autodeterminazione quale fonte del regolamento di interessi di natura pubblica o generale. Le interrelazioni fra gli artt. 2645 *ter* e *quater* c.c. Gli atti unilaterali d'obbligo. L'opponibilità dell'atto ai terzi. Il sistema pubblicitario fra principio di tassatività, certezza e conoscibilità del diritto. – 3. Delimitazione di ipotesi applicative indici della ragionevolezza dell'impostazione dell'indagine e dell'opzione amministrativa prescelta. La potestà conformativa del rapporto proprietario da parte della pubblica Amministrazione e sul controllo amministrativo nella disciplina dei beni culturali e paesaggistici. – 4. La portata applicativa della sussidiarietà funzionale quale principio promozionale del sistema delle autonomie con funzione ordinante, in concorso con la differenziazione e l'adequatezza. I vincoli di interesse storico e artistico. La funzione conformativa dell'oggetto della *substantia* di bene culturale connotata dalla idoneità effettiva alla fruizione. – 5. Dalla ricerca degli interessi perseguiti in concreto all'enucleazione di una funzione economico-sociale dell'atto di autonomia. Attitudine della trascrizione dei vincoli culturali e ambientali su beni immobili a realizzare sia finalità pubblicistiche di protezione sia la valorizzazione dei beni, attuando la portata conformativa del vincolo. – 6. Applicazioni metodologiche della sussidiarietà funzionale nella triade autodeterminazione-atto-rapporto. I vincoli derivanti da piani e da altri strumenti urbanistici. Opportunità di una delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2645 *quater* c.c., con riferimento ad ogni «altro» vincolo, in funzione del «fine» che caratterizza il vincolo medesimo.

0. Premessa. Funzioni di destinazione, gestione e amministrazione dei beni assoggettati a vincolo

Nel significato corrente, destinare, vuol dire «riservare a una funzione, attività» ovvero «disporre, assegnare a un fine determinato». Seguendo la tendenza a valorizzare le suggestioni terminologiche che, se ben intese, a volte fanno emergere scelte logiche e culturali, appare interessante sottolineare come l'art.

2645 *quater* c.c. nel regolare la trascrizione degli atti costitutivi dei vincoli di uso pubblico, si limiti ad indicare gli atti medesimi, le fonti dalle quali il vincolo è richiesto e i soggetti beneficiari, senza, tuttavia, giungere a fornire indicazioni sulla tipologia dei vincoli stessi¹. Una volta compiuta questa prima osservazione, dovrebbe risultare più agevole il richiamo alla categoria dei diritti di uso pubblico, alla quale rimanda la seconda parte dell'art. 825 c.c., in particolare quando permette che l'interesse pubblico si realizzi attraverso l'integrazione, anziché di una determinata *res*, delle condizioni generali del relativo utilizzo². Infatti, dato caratterizzante è l'uso, da parte di una generalità indeterminata di persone, che un bene, di proprietà altrui, è oggettivamente capace di realizzare³. Altro discorso dovrebbe svolgersi, poi, in ordine alle potenzialità applicative dei vincoli di destinazione, in particolare nella proposta emeneutica qui accolta, intesa a sottolineare la centralità della destinazione funzionale⁴.

1 E. SMANIOTTO, *Il nuovo articolo 2645-quater c.c. sulla trascrizione di atti costitutivi e di vincolo*, in *Vita not.*, 3, 2012, p. 1652, il quale tra l'altro ha osservato come nel concetto di «vincolo» sembri esserci *in re ipsa* un limite al diritto di proprietà e al relativo godimento e, pertanto, il vincolo pubblicizzato a norma dell'art. 2645 *quater* c.c. produrrà riflessi sia sul diritto di proprietà, sia sui limiti dell'esercizio dello stesso». Sottolinea opportunamente come «si potrebbe affermare che gli stessi [i vincoli] siano tutti caratterizzati dall'esigenza di imprimere una determinata «destinazione» o attuare una specifica «conformazione» della proprietà di beni immobili, coinvolti in procedimenti amministrativi di competenza degli Enti di competenza, al fine di soddisfare un interesse pubblico», R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, in *Immobili & proprietà*, 10, 2012, p. 587. Sul ruolo e sulla valenza dell'art. 2645 *quater* c.c.; cfr. P. BOERO, *La trascrizione immobiliare. II. I trasferimenti e i vincoli*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, Giuffrè, 2021, p. 625 ss.

2 Cfr., per esempio, Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 318, in *Giur. cost.*, 2009, 6, p. 4779, che ha qualificato il vincolo gravante sulle aree a parcheggio quale diritto reale di uso pubblico assimilabile al «diritto di uso sopra beni immobili». Pertanto, si è in presenza di un'ipotesi di conformazione della proprietà in funzione di un ordinato sviluppo urbanistico mediante atti di autonomia costitutivi di vincoli di destinazione d'uso. Alla luce dell'art. 2645 *quater* c.c. si può ricorrere in tali casi ai c.dd. atti di asservimento delle aree a parcheggio.

3 Si riprende l'inquadramento proposto da A. TARTAGLIA POLCINI, *Sub art. 825*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, III, ESI, 2010, p. 100. Il ricorso allo «schema tipico» dovrebbe comportare anche l'individuazione di una disciplina tipica. Ma a fronte dell'utilità del ricorso alle categorie e agli istituti con disciplina tipica presente nel codice occorre pur sempre ricordare che la qualificazione è frutto dell'interpretazione.

4 A tale riguardo, parte della dottrina discorre anche di beni di interesse pubblico, in quanto è presente il solo profilo funzionale della destinazione del bene ad una pubblica utilità e non anche quello soggettivo dell'appartenenza del bene stesso ad un ente pubblico, R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1994, p. 343. Va ricordata la categoria dei beni patrimoniali indisponibili, la disciplina dei quali è rintracciabile anzitutto negli artt. 826 e 828 c.c. Riguardo al regime giuridico l'art. 828, comma 2, c.c. stabilisce che tali beni «non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano», cfr. Cass., Sez. un., 16 febbraio 2011, n. 3813, in *De Jure online*. Qualora il bene culturale di proprietà privata rivesta un valore eccezionale, il legislatore (art. 104 del d.lgs. 22 gennaio

Un ulteriore fattore – emergente da un’analisi che non si fermi alla classificazione delle disposizioni codicistiche né alle rappresentazioni proposte da parte della dottrina – si desume dalla proposta della Commissione Rodotà che conteneva una delega per la «sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità» da realizzarsi mediante «l’introduzione di una classificazione dei beni pubblici». In particolare, è stata introdotta la categoria dei «beni pubblici sociali», il carattere sociale dei quali era previsto e garantito mediante un vincolo di destinazione pubblico⁵, assicurando nella circolazione del bene il mantenimento del vincolo di destinazione medesimo. La categoria dei beni pubblici sociali «si palesa per l’esistenza di un vincolo di destinazione qualificato che prescinde dalla titolarità – che non è istituzionale e appartenente ad un soggetto necessariamente pubblico – ma è conformata dallo scopo e dalla funzione sociale alla quale i beni sono destinati». La titolarità viene qualificata come diffusa in quanto può appartenere sia a soggetti pubblici sia a soggetti privati. Si aggiunge a tal proposito che il carattere diffuso andrebbe riferito più che alla titolarità all’uso. Lo stesso interesse è diffuso in quanto è riferibile alla collettività⁶.

Le considerazioni e gli esempi sin qui svolti hanno contribuito a delineare un percorso ricostruttivo che concorre – o comunque esorta – a recuperare, nella disciplina dei beni pubblici nonché nella teoria dei beni in generale e delle situazioni giuridiche soggettive, il ruolo e il contenuto della destinazione intesa nella prospettiva della gestione e della valorizzazione delle risorse dispo-

2004, n. 42) ha previsto che il diritto dominicale sul bene possa essere limitato dalla funzione sociale, che lo stesso è chiamato a svolgere e che è ad esso connaturata. Secondo parte della dottrina il fine pubblico, che si estrinseca nella esigenza di assicurare alla collettività la fruizione dei beni culturali, in sostanza può determinare la configurazione di un diritto reale di godimento su bene altrui, ai sensi dell’art. 825 c.c., relativo a “diritti demaniali su beni altrui” che li assoggetta al regime del demanio pubblico, cfr. W. VACCARO GIANCOTTI, *Il patrimonio culturale nella legislazione costituzionale e ordinaria*, Torino, 2008, p. 231 s. Sugli istituti privatistici di gestione dei beni culturali cfr. A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Napoli, ESI, 2018, p. 203 ss. Pertanto, il solo aspetto della «demanialità» non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblica o privata, risultano funzionali alla soddisfazione di interessi della stessa collettività.

⁵ Art. 1, comma 3, lett. d), 2, Proposta di articolato, Commissione Rodotà.

⁶ P. PERLINGIERI, *Normazione per principi i: riflessioni intorno alla proposta della Commissione sui beni pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1187. Tale dottrina non manca di sottolineare che la titolarità pubblica del bene e il forte carattere sociale della destinazione d’uso permettono una durata indeterminata del vincolo. Inoltre, la proposta di riforma prevede anche una rimozione del vincolo fatta salva la garanzia del servizio sociale. Si soffermano sulla riforma del codice civile in materia di beni comuni anche E. BATTELLI e G. MACDONALD, *Contributo al dibattito sulla codificazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2021, p. 255 ss.

nibili⁷.

Alle brevi premesse rassegnate si aggiunge un'ulteriore suggestione, segnalata da quella letteratura che fornisce un indice sistematico nella considerazione secondo la quale i vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* possono essere accostati alle servitù in quanto consentono all'autonomia negoziale di definire, nel caso del rapporto di servitù, il contenuto del peso e la portata dell'utilità della servitù che grava sulla situazione servente a favore della situazione dominante; mentre, per il vincolo di destinazione, permettono di determinare la destinazione d'uso del bene meritevole di tutela⁸.

A tal proposito e procedendo con ordine, giova ricordare che l'interesse della dottrina per lo studio del vincolo di destinazione si è rivolto soprattutto alle varie restrizioni che la legge prevede al contenuto del rapporto di proprietà (in ragione dell'oggetto o di altre circostanze meritevoli di tutela)⁹. In particolare, i vincoli di destinazione sono stati suddivisi, a seconda della natura e della fonte, in vincoli legali, imposti direttamente dalla legge o sorti a séguito di un atto amministrativo – che rappresentano la categoria privilegiata seppur non esclusiva dei vincoli di destinazione per uso pubblico – e in vincoli convenzionali ossia costituiti tramite negozio. Proprio con l'introduzione degli artt. 2645 *ter* e *quater* c.c. si assiste ad un «potenziamento» del ruolo dell'autonomia negoziale nella costituzione dei vincoli ad uso privato e ad uso pubblico.

1. Note introduttive. Emersione di un fine tendenzialmente riferito agli strumenti di pianificazione territoriale nei provvedimenti comunali. Estensione della disciplina non soltanto ai vincoli previsti dalle leggi statali e regionali, ma anche a quelli previsti dagli strumenti urbanistici comunali, nonché dalle convenzioni urbanistiche relative

L'art. 2645 *quater* c.c. apre all'autonomia negoziale, prevedendo che debbano essere trascritti: *a)* gli atti di diritto privato; *b)* i contratti; *c)* gli altri atti di diritto privato, anche unilaterali; *d)* le convenzioni.

⁷ Ciò nella consapevolezza di affrancarsi dal rischio di una dogmatica degli interessi, imprigionati in formule o clausole di stile, usate dai *cives* o dalla legge o dal giudice nella soluzione dei casi concreti.

⁸ V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, ESI, 2015, p. 9.

⁹ Cfr. A. FUSARO, (voce) *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1989, p. 324 ss.

La norma si riferisce alle ipotesi nelle quali il privato costituisce il vincolo con un atto a struttura unilaterale o bilaterale a beneficio della pubblica Amministrazione, anche nell'ambito di una più articolata procedura che si innesta, in particolare, in un procedimento di programmazione nel quale coesistono i caratteri amministrativo e urbanistico¹⁰.

L'intento del legislatore sembrerebbe essere stato quello di considerare le ipotesi dell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione, o dei soggetti privati a favore della stessa¹¹. Pertanto, il legislatore sembra fare riferimento all'attività negoziale – definita di diritto pubblico per sottolineare il carattere dell'interesse promosso – contrassegnata da un regime speciale che regola l'atto e il rapporto giuridico che ne scaturisce. Ne sono un esempio i contratti classificati e per alcuni profili qualificati di diritto pubblico o ad oggetto pubblico che si articolano a loro volta in sottocategorie in «*contratti accessori*»¹², «*ausiliari*»¹³ e «*sostitutivi*» di provvedimento¹⁴ nonché, più in generale, l'attività contrattuale c.d. di diritto privato pur sempre strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico.

Le osservazioni compiute permettono di chiarire che i vincoli di uso pubblico ai quali richiama l'art. 2645 *quater* c.c., oltre che dalle leggi statali o regionali, possono essere previsti anche dagli strumenti urbanistici comunali, nonché dai correlati mezzi di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche

10 R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 589 ss.; B. MASTROPIETRO, *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo. Art. 2645 quater*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016, p. 89 ss.; M. FRANCESCA, *Appunti sull'art. 2645 quater. Considerazioni dal futuro e questioni dal passato*, in *Persona e Mercato*, 1, 2023, p. 21 ss. Inoltre, sia consentito il rinvio a C. MAIORANO, *Vincoli e funzioni nelle c.dd. servitù pubbliche. Per una ermeneutica applicativa delle destinazioni*, Napoli, ESI, 2023, p. 288 ss.

11 C.dd. atti di diritto pubblico dei privati. Cfr. Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, *inffRep. Giur. it.*, 1981, voce *Comunione e condominio*, n. 83.

12 Fra i quali possono essere annoverati i provvedimenti di concessione. Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 14 novembre 2006, n. 1718, in *De Jure online*.

13 In questa seconda categoria rientrano gli atti d'obbligo accessori al rilascio del titolo edilizio, ovvero gli atti inerenti ai procedimenti espropriativi. Cfr. Trib. Sup. Acque, 17 ottobre 1984, n. 31, in *Cons. St.*, 1984, II, p. 1236.

14 Fra i quali tradizionalmente vengono annoverate, ad esempio, le convenzioni edilizie, le convenzioni di urbanizzazione, le convenzioni di lottizzazione. L'inquadramento delle convenzioni urbanistiche nella categoria dei contratti ad oggetto pubblico (contratti che hanno «ad oggetto un bene di cui solo l'amministrazione può disporre») è ascrivibile a M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni*, Roma-Città di Castello, 1962, p. 86 ss. Cfr. Cass., Sez. un., 19 aprile 1984, n. 2567, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, p. 448; Cass., Sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *De Jure online*.

ad essi relative¹⁵.

Come non si manca di sottolineare in letteratura, il legislatore sembrerebbe aver inteso riferirsi alla fase di pianificazione territoriale comunale, costituita dai piani regolatori e attuativi, in quanto è in tale ambito che le disposizioni incidono sullo statuto della proprietà privata in base agli indirizzi programmatici stabiliti dagli strumenti urbanistici a livello sovracomunale in conformità della l. urb. n. 1150 del 1942¹⁶, la quale suddivide i piani regolatori selezionandoli in base alle caratteristiche del territorio, seguendo un ordine gerarchico. Ne consegue, come sottolinea parte della dottrina, che la locuzione «*conseguente*» (presente nell'art. 2645 *quater* c.c.) andrebbe riferita alla normativa statale e regionale¹⁷.

Bisogna sottolineare che l'art. 2645 *quater* c.c. richiama i vincoli ricomprendenti nelle linee programmatiche dell'assetto di un territorio. A tal proposito possono essere ricordati i piani paesaggistici che operano a livello regionale, secondo le previsioni contenute negli artt. 135 e 143 del d.lgs. n. 42 del 2004, coordinandosi, pur sempre con altri strumenti di pianificazione territoriale¹⁸.

15 R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, in *Immobili & proprietà*, 10, 2012, p. 589, il quale afferma che è necessario in primo luogo rilevare l'imprecisione della norma atteso che, riferendosi alla pianificazione territoriale come «*conseguente*» agli strumenti urbanistici comunali, sembra non tener conto che la prima indica in realtà un'area territoriale d'intervento più vasta di quella urbanistica, potendo includere, ad esempio i piani paesaggistici, i piani territoriali di coordinamento provinciali, i piani delle aree naturali ed i piani di bacino. Il sovrapporsi di piani generali e tematici, gli *standards* di salubrità e urbanistici, di sicurezza e tecnologici, estetici e di riqualificazione, rendono rilevanti gli interessi la tutela dei quali è affidata prima di tutto al titolare del rapporto proprietario, cfr. P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 41 ss. Giova ricordare che la trascrizione, in assenza di esigenze di risoluzione di conflitti tra titoli, «*svolge l'importante funzione di rendere trasparente lo statuto del bene al fine di facilitarne la circolazione*», così A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 2017, p. 351.

16 L. urb. 17 agosto 1942, n. 1150, modificata ed integrata dalla l. 6 agosto 1967, n. 765.

17 Sì che il legislatore avrebbe potuto riferirsi a qualsiasi «*strumento di pianificazione territoriale e urbanistica*»: R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 589.

18 L'art. 145 stabilisce la prevalenza sulle previsioni difformi per gli strumenti urbanistici delle province, delle città metropolitane e dei comuni. Significativo è sottolineare come tale previsione è intesa a cambiare la relazione fra vincolo e piano in quanto è quest'ultimo a prevedere il vincolo con la costituzione dei c.d. «*vincoli del terzo tipo di fonte pianificatoria*», previsti dagli artt. 134, comma 1, lett. c), e 143, comma 1, lett. d), che si affiancano ai «*vincoli provvedimentali singolari*» previsti e disciplinati dall'art. 143, comma 1, lett. b) e da quelli previsti dall'art. 143, comma 1, lett. c). Cfr. le riflessioni e le ricostruzioni proposte da R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 589. Inoltre, la normativa richiamata deve essere coordinata con l'art. 145, comma 3, del codice cit. Cfr. per una diversa impostazione nella giurisprudenza antecedente al codice dei beni culturali e del paesaggio, entrato in vigore nel 2004, Cons. St., parere, 20 maggio 1998, n. 548, in *Foro it.*, fl1999, flIII, c. 326; Cons. St., 19 giugno 2001, n. 3242, in *Rin. giur. ed.*, fl2001, flI, p. 925; Cons. St., 22 agosto

Il legislatore per le aree protette affida al piano e al regolamento del parco la regolamentazione delle situazioni proprietarie asservite alle esigenze ambientali (utilità sovraindividuali e solidali) affinché l'ente eserciti il potere di controllo sulle attività permesse ai privati¹⁹.

Ad un'indagine più particolareggiata aiuta l'interpretazione della norma il riferimento ai vincoli previsti dalle linee programmatiche dell'assetto di un territorio più vasto di quello comunale contenute nei c.dd. piani quadro (ad esempio, il piano territoriale di coordinamento, il piano paesaggistico). Viene, inoltre, in rilievo un ambito territoriale inferiore: i c.dd. piani territoriali di coordinamento provinciale previsti dal Capo II della l. n. 1150 del 1942, dedicato proprio ai piani territoriali di coordinamento, in particolare agli artt. 5 e 6. Giova ricordare che la «*pianificazione territoriale a livello comunale*» attua «*gli obiettivi e le linee programmatiche del piano quadro in vincoli, limitazioni, destinazioni e modalità d'uso del territorio*» per orientarne «*lo sviluppo e per organizzarvi gli interessi pubblici e privati modificati*»²⁰.

Come già sottolineato carattere costante di ogni previsione deve essere la tutela dell'interesse pubblico non rietrando nel campo di applicazione della disposizione e, pertanto, non potendo il vincolo essere trascritto qualora l'atto sia finalizzato a disciplinare esclusivamente i rapporti fra privati e, quindi, interessi

2003, n. 4766, in *Foro amm. CdS*, 2003, flc. 2330. Per la giurisprudenza successiva al 2004 cfr. T.A.R. Firenze, Toscana, 28 febbraio 2019, n. 323, in *Foro amm.*, 2019, 2, p. 285.

19 Artt. 12 e 11, commi 1 e 2, l. 6 dicembre 1991, n. 394. Nell'analisi della concreta dimensione dinamica dei rapporti giuridici, più in generale, ulteriore profilo segnalato è quello della modulazione dello statuto proprietario dei beni demaniali [per una tassonomia più attenta all'assiologia costituzionale, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *I "beni comuni" fra promozione della persona e funzione sociale della proprietà*, (nota a Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665), in G. PERLINGIERI e ID. (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, ESI, 2012, p. 247 ss.] che si sostanzia nella limitazione alla circolazione giuridica, adeguata e differenziata in ragione delle circostanze da salvaguardare: le ipotesi possono riguardare dalla resistenza all'acquisto sino alla sottrazione al commercio.

20 R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 590. Segnatamente l'art. 5 stabilisce che in occasione della formazione dei piani menzionati devono stabilirsi le direttive da seguire nel territorio preso in considerazione in relazione alle zone da riservare a destinazioni speciali e alle zone soggette a vincoli speciali o limitazioni previste dal legislatore. Detti piani sono disciplinati dall'art. 20 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. È opportuno fare riferimento al Piano regolatore generale comunale (P.R.G.C.), previsto dall'art. 7 della l. n. 1150 del 1942, cit. che definisce l'assetto del territorio di un solo comune o, in via eccezionale, di più comuni, ed i Piani attuativi che precisano gli interventi sul territorio organizzandone l'attuazione, ID., *o.l.n.c.* Cfr. Cons. St., 20 marzo 2000, n. 1493, in *Foro it.*, 2001, III, c. 167.

individuali. Sí che emerge il rapporto fra le situazioni proprietarie e gli strumenti di pianificazione del territorio. D'altronde, lo strumento della pianificazione incide sul rapporto proprietario in particolare sulle vicende che hanno ad oggetto i poteri di godimento e di disposizione che sottendono l'uso del bene nel rispetto delle «destinazioni programmate nel piano»²¹.

Infine, la norma si riferisce alle convenzioni urbanistiche che si inseriscono nell'ambito degli «strumenti urbanistici attuativi». Tali convenzioni sono annoverabili fra gli accordi «integrativi» o «sostitutivi» del provvedimento che trovano il proprio riferimento normativo nell'art. 11 della l. n. 241 del 1990²². Segnatamente l'art. 11, cit.²³ dichiara applicabili agli accordi integrativi e sostitutivi del

21 E. CATERINI, *Proprietà*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2005, p. 217. La pianificazione urbanistica possiede una attitudine a conformare la proprietà alle esigenze di pubblico interesse (in particolare alla corretta e razionale gestione del territorio). Sottolinea come «gli strumenti urbanistici comunali non devono essere trascritti ai fini dell'opponibilità a eventuali acquirenti di diritti sul medesimo bene immobile, per l'impossibilità di ipotizzare un conflitto circolatorio, neppure in linea teorica», B. MASTROPIETRO, *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo. Art. 2645 quater*, in *Comm. c.c. Schlesinger* diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016, p. 11.

22 Cfr. Cass., 15 aprile 1992, n. 4572, in *Giust. civ.*, fl. 1992, fl. p. 2037, in *Nuova giur. civ. comm.*, fl. 1993, fl. p. 163, fl. nota di PINTUCCI; Cons. fl. St., fl. 19 gennaio 2021, fl. n. fl. 579, in *De Jure online*. Sottolinea la complessa natura giuridica delle convenzioni urbanistiche: B. MASTROPIETRO, *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo. Art. 2645 quater*, cit., p. 89 ss. Cfr. T.A.R. Milano Lombardia, 10 febbraio 2020, n. 283, in *De Jure online*; T.A.R. Torino Piemonte, 28 ottobre 2019, n. 1090, in *Foro amm.*, 2019, 10, p. 1651. A. NERVI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati*, in V. RICCIUTO e ID. (a cura di), *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2009, p. 59 ss. Sulle convenzioni urbanistiche cfr. A. NERVI, *Le convenzioni urbanistiche*, in F. GIGLIONI e ID. (a cura di), *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 159 ss., il quale a proposito della c.d. lottizzazione afferma come essa deve «intendersi come frazionamento del territorio in porzioni distinte e individuali, funzionalmente destinate a finalità fra loro coordinate» (ivi p. 160). Sui moduli negoziali urbanistici cfr. R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 291 ss., il quale non manca di sottolineare la funzionalizzazione dei beni (ivi spec. pp. 12 e 53); cfr. A. VERCELLONE, *Il Community land trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 49 s. e 229. Cfr. per ulteriori approfondimenti A. BARTOLINI, (voce) *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, I Tematici III, Milano, 2022, p. 1260 ss.

23 Come modificato dalla l. n. 15 del 2005. In particolare l'art. 7, comma 1, lett. b), della l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha introdotto il comma 4 bis, il quale prevede che l'accordo concertativo sia preceduto da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento, al fine di far emergere le ragioni che inducono l'Amministrazione alla conclusione dell'intesa. La determinazione ha l'obiettivo di promuovere la funzione sia di verificare che il potenziale accordo attui l'interesse pubblico e non pregiudichi i terzi sia di determinare il contenuto della futura intesa. La norma non indica il regime formale della determinazione ma è stata sostenuta la necessità della forma scritta sia per esigenze di certezza, pubblicità e tutela dei destinatari e a fini probatori, sia per effetto dell'obbligo di motivazione di ogni provvedimento amministrativo (art. 3 l. n. 241 del 1990) esteso anche agli accordi (art. 11, comma 2, l. n. 241 del 1990 come modificato dalla l. n. 190 del 2012), F. PARENTE, *Urbanistica contrattata e pianificazione territoriale*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto*

provvedimento, «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»²⁴. Tale dato normativo può essere messo in relazione con la riflessione secondo la quale per l'effettiva partecipazione alla fase di scelta e programmazione pianificatoria dell'ente pubblico sia per imprimere un riordino dei diritti del proprietario risulta non adeguata la «partecipazione deduttiva» al processo formativo dello strumento urbanistico²⁵.

In sintesi le convenzioni urbanistiche si sono affermate nella prassi come contratti mediante i quali i privati concordano con la pubblica Amministrazione l'assetto urbanistico ed edilizio di determinati territori. Il modello è costituito dalle convenzioni di lottizzazione²⁶. L'urbanizzazione del territorio è perse-

civile dell'ambiente, Napoli, ESI, 2014, p. 200.

24 Già precedentemente l'art. 28, comma 5, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (come modificato dall'art. 8 della l. 6 agosto 1967, n. 765), prevedeva la convenzione di lottizzazione, da trascriversi a cura del proprietario, in coerenza con l'art. 2645 c.c. Sulla natura contrattuale degli strumenti di pianificazione del territorio v. F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, ESI, 2006, *passim*. Sulla portata applicativa della sussidiarietà funzionale A. TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 240; ID., *Arbitrato e modelli di giustizia*, Napoli, 2018; ID., *Arbitrato e modelli di giustizia tra sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*, in G. PERLINGIERI e ID. (a cura di), *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, "Associazione dei Dottorati di Diritto Privato - Sezione Atti e Materiali", vol. 4, Napoli, ESI, 2019, p. 213 ss.

25 Cfr. E. CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 230 s., il quale osserva che il «regime proprietario subisce una radicale trasformazione. I poteri connessi si modificano in prevalenti poteri di partecipazione alle scelte del piano di gestione del territorio ed in poteri di controllo nella fase di attuazione. Ciò trasforma i poteri in facoltà, gli interessi meramente individuali in interessi auto ed eterodiretti che contemplino la funzione sociale dell'uso del territorio. In questa differente configurazione dei rapporti proprietari coinvolti nelle attività di programmazione del territorio il ruolo dei titolari muta di contenuti: l'obbligo di coordinamento con gli altri proprietari diviene essenziale». Le previsioni ex art. 9 della l. 17 agosto 1942, n. 1150, sono state definite un apporto meramente collaborativo, P. PERLINGIERI (a cura di), *La legislazione civile annotata con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, ESI, 1985, 3, sub art. 9 l. 1150/42, p. 619. Anche nel governo del territorio (cfr. art. 117, comma 3, cost.) si assiste ad una tendenza del potere pubblico a manifestarsi più che come potere astratto come funzione nella sua concreta interazione con i destinatari degli effetti della sua azione, ossia gli amministratori, cfr. A. NERVI, *Le convenzioni urbanistiche*, in F. GIGLIONI e ID. (a cura di), *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 159 ss.

26 Cfr. art. 8, l. 6 agosto 1967, n. 765. Cfr. B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645-quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Judicium*, p. 3 secondo la quale la «previsione di un vincolo di destinazione ad usi pubblici può costituire altresì il presupposto per ottenere un provvedimento amministrativo, ad esempio un provvedimento abilitativo edilizio, come nell'ipotesi di costruzione dei parcheggi in deroga agli strumenti urbanistici oppure in zone sottoposte a vincolo ambientale». In tale circostanza «l'atto costitutivo del vincolo di destinazione assume la struttura tipica dell'atto d'obbligo oppure della convenzione urbanistica (convenzione di lottizzazione), la cui formalità trascrittiva talvolta è espressamente richiesta dalla legge regionale quale condizione per ottenere il provvedimento stesso». Per il vincolo a «verde urbano attrezzato» v. Cons. St., 19 marzo 2008, n. 1201, in *Vita not.*, 2008, p. 200; Cons. St., 25 gennaio 2005, n. 144, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1, p. 117. Sulla distinzione fra convenzioni di lottizzazione e convenzioni urbanistiche v. Cass., 25 luglio 2016, n. 15340, in *Mass. Giust. civ.*, 2016. Sulle

guita con i piani di lottizzazione nell'ambito dei quali i privati cedono gratuitamente al Comune le aree destinate alle opere di urbanizzazione. Inoltre, i privati possono assumere oneri alternativi di fare o di dare e possono anche realizzare le opere stesse o corrispondere il costo di realizzazione all'Amministrazione²⁷.

Si assiste a fenomeni negoziali intercorrenti fra pubbliche Amministrazioni e soggetti privati mediante i quali vengono regolati l'assetto edificatorio e urbanistico di territori determinati²⁸.

Aspetto non secondario di tale impostazione si rinviene nella circostanza che il privato (nella negoziazione attuata mediante le convenzioni di lottizzazione) diventa «*compartecipe*» delle scelte pianificatorie del territorio urbano, in un clima di leale collaborazione (quale proiezione della valenza relazionale del principio di solidarietà *ex art. 2 cost.*) e di responsabilizzazione diffusa (artt. 4, 53 e 118 *cost.*)²⁹.

convenzioni di lottizzazione cfr. S. RODOTÀ, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, rist. 1995, p. 263 ss.

27 Si assiste al bilanciamento fra l'interesse del singolo e l'interesse generale che assume una connotazione solidaristica e, pertanto, idoneo a tenerli in ragionevole considerazione e a comporli in maniera adeguata. F. PARENTE, *Urbanistica contrattata e pianificazione territoriale*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 197 ss.; A. NERVI, *Le convenzioni urbanistiche*, in F. GIGLIONI e ID. (a cura di), *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 159 ss.; già A. NERVI, *Le convenzioni urbanistiche*, in V. RICCIUTO e ID. (a cura di), *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 58. Cfr. Cons. St., 9 gennaio 2019, n. 199, in *De Jure online*; Cons. St., 27 dicembre 2013, n. 6283, *ivi*. Cfr., sull'efficacia reale dei moduli negoziali urbanistici, R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 344.

28 Giova ricordare che le prescrizioni contenute nelle convenzioni di lottizzazione possono assumere vincolatività in termini generali in virtù degli strumenti del contratto o della trascrizione, v. R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 590. Cfr. B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645-quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *Not.*, 2012, p. 715. Sulle convenzioni di lottizzazione v. T.A.R. Torino, Piemonte, 28 ottobre 2019, n. 1090, *cit.*

29 A tal proposito è opportuno che gli strumenti urbanistici siano oggetto dell'autonomia negoziale, in quanto tale opzione permette di considerare i vari proprietari su un piano paritetico per quanto attiene alle scelte urbanistiche afferenti ad un determinato territorio. Ciò può comportare la necessità che i soggetti privati si organizzino anche in un soggetto collettivo che rappresenti gli interessi sottesi ai diritti di proprietà coinvolti. Feconda di notevoli sviluppi, in tal senso, è l'affermazione che la negoziazione deve essere posta in relazione al principio di sussidiarietà orizzontale. Cfr. per ulteriori sviluppi e approfondimenti nonché per gli argomenti accennati: E. CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 231; P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, cit., p. 236 ss. D'altronde il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, c.d. «Decreto semplificazioni 2020» ha inserito all'art. 1 della l. n. 241 del 1990 il comma 2 *bis*, il quale prevede che «*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e buona fede*». Sul rapporto fra «urbanistica negoziale» e tutela della concorrenza, cfr. Corte giust. CE, 12 luglio 2001, caso C-

In tal contesto un ruolo centrale assume la sussidiarietà nella selezione, legittimazione e promozione di iniziative private in funzione della tutela di interessi personali, sovraindividuali e collettivi³⁰ secondo i canoni della prossimità funzionale e della flessibilità³¹. Centrale diventa, in tali casi, il ruolo e il contributo dell'interprete il quale deve utilizzare responsabilmente il testo costituzionale sia per correggere e integrare il dato normativo primario sia nel controllare in sede applicativa la legittimità e la ragionevolezza delle soluzioni proposte³².

399/98, in *De Jure online*.

30 «“Interesse collettivo” è il simbolo di un discorso incompleto, poiché [...] è semplicemente l'asserzione che certe condizioni soddisfano certe esigenze: “interesse collettivo” subirà dunque tutti gli spostamenti semantici che provoca il mutamento dei termini della relazione. L'asserzione di un “interesse collettivo” è semanticamente vuota se non indica i termini e la loro relazione: è vuota se non è una giustificazione. Non si può distinguere tra posizione e giustificazione di un interesse generale o collettivo»: P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Camerino-Napoli, ESI, 1996, p. 133 s. Più in generale per l'impiego di una prospettiva “trans-soggettiva” v. ID., *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, 2019, consultabile online.

31 Tale impostazione determina che il vincolo sia connaturato alla condizione giuridica oggettiva del bene rispettoso degli interessi dei destinatari (per esempio, nel minor aggravio per il destinatario della limitazione o del vincolo; ovvero la coesistenza di una servitù privata prediale sulla medesima strada ove non incompatibile con la servitù di uso pubblico: Cass., 29 novembre 2017, n. 28632, in *De Jure online*) ma anche nella tutela dell'ambiente o della salute. A proposito dei canoni della flessibilità e dell'adequazione dello strumento prescelto rispetto alla funzione da realizzare cfr. P. PERLINGIERI e G. BISCONTINI, *Limiti della responsabilità patrimoniale*, in P. PERLINGIERI e AA. VV., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, ESI, p. 303; cfr. Giudice tavolare di Trieste decr., 22 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 1354, con nota di L. BALLERINI, *Effettività e «meritevolezza» nell'art. 2645-ter c.c.*, il quale afferma come l'art. 2645 ter c.c. può trovare applicazione soltanto quando lo scopo perseguito dalle parti «non sia altrimenti raggiungibile mediante l'utilizzo di strumenti tipici, ancorché composti o collegati».

32 P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, cit., p. 945; cfr. A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 146 ss.; P. PERLINGIERI, *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 674 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 200; sulla conformazione negoziale e giudiziale degli statuti proprietari, v. A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e conformazione degli statuti proprietari*, in G. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, cit., p. 629 ss. Per esempio, nella prospettiva della negoziazione il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo Codice degli appalti), che – a tenore della rubrica dell'art. 189 – fra gli interventi di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, cost.) prevede la possibilità di affidare in convenzione a consorzi di comprensorio costituiti dai cittadini la manutenzione delle «aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere» e richiama l'applicabilità delle disposizioni in materia di valorizzazione e incremento delle «aree verdi urbane» attraverso contratti di sponsorizzazione e accordi di collaborazione con soggetti privati e associazioni senza fini di lucro. Il c.d. nuovo Codice appalti (d.lgs. n. 36/2023) conferma la scelta effettuata in precedenza dal legislatore, mantenendo nell'ambito dell'ampia tematica del partenariato pubblico-privato quelle ipotesi c.d. “residuali” basate su una nuova concezione della collaborazione tra autorità pubblica e società civile, tra cui il partenariato sociale e la cessione di immobili in cambio di opere ma, al contempo, decide di coniare una nuova categoria contrattuale, quella dei “servizi globali” che però ricomprende, senza esaurirla, alcune figure contrattuali già note nella prassi, ancorché non sempre tipizzate, rivisitando parzialmente la disciplina del general contractor. L'art. 201 del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici tratta

2. L'autodeterminazione quale fonte del regolamento di interessi di natura pubblica o generale. Le interrelazioni fra gli artt. 2645 *ter* e *quater* c.c. Gli atti unilaterali d'obbligo. L'opponibilità dell'atto ai terzi. Il sistema pubblicitario fra principio di tassatività, certezza e conoscibilità del diritto

Il ruolo e il contenuto della funzionalizzazione attuata mediante i vincoli di destinazioni ad uso privato o ad uso sociale (art. 2645 *ter* c.c.) nonché quelli ad esclusivo uso pubblico (art. 2645 *quater* c.c.) consente di sottolineare i margini di intervento dell'autonomia negoziale nella definizione del contenuto dei vincoli, con la possibilità di selezionare e regolamentare la destinazione d'uso del bene a favore di un beneficiario³³.

Per quanto attiene ai fondamenti costituzionali (nell'accezione di conformità e coerenza) delle figure (eterogee) richiamate doveroso è il riferimento oltre agli artt. 2, 9, 41 e 42, 43 anche all'art. 44 cost.³⁴. Da una prima interpretazione del dato normativo emerge come la Costituzione promuove accanto alla piccola proprietà la limitazione della grande³⁵; dispone, infatti, che la legge «aiuta la piccola e la media proprietà» (art. 44, comma 1) e riconosce la rilevanza dell'elemento quantitativo (artt. 45, comma 2, e 47, comma 2).

del "partenariato sociale", riunendo sotto un unico cappello le previsioni del precedente Codice (d.lgs. n. 50/2016) relative agli "interventi di sussidiarietà orizzontale" (art. 189) e al "baratto amministrativo" (art. 190). Rispetto alla regolamentazione del 2016 – come si legge dalla Relazione illustrativa di dicembre 2022 dello schema del nuovo Codice elaborata dal Consiglio di Stato –, si è giunti alla nozione unitaria di partenariato sociale per razionalizzare ed evitare sovrapposizioni tra figure simili. Il partenariato sociale diviene, dunque, il nuovo protagonista della sussidiarietà orizzontale.

33 A. TARTAGLIA POLCINI, Sub art. 825, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Cod. civ., cit.*, p. 100 s. Cfr. E. CATERINI, *Proprietà*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, cit., p. 288 afferma che i «non-proprietari rivendicano un interesse rilevante nella decisione gestionale dei modelli di apprensione: l'autarchia del proprietario diviene eterarchia. Il titolare del modello di apprensione diviene portatore di un proprio interesse unito all'interesse dei non-titolari, i quali trovano tutela nel modello di apprensione. Il modello autarchico entra in crisi anche per la sempre più emergente limitatezza delle risorse naturali le cui gestioni non sono più indifferenti ai non-titolari. Il valore della persona umana è condizionato dall'uso razionale ed equo delle risorse naturali».

34 P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, ESI, 1970, p. 33 s. Discusso è il rapporto tra i due obiettivi prefissati dall'art. 44 cost. Sul canone valutativo di «razionalità» offerto dall'art. 44 cost. v. L. FRANCIOSI, *Forma del territorio ed edificabilità di fatto: la relativizzazione del criterio costituzionale di razionalità*, in M. TAMPONI ed E. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali*, cit., p. 107 ss.

35 I limiti di estensione richiamati dall'art. 44 cost. attengono non soltanto alla fissazione di limiti massimi, ma anche alla individuazione di limiti minimi, in base al riferimento sia alla ricostituzione delle unità produttive sia alla piccola proprietà: sul punto P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 42 s.; S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, in *Comm. cost.* Branca, II, artt. 41-44, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, p. 229.

In particolare, la Consulta nell'interpretazione degli artt. 42 e 44 Cost. afferma che «il secondo comma dell'art. 42 prevede limiti alla proprietà privata – riconosciuta e garantita dal comma medesimo – allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», mentre l'art. 44 «relativo in particolare alla proprietà terriera privata, prevede, al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, norme legislative che impongano obblighi e vincoli, limiti, bonifica delle terre, trasformazione del latifondo, ricostituzione delle unità produttive, aiuti alla piccola e media proprietà». Il razionale sfruttamento del suolo in funzione degli equi rapporti sociali è il fine al quale le norme devono tendere per promuovere con equità «i rapporti inerenti all'armonica e solidale collaborazione tra i vari soggetti che concorrono alla realizzazione del ciclo produttivo»³⁶.

Segnatamente la formula dell'art. 44, comma 1, cost. che invoca il «razionale sfruttamento del suolo» è da interpretare non in un'ottica (soltanto) produttivista e competitiva ma nel senso dell'utilizzazione ragionevole del bene (passaggio dal valore di scambio al valore d'uso)³⁷. Nell'art. 44 cost. (seppur interpretato con le norme precedenti) ove si fa esplicito riferimento ai limiti, agli obblighi e ai vincoli al diritto di proprietà, è possibile scoprire il riconoscimento e la promozione della «proprietà-funzione» o secondo altra dizione ad una «funzionalizzazione» della proprietà.

In letteratura si è affermato che l'art. 2645 *ter* c.c. è idoneo a ricomprendere la «tipologia» dei vincoli dell'art. 2645 *quater* c.c., disposizione quest'ultima

36 Corte cost., 16 dicembre 1958, n. 78, in *Foro it.*, 1959, I, c. 9 ss.

37 Pertanto, l'art. 44 cost. ha in sé questa potenzialità applicativa: il passaggio dalla rendita c.d. «parassitaria» ad una gestione condivisa e solidale, garantendo anche l'accesso al godimento sostenibile sia per le collettività presenti sia per le generazioni future (in un clima di responsabilizzazione diffusa, argomentando dall'art. 53 cost.). Diffusamente M. PENNASILICO, *Il bene "terra" e la "proprietà ambientale"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, ESI, 2014, p. 92 ss. Attenta dottrina sottolinea che «[a]ffermare che lo sviluppo sostenibile debba essere realizzato nel rispetto dei diritti umani importa la attuazione della libertà dal bisogno e dall'ignoranza»: P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, ESI, 2005, p. 77. Cfr. T.A.R. Lazio, 7 marzo 2017, n. 3208, in *De Jure online*, il quale afferma che «è consentito sottoporre a vincolo con provvedimento della pubblica Autorità ulteriori beni» i quali, «seppure non necessariamente dotati di per sé di uno specifico e spiccato valore artistico», siano «di interesse particolarmente importante quale testimonianza storica, in dipendenza o dalla qualità dell'accadimento che con il bene appare collegato o dalla particolare rilevanza che il bene ha rivestito per la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura».

che esclude tra i beneficiari i privati e, fra i beni assoggettabili a vincolo, i beni mobili registrati non prevedendo né un limite temporale né l'effetto segregativo³⁸.

Pe esempio, si consente la trascrizione di vincoli di destinazione che sorgono a séguito dei c.dd. atti unilaterali d'obbligo a favore dei Comuni o delle Regioni. Si tratta di impegni che i privati assumono nei riguardi del Comune che si sostanziano nel rispetto della destinazione d'uso di un immobile del quale sono proprietari, al fine di ottenere dall'ente un provvedimento che gli consenta di beneficiare di condizioni favorevoli particolari per l'esercizio del diritto di edificare. Ne sono un esempio i vincoli con i quali si destina un immobile a parcheggio, a usi agricoli o turistici³⁹. Inoltre, il vincolo può essere costituito da

38 V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione*, cit., p. 14 ss. D'altronde, l'art. 2645 quater c.c. estende l'ambito operativo dell'autonomia negoziale, non soltanto contrattuale.

39 Per esempio, la concessione di contributi e finanziamenti per la ristrutturazione di immobili, la concessione di sussidi all'attività turistica per lo sviluppo di strutture ricettive e alberghiere, la concessione di contributi per la realizzazione di residenze sanitarie assistenziali o per la valorizzazione di locali storici, i vincoli a parcheggio in deroga agli strumenti urbanistici o in zone sottoposte a vincolo ambientale. B. MASTROPIETRO, *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo*. Art. 2645-quater, in *Comm. c.c.* Schlesinger diretto da F. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016, p. 27 ss. P. SIRENA, *Note di lettura: "Trascrizione di atti costitutivi di vincolo"*, di Barbara Mastropietro, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, 2, p. 503 ss. Inoltre, seppur in modo diverso, la concessione di contributi o finanziamenti per il restauro di beni culturali può essere condizionata ad un vincolo di accessibilità al pubblico, in base a quanto previsto anche dalla normativa in materia di beni culturali (art. 38, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, cit.); cfr. V. LUBELLI, *Il vincolo di destinazione nei finanziamenti turistico alberghieri*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Le destinazioni economico-sociali di beni, rapporti, attività. Rilevanza giuridica delle qualità e delle funzioni*, Bari, 2009, p. 147 ss., con particolare riferimento ai Bed & Breakfast. Cfr. T.A.R. Veneto Venezia, 11 maggio 2017, n. 468, in *De Jure online*, secondo la quale «l'obbligo di bonifica dei siti contaminati può sorgere a carico del proprietario dell'area, non responsabile dell'inquinamento, anche da atti unilaterali d'obbligo e da fonte contrattuale o negoziale in senso lato», segnatamente «dalla stipula di accordi urbanistici o di sviluppo edilizio dai quali derivi per il privato un obbligo di bonifica a fronte dei vantaggi riconosciuti dall'Amministrazione sulla futura utilizzazione edificatoria dell'area, in termini di volumetrie, destinazioni d'uso, oneri di urbanizzazione». Conflil d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. dall'fl. 11 novembre 2014, n. 164, è stata introdotta la figura del *condhotel*. Le unità devono essere destinate alla vendita. Il vincolo può essere previsto in un atto d'obbligo edilizio, che dovrà essere trascritto ex art. 2645 quater c.c., con il quale dovranno individuarsi in modo dettagliato le unità immobiliari con destinazione residenziale e che dovranno essere alienate a terzi. In tale atto d'obbligo il proprietario della struttura turistico-ricettiva si impegnerà anche a mantenere la destinazione residenziale e alberghiera nei limiti delle percentuali imposte dalla normativa. F.G. VITERBO, *La rilevanza della destinazione turistica nella disciplina dei beni: profili civilistici*, in *Riv. giur. edil.*, 5, 2020, p. 377 ss.; A. BERNES, *Il condhotel. Un itinerario fra proprietà e contratto*, in G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA e P. VIRGADAMO (a cura di), *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri*, Napoli, ESI, p. 105 ss.; G. MUSOLINO, *Il condhotel o condominio albergo*, in *Riv. not.*, 2019, p. 1017 ss., a proposito delle destinazioni d'uso nelle ipotesi della costituzione di c.d. *Condihotel*. Sulla base del d.p.c.m. n. 13 del 2018, le Regioni sono competenti a disciplinare la peculiare figura e le modalità per

un impegno a non edificare per tutta la cubatura della quale si dispone, al fine di permettere a soggetti terzi di utilizzare la cubatura residua per poter edificare ad una cubatura superiore⁴⁰.

È opportuno ricordare che la dottrina, nella prospettiva del superamento del principio di tassatività della trascrizione⁴¹, aveva sostenuto che gli atti non espressamente previsti dall'art. 2643 c.c., quali ad esempio la cessione di cubatura o gli stessi vincoli di destinazione, fossero soggetti a trascrizione nell'ottica di una maggiore garanzia della sicurezza dei traffici giuridici. In particolare, si motiva il superamento del principio della tassatività della trascrizione ponendo alla base del procedimento di trascrizione più che l'atto in sé gli effetti prodotti dallo stesso⁴². Le stesse trasformazioni giuridiche si individuano negli effetti costitutivi, modificativi ed estintivi, che hanno ad oggetto le relative situazioni giuridiche⁴³. Bisogna sottolineare, inoltre, come l'art. 2645 c.c. accanto agli ele-

l'avvio e l'esercizio dell'attività. La peculiare destinazione ad uso residenziale di quote dell'area immobiliare destinata all'hotel consente agli albergatori di acquisire liquidità, di ridurre l'effetto della concorrenza di forme ricettive più liquide e, infine, sopperire a esigenze abitative o di investimento dei clienti residenziali.

40 R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 590 ss.; Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, p. 685. Giova ricordare che l'art. 41 *quinquies*, ult. comma, l. 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. «Legge urbanistica»), introdotto dall'art. 17, l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. «Legge ponte»), stabilisce: «[i]n tutti i Comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggio». Sui diritti edificatori v., perlomeno, B. TROISI, *I diritti edificatori*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg.*, Torino, 2014, *passim*; A. FEDERICO, *Il trasferimento dei diritti edificatori*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1195 ss.; B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 569 ss.; ID., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, ESI, 2013, *passim*.

41 Cfr. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, ESI, 2009, p. 31 ss.

42 D'altronde già in epoca più risalente, prendendo le mosse dal presupposto che l'atto di costituzione di servitù su edificio da costruire producesse effetti «non soltanto obbligatori ma anche reali» si sosteneva la trascrivibilità di tali atti, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, ESI, 1962, p. 261 ss., dove l'A. giustifica, tra l'altro, la trascrizione del rapporto preliminare proprio sulla base della sua preordinazione all'effetto reale; ID., *Rapporto preliminare e servitù su «edificio da costruire»*, Napoli, ESI, 1966, p. 121 ss. La trascrizione non presuppone, infatti, l'attualità del trasferimento ma la mera attitudine dell'atto a produrre il trasferimento stesso. Con riferimento alla trascrizione dei negozi sottoposti a condizione sospensiva, discorre di pubblicità anticipata «produttiva medio tempore di effetti rispetto ai terzi del tutto assimilabili a quelli definitivi», M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, ESI, 2003, p. 89. Favorevole alla trascrizione del contratto di compravendita di cosa futura: Cass., 31 maggio 1971, n. 1637, in *Giust. civ.*, 1971, I, c. 1616.

43 Il corollario come detto è rappresentato dal passaggio dall'atto agli effetti che tali atti producono. In generale, sullo studio dei concetti di fatto e di effetto, di situazione soggettiva e di rapporto, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ed. 2006, cit., p. 597 ss.;

menti dell'atto e dell'effetto richiama anche l'oggetto del mutamento giuridico, ossia i «beni immobili» e i «diritti immobiliari»⁴⁴. Ricostruzione rispondente a quell'esigenza di conoscibilità⁴⁵ dei mutamenti giuridici che possano ledere i diritti dei terzi e che costituisce la ragione giustificativa dello strumento pubblicitario⁴⁶.

Sì che a maggior ragione a séguito dell'introduzione dell'art. 2645 *quater* c.c., risulta confermata quell'interpretazione che muovendo dall'art. 2645 c.c. e dal superamento della tassatività delle ipotesi di trascrizione⁴⁷ afferma che non può escludersi che istanze locali, relative al bisogno di sicurezza giuridica e di tutela dell'affidamento (costituzionalmente riconosciute e tutelate)⁴⁸ consentano la trascrizione sia di convenzioni urbanistiche sia di atti di destinazione.

L'opponibilità determinata a séguito della trascrizione (conoscibilità) è centrale nel meccanismo. Segnatamente, la visibilità e la certezza per i terzi

ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 90 ss.; S. PUGLIATTI e A. FALZEA, *I fatti giuridici*, (1945), Milano, Giuffrè, rist. 1996, p. 3 ss.; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, Giappichelli, 1958, p. 191 ss.; A. FALZEA, (voce) *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 432 ss.

⁴⁴ Viene introdotta ed elaborata una categoria ampia riguardante quelle situazioni inerenti ad un bene e che si traducono in un peso per la proprietà immobiliare, di là da un mero richiamo alle ipotesi espressamente previste nell'art. 2643 c.c.

⁴⁵ Per un'apertura ai nuovi strumenti di conoscenza v. M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., pp. 135 ss., 211 ss.

⁴⁶ Connessa alla problematica affrontata nel testo è l'ulteriore considerazione che il diritto di séguito è riferibile alle situazioni giuridiche soggettive patrimoniali in generale, di là dalla tradizionale bipartizione fra diritti di credito e diritti reali, P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Situazioni reali e di credito: per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, ESI, 2007, p. 207 ss. Cfr. anche P. RESCIGNO, *Intervento di chinsura*, in E. MARMOCCHI (a cura di), *Le servitù prediali tra tradizione e attualità*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 119.

⁴⁷ A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, (nota a Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 318), in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 927 ss., ed *ivi* gli essenziali riferimenti, la quale non manca di sottolineare sia il pericolo di un abuso dello strumento della trascrizione sia la necessità di selezionare il criterio più adeguato nella soluzione delle antinomie fra situazione giuridiche soggettive, previo bilanciamento degli interessi, in base alle peculiarità del caso concreto, in modo da garantire la giustizia sostanziale. È compito dell'interprete, quindi, adeguare il dato normativo alle nuove esigenze e ai profondi ma inevitabili mutamenti della realtà sociale. Sull'incidenza del diritto sulla società v. P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, ESI, 1975, p. 16.

⁴⁸ Sottolinea che «la fisionomia dell'istituto della trascrizione risulta profondamente mutata rispetto a quella consegnataci dalla tradizione ottocentesca, anche e forse soprattutto alla luce dei principi costituzionali. Funzione sociale e utilità sociale, sicurezza dei traffici e tutela del legittimo affidamento nell'operato degli organi preposti all'attuazione della pubblicità, solidarietà sociale e principio di legalità, canoni di proporzionalità e ragionevolezza nell'interpretazione della legge: non è difficile percepire l'abissale distanza del vigente istituto della trascrizione [...] rispetto ad un modello puramente pubblicitario quale era quello regolato dal codice del 1865»: G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, p. 130 s.

sarebbero entrambi necessari, là dove la seconda prerogativa non può realizzarsi in assenza della prima⁴⁹. Considerando l'essenzialità della pubblicità ai fini dell'opponibilità rileva che l'attuazione del meccanismo in parola determina l'effetto di «conoscibilità» e, di conseguenza, l'opponibilità del fatto rappresentato⁵⁰. La tutela della «certezza del diritto», quale interesse caratterizzante il funzionamento del «sistema pubblicitario», si struttura in un procedimento che ha il suo *incipit* nella conoscibilità, strumentale alla tutela riconosciuta al diritto, fino a produrre i suoi effetti sul piano sostanziale.

Quanto auspicato dalla dottrina ha trovato conforto nell'art. 2645 *quater* c.c. il quale dispone la trascrivibilità degli atti costitutivi di vincoli di uso pubblico⁵¹.

3. Delimitazione di ipotesi applicative indici della ragionevolezza dell'impostazione dell'indagine e dell'opzione amministrativa prescelta. La potestà conformativa del rapporto proprietario da parte della pubblica Amministrazione e sul controllo amministrativo nella disciplina dei beni culturali e paesaggistici

La complessità funzionale del sistema pubblicitario⁵² si innesta sul fenomeno della conformazione del rapporto proprietario da parte di un potere esterno e in particolare della pubblica Amministrazione. Quest'ultimo si determina quando la legge, attribuendo ad un'autorità pubblica una potestà confor-

⁴⁹ M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., p. 22 ss. Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, ESI, rist. 1993, p. 61 ss. L'atto trascritto offre un utile riferimento oggettivo ai terzi e all'ordinamento in sede di valutazione del conflitto fra più aventi causa. Viene in rilievo la funzione di tutela della certezza giuridica attribuita alla trascrizione. Discorre di tutela del c.d. commercio giuridico, S. PUGLIATTI, (voce) *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 57 ss. Cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, Giuffrè, 1973, p. 12 ss.

⁵⁰ M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., p. 13 ss.

⁵¹ Pertanto, nell'ottica di una maggiore tutela dell'interesse pubblico sotteso al vincolo di destinazione emerge la portata dell'art. 2645 *quater* c.c. In dottrina, cfr., G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheggio* (a commento di Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 318), in *Studium iuris*, 2010, 3, p. 243, e in www.gaeetanopetrelli.it; ID., *Trascrizione di atti costitutivi di vincoli pubblicistici*, in www.gaeetanopetrelli.it.

⁵² Rintraccia nella trascrizione un istituto «plurale» nel quale trovano tutela sia interessi privati sia interessi pubblici, G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., p. 689 ss. Cfr. Cass., 12 dicembre 2003, n. 19058, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, f. 12. In particolare, la prenotazione realizza una tutela per il trascrivente, profilo che emerge sia con riguardo al contratto preliminare sia con riferimento alla trascrivibilità del contratto condizionato e delle domande giudiziali, P. PERLINGIERI, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 750.

mativa, rende strumentale un certo “tipo” di proprietà⁵³ all’attuazione di determinati interessi. Segnatamente le proprietà particolari devono essere coordinate con altri beni o valori di rilevanza o di interesse collettivo dei quali fanno parte (come, per esempio, il territorio, il paesaggio, l’ambiente, la città) che ricevono una tutela definibile «pubblicistica». L’incidenza conformativa si esprime nella sottoponibilità sia al controllo amministrativo di alcuni poteri e facoltà del proprietario sia nella previsione di doveri di esercitare altre facoltà nel rispetto di modalità predefinite.

Come già altrove si è sottolineato i diritti di uso pubblico si caratterizzano per un criterio di tipo finalistico, in ragione della loro costituzione per il conseguimento di fini di interesse pubblico corrispondenti a quelli ai quali servono i beni del demanio.

Si pensi ai c.dd. vincoli a parcheggio ad uso pubblico⁵⁴, ovvero i diritti d’uso apposti su beni immobili privati rilevanti sul piano storico, artistico o paesaggistico, o alle biblioteche o agli archivi di proprietà privata rispetto ai quali il diritto di uso pubblico si sostanzia nel diritto di visita pubblica che si innesta nel regime del bene di rilevanza culturale⁵⁵.

D’altronde la disciplina dei beni culturali e paesaggistici prevede, come già accennato, una serie di vincoli che comprendono sia misure di protezione alle quali è assoggettato l’esercizio dei poteri di godimento e di disposizione⁵⁶ sia obblighi o doveri di conservazione diversificati in base alla natura pubblica o

⁵³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 338.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 318, cit. Si può ricordare come la ricostruzione si avvale della portata della conformazione della proprietà in funzione di un equilibrato e ordinato sviluppo urbanistico mediante atti di autonomia costitutivi di vincoli di destinazione d’uso. Alla luce dell’art. 2645 *quater* c.c. si può ricorrere in tali casi ai c.dd. atti di asservimento delle aree a parcheggio.

⁵⁵ L’art. 104 del codice dei beni culturali cit. stabilisce che sono soggetti a fruizione ovvero a visita da parte del pubblico «i beni culturali immobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante; le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell’arte e della cultura in genere, ovvero come testimonianze dell’identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive e religiose, le collezioni». Il privato può scegliere le modalità di visita concordandole con il soprintendente.

⁵⁶ 56 Artt. 20-28 e 146-154, d.lgs. n. 42 del 2004. Cfr. da ultimo le puntualizzazioni del Cons. Stato, ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 5, in *Foro it.*, 2023, 2, III, c. 47 ss., con nota di G. BOTTO, *Tutelare il valore culturale immateriale: il vincolo di destinazione d’uso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 517 ss.

privata dei soggetti proprietari⁵⁷.

4. La portata applicativa della sussidiarietà funzionale quale principio promozionale del sistema delle autonomie con funzione ordinante, in concorso con la differenziazione e l'adequatezza. I vincoli di interesse storico e artistico. La funzione conformativa dell'oggetto della *substantia* di bene culturale connotata dalla idoneità effettiva alla fruizione

Nel solco sinora tracciato giova affermare che la prospettiva di un assoggettamento ad una disciplina giuridica peculiare di beni qualificabili come culturali di proprietà pubblica o di proprietà privata muove dall'applicazione del concetto di destinazione funzionale al patrimonio culturale dello Stato.

A tale complessa tutela non è estranea l'attività dei pubblici poteri. Spetta alla pubblica Amministrazione, con provvedimento motivato⁵⁸, stabilire e riconoscere se un bene è idoneo a soddisfare gli interessi in questione⁵⁹. La valutazione della pubblica Amministrazione ha carattere di discrezionalità tecnica⁶⁰.

Circa il contenuto delle limitazioni, la legge, di solito, non esclude che il proprietario possa demolire, modificare, alienare, l'immobile ma subordina tali atti alla denuncia alla pubblica Amministrazione affinché essa, in un termine perentorio⁶¹, in caso di volontà di vendere o di esportare, possa esercitare il suo

⁵⁷ Artt. 30 ss., d.lgs. n. 42 del 2004, cit. Cfr. A. Gambaro, Il diritto di proprietà, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo, Milano, Giuffrè, 1995, p. 436, secondo il quale i vincoli, pur specificandosi «in funzione della natura dei beni e della loro situazione di appartenenza», sono unificati dallo scopo della tutela conservativa. Per una sintesi ragionata della normativa e della dottrina sul punto si rinvia a G. Carapezza Figlia, Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta, in Rass. dir. civ., 2011, p. 1074, al quale si devono parte degli esempi riportati.

⁵⁸ T.A.R. Campania, 28 aprile 2000, n. 1200, in TAR, 2000, I, p. 3321: il provvedimento che dispone l'espropriazione di beni di interesse storico e artistico deve essere congruamente motivato con riferimento alle ragioni di pubblico interesse che lo hanno reso necessario, anche con riferimento agli interessi privati da sacrificare; Cons. St., 8 aprile 1964, n. 284, in Rep. Foro it., 1964, voce Monumento pubblico e oggetti antichi e artistici, n. 31.

⁵⁹ Artt. 12 ss. del d.lgs. n. 42 del 2004, cit. Per esempio storico, artistico. Cfr. T.A.R. Campania, 28 aprile 2000, n. 1200, cit.

⁶⁰ La pubblica Amministrazione può procedere alla revisione degli atti di notifica dei beni qualificati di interesse storico o artistico, per rinnovare o modificare i vincoli già imposti. Cfr. Cons. St., 15 aprile 1964, n. 322, in Rep. Foro it., 1964, voce Monumento pubblico e oggetti antichi o artistici, n. 41; anche l'atto di riscossione deve essere motivato, Cons. St., 27 gennaio 1960, n. 22, cit., secondo la quale è sufficiente il richiamo del precedente vincolo; Cons. St., 26 ottobre 1966, n. 725, in Rep. Foro it., 1966, voce Monumento pubblico e oggetti antichi o artistici, nn. 41 e 43.

⁶¹ Artt. 21 ss. del d.lgs. n. 42 del 2004, cit.

diritto di prelazione⁶², ovvero possa autorizzare il privato a compiere l'atto⁶³.

Va, infine, rilevato che soggetti passivi della normativa in esame sono non soltanto i proprietari ma tutti coloro che, a qualsiasi titolo, posseggono o detengono i beni di interesse storico, artistico, archeologico o etnografico⁶⁴.

5. Dalla ricerca degli interessi perseguiti in concreto all'enucleazione di una funzione economico-sociale dell'atto di autonomia. Attitudine della trascrizione dei vincoli culturali e ambientali su beni immobili a realizzare sia finalità pubblicistiche di protezione sia la valorizzazione dei beni, attuando la portata conformativa del vincolo

La riflessione si innesta sulle ipotesi di proprietà funzionalizzata che determinano un «diritto di codeterminazione dei non proprietari nella utilizzazione della co-

62 Art. 60 del d.lgs. n. 42 del 2004, cit. Cons. St., 13 ottobre 1993, n. 706, in *Cons. St.*, 1993, I, p. 1283; Cons. St., 3 aprile 1992, n. 226, in *Foro amm.*, 1992, p. 806; Cass., Sez. un., 1 luglio 1992, n. 8079, in *Rep. Foro it.-dvd.*, 1992, voce *Antichità*, n. 73, secondo la quale la prelazione attribuita alla p.a. comporta l'esercizio di un potere di acquisizione coattiva del bene. Cfr. T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, 10 settembre 2019, n. 203, in *Guida dir.*, 2019, 45, p. 28; Cons. St., 3 ottobre 2018, n. 5671, in *De Jure online*, secondo la quale «[i]l possesso ventennale ad usucapionem di un bene soggetto a prelazione storico artistica non estingue il diritto di prelazione spettante allo Stato in base ad un precedente atto di alienazione non denunciato, se non sia stato esercitato secondo modalità confliggenti con il diritto di prelazione stesso». Sulla prelazione artistica, cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 442 ss.

63 Cass., 2 maggio 1964, n. 1044, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Monumento pubblico e oggetti antichi o artistici*, n. 55.

64 Cons. St., 11 maggio 1960, n. 319, *cit.* In tale ambito bisogna sottolineare il graduale passaggio da una tutela difensiva e conservativa del patrimonio culturale (artistico, storico, archeologico o etnografico) ad una prospettiva promozionale, dinamica, della tutela del «patrimonio storico e artistico della Nazione» ex art. 9 cost. Infatti, nel godimento collettivo e personale dei beni deve essere evidenziato il riconoscimento del carattere attivo, promozionale, del valore culturale, profilo che si ricava già dalla definizioni del bene culturale quale «bene di interesse pubblico», bene rilevante più che in termini di «appartenenza», di «fruizione», di godimento diffuso. Un bene sul quale «coesistono» il «dominio pubblico» sul valore culturale espresso dalla *res*, con il «dominio utile» riconosciuto al proprietario, P. CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'art. 9 della Costituzione*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, I, p. 229 ss., sulla scia dell'insegnamento di M.S. GIANNINI, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 20 ss.; A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., p. 277 ss. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà collettiva*, in AA. VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 140. Ampi riferimenti in argomento in A. TARTAGLIA POLCINI, *Sub art. 826*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, III, Napoli, ESI, 2010, p. 103 ss. Cfr. Cass., 27 novembre 2013, n. 26496, in *De Jure online*. A completamento delle riflessioni sin qui compiute, la nozione complessa di patrimonio culturale, artistico archeologico o etnografico per come è ricavabile dalla normativa, pur sempre interpretata alla luce dall'art. 9 cost., è idonea a ricomprendere anche i beni paesaggistici (sulla base di una nozione ampia di ambiente che ne sottolinea il carattere valoriale e la complessità contenutistica). Sulle modifiche e le integrazioni all'art. 9 cost. v. l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

sa altrui»⁶⁵.

La trascrizione dei vincoli culturali⁶⁶ e paesaggistico-ambientali⁶⁷ su beni immobili realizza sia finalità pubblicistiche di protezione sia la valorizzazione dei beni, attuando la portata conformativa del vincolo⁶⁸.

L'art. 15, comma 1, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 cit. prevede che, per i beni privati il vincolo culturale deriva dal procedimento di dichiarazione di interesse culturale *ex* art. 13, la dichiarazione va notificata al proprietario, possessore o detentore dei beni quando «*rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere*», o quali «*testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose*»⁶⁹.

La normativa consente di soddisfare l'interesse culturale mediante un vincolo gravante su un bene. Sintetizzando un dibattito assai vasto la «*dichiarazione di interesse culturale*»⁷⁰ determina l'assoggettamento al regime di conservazione, tutela e valorizzazione, incidendo sulle facoltà di godimento e disposizione⁷¹.

I provvedimenti dichiarativi di vincoli culturali devono essere trascritti nei registri immobiliari a cura dell'amministrazione preposta nell'interesse del privato e di terzi qualificati⁷².

65 F. GALGANO, in AA. VV., *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, Napoli, ESI, 1983, p. 67.

66 Artt. 12, comma 7, 45, comma 2, 47, comma 2, 55 *bis*, 56, comma 4 *ter*, 57 *bis*, comma 2, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio come modificato dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 5, *cit.*

67 Art. 140, commi 3 e 4, 141, comma 3, 141 *bis* del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *cit.* s.m.i.

68 Nell'art. 2645 *quater* c.c. emerge il ruolo dell'autonomia negoziale tra privato e pubblica Amministrazione per l'attuazione delle previsioni normative statali o regionali. I limiti, i vincoli al diritto di proprietà a favore di soggetti privati (art. 2645 *ter* c.c.) o pubblici (art. 2645 *quater* c.c.) sono manifestazione della funzione e utilità sociale della proprietà. D'altronde il contratto è chiamato a confrontarsi con una «*complessità sociale che deve risolvere problemi ben più difficili dell'allocazione proprietaria dei beni a godimento esclusivo: ad esempio, giustificare in termini non proprietari la legittimazione della utilizzazione e conseguente distribuzione di risorse individuali e collettive*», P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto, o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 279.

69 Art. 10, comma 3, lett. d) del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *cit.*

70 Cfr. artt. 12 ss. del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *cit.*

71 Prelazione ministeriale *ex* artt. 60 e 61 del d.lgs. n. 42 del 2004, *cit.*

72 Art. 15, comma 2, d.lgs. n. 42 del 2004, *cit.* Qualora non sia stato trascritto il vincolo, l'acquirente che dichiara di aver subito un danno per aver ignorato l'esistenza del vincolo, può chiedere il risarcimento del danno.

I vincoli culturali di fonte negoziale (art. 2645 *quater* c.c.) sarebbero trascrivibili nei registri immobiliari come previsto nella disciplina dei beni culturali⁷³. Pertanto, gli artt. 2645 *ter* e *quater* c.c. possono essere utilizzati anche nell'ambito delle convenzioni per la valorizzazione dei beni culturali. A tal proposito, volendo circoscrivere un'ipotesi applicativa il riferimento potrebbe riguardare un soggetto privato che per valorizzare il proprio bene di rilevanza culturale potrebbe costituire un vincolo di interesse culturale *ex* art. 2645 *quater* c.c., mediante un atto unilaterale o una convenzione con il Ministero competente – o con il sovrintendente – che produca effetti simili al procedimento di dichiarazione⁷⁴.

6. Applicazioni metodologiche della sussidiarietà funzionale nella triade autodeterminazione-atto-rapporto. I vincoli derivanti da piani e da altri strumenti urbanistici. Opportunità di una delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2645 *quater* c.c., con riferimento ad ogni «altro» vincolo, in funzione del «fine» che caratterizza il vincolo medesimo

L'attenzione rivolta all'art. 2645 *quater* c.c. intesa a sottolineare il carattere della destinazione funzionale induce ad ulteriori riflessioni. Sotto distinto, seppur correlato, profilo si deve sottolineare che la proprietà fondiaria assume un duplice sviluppo soprattutto nella legislazione speciale e nella riflessione della dottrina: da un lato, la «proprietà edilizia» segue la tendenza ad evolversi in «proprietà urbana»⁷⁵; dall'altro, la «proprietà agraria» si caratterizza in termini di

⁷³ Art. 15, comma 2, d.lgs. n. 42 del 2004, *cit.*

⁷⁴ *Ex* art. 15 del d.lgs. n. 42 del 2004, *cit.* V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale, e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, ESI, 2015, p. 172 s.; F. BENATTI, *Le forme della proprietà*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 194 s. Cfr. B. MASTROPIETRO, *Trascrizione di atti costitutivi di vincolo. Art. 2645 quater*, *cit.*, p. 152 ss. per le riflessioni proposte a proposito della convenzione per l'accessibilità del pubblico ai beni culturali. Cfr., inoltre, sulle convenzioni per la valorizzazione a fini culturali A. NERVI, *Convenzioni per la valorizzazione a fini culturali*, in F. GIGLIONI e ID. (a cura di), *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Trat. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2019, p. 221 ss. Cfr. in una prospettiva più ampia E. BATTELLI, *Il ruolo dei soggetti privati nella valorizzazione dei beni culturali tra sussidiarietà orizzontale e innovazione tecnologica*, in E. CAPOBIANCO, P. GIOVANNI e M. D'AMBROSIO (a cura di) *Circolazione e teoria dei beni*, Collana Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Sezione Atti e Materiali, 6 Napoli, ESI, 2021, p. 309 ss.

⁷⁵ E. CATERINI, *Proprietà*, *cit.*, p. 213 s. Una evoluzione (che sottende una scelta di politica legislativa) quale risultato di una attenzione ai bisogni dell'uomo e della rinnovata sensibilità a garantire una determinata qualità dell'ambiente, cfr. Cons. St., 28 novembre 2012, n. 6040, in www.leggiditalia.it, che mette in relazione l'espansione edilizia del territorio con diversi interessi costituzionalmente garantiti: l'ambiente, il paesaggio, le esigenze abitative e quelle di tutela

«proprietà rurale»⁷⁶.

Nell'economia delle presenti riflessioni occorre soffermare l'attenzione sulla proprietà urbana. La «*disciplina urbanistica*» tende a conformare le singole proprietà private orientandole funzionalmente ad un interesse pubblico, diversificandone le destinazioni anche quando nessuna differenziazione preesiste in relazione alla fisionomia fisica dei fondi sui quali insiste il diritto di proprietà. Si pone, quindi, in posizione dialettica con altre discipline con carattere generale ed astratto che possono orientare funzionalmente, oltre che sul piano finalistico, le situazioni di appartenenza o lo svolgimento di attività economiche, produttive e ricreative, in riferimento a un predefinito insieme di beni o di attività identificati in base ad alcune loro caratteristiche oggettive. Inoltre, il tessuto urbano manifesta una complessità dovuta alla interrelazione non soltanto dei rapporti reali con l'apparato statale ma anche alle crescenti esigenze di socialità e di fruizioni di spazi comuni in una visione contemporanea della città (basta pensare all'edilizia sensibile alla tutela dell'ambiente o eco-sostenibile, alla previsione di spazi aggregativi adeguati, alla manutenzione degli spazi pubblici, agli orti urbani, più in generale un approccio innovativo alla *governance* urbana e alle *smart cities*) alla quale non sono estranee una capacità progettuale e una connotazione programmatica intesa a promuovere la coesione economica-sociale e la qualità della vita⁷⁷.

della salute; Cons. St., 10 maggio 2012, n. 2710, in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 680: «*le potenzialità edificatorie dei suoli*», devono essere valutate «*non in astratto ma in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione di futuro sulla propria stessa essenza*». Cfr., A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 7, 1, Torino, Utet, 1982, p. 518. Sull'edilizia sostenibile, F. FOLLIERI, *Lo "sviluppo urbano sostenibile"*. Considerazioni «*de iure condito*» e «*de iure condendo*», in www.federalismi.it, 2018.

⁷⁶ E. CATERINI, *o.l.u.c.* Cfr. F. CASUCCI, *Spunti di diritto rurale: prime considerazioni*, in ID. e G. SANGIUOLO (a cura di), *Diritto e politica dello sviluppo rurale nell'ordinamento italo-comunitario*, Napoli, ESI, 1998, p. 24.

⁷⁷ A. TARTAGLIA POLCINI, «*Real Estate Sostenibile e Intelligente*». *Spunti da una esperienza di ricerca applicata*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2020, p. 222 ss., ID., *Patrimonio culturale: dal "particolare" all'"universale"*. *Spunti per una ricerca*, in *ivi*, 2022, p. 195 ss. Cfr., da ultimo, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. «Decreto Semplificazioni 2020») ha apportato modifiche alla disciplina dettata dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (t.u. in materia edilizia) Un dato deve essere richiamato ossia la dimensione funzionale dell'attività amministrativo-gestionale (argomentando dall'art. 41, comma 3, cost. nel suo riferimento alla programmazione), in particolare se strumentale alle concrete esigenze di crescita della

Infatti, la disciplina urbanistica è programmata in funzione della disciplina degli usi dei territori ad elevata presenza umana⁷⁸ – le città in primo luogo – nei quali si manifesta una edilizia di prossimità che comporta la possibilità che l'esercizio del diritto ad edificare generi risvolti negativi sull'attuazione dell'interesse generale o di interessi particolari⁷⁹.

Lo sviluppo sul piano politico-normativo e sociale-culturale che ha interessato la «*proprietà urbana*» conduce all'interpretazione di alcune espressioni utilizzate dal legislatore nel testo dell'art. 2645 *quater* c.c. indici di una complessità fenomenica sottesa ai vincoli di destinazione di uso pubblico. Infatti, quest'ulti-

redditività e della competitività degli assetti patrimoniali che accomunano categorie diverse di proprietari. Cfr. A. TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in P. PERLINGIERI e ID. (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti, La cultura del diritto civile*, Napoli, ESI, 2013, p. 215 ss.

⁷⁸ Un riferimento normativo si rinviene nella Carta europea dei Diritti dell'Uomo nelle Città (firmata a Saint Denis il 18 maggio 2000) che, all'art. 1, sancisce: «*[l]a città è uno spazio collettivo che appartiene a tutti gli abitanti, i quali hanno il diritto di trovarvi le condizioni necessarie per appagare le proprie aspirazioni dal punto di vista politico, sociale ed ambientale, assumendo nel contempo i loro doveri di solidarietà*». Il comma 2 richiama il rispetto della dignità di tutti e la qualità della vita degli abitanti come obiettivi ai quali deve tendere l'azione delle autorità comunali. Cfr. gli artt. 18, 19 e 21, ove si afferma il diritto dei cittadini: ad un ambiente sano; ad una «urbanistica armoniosa» (intesa come «*relazione armoniosa tra l'habitat, i servizi pubblici, le strutture, il verde pubblico, le attrezzature destinate ad uso collettivo*», che sottende la partecipazione dei cittadini alla pianificazione e «*gestione urbana che possa ottenere l'equilibrio tra l'urbanistica e l'ambiente*»); a disporre del tempo libero. La città come «risorsa di un nuovo spazio politico e sociale» impone – secondo il Preambolo alla citata Carta europea – «*di riconoscere nuovi diritti: il rispetto dell'ambiente, la garanzia di un cibo sano, di tranquillità, di possibilità di scambi e di svaghi, ecc.*». M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 99, osserva che la sfida odierna in materia urbanistica si pone in termini di vivibilità, recupero del degrado, coesione sociale, tutela della salute e salubrità dell'ambiente. Cfr. T.A.R. Catania, 26 marzo 2012, n. 858, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3, p. 1009 (s.m.). Inoltre, nella pianificazione urbanistica trovano spazio anche le esigenze di tutela ambientale ed ecologica, T.A.R. Milano, Lombardia, 7 maggio 2020, n. 751, in *De Jure online*.

⁷⁹ Un'edilizia di prossimità che comporta un governo del territorio in funzione anche della «pacifica» convivenza. Un aspetto non secondario riguarda la circostanza che le implicazioni negative non sempre sono governabili mediante accordi spontanei fra i proprietari. Ampi riferimenti sul punto A. GAMBARO, *L'incidenza della disciplina pubblicistica sulla conformazione del diritto di proprietà. Obbligazioni propter rem e vincoli pubblicistici nascenti da convenzioni urbanistiche e dagli atti di obbligo*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, cit., p. 33 ss. Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, 2, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 68 ss. ove si precisa che «*sebbene la pianificazione possa essere in tal modo giustificata, in quanto strumento per correggere il fallimento del mercato e produrre un'allocazione spaziale delle risorse efficiente, deve comunque tenersi ben presente che nella realtà la pianificazione è un istituto altamente politico, che poco assomiglia al freddo, tecnocratico bilanciamento dei costi e dei benefici implicato nel nostro modello*» (ivi, p. 77). Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRESCIA, F. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritti reali*, in *Diritto civile*, 2, Torino, Utet, 1988, p. 121 ss.

ma disposizione, nella sua seconda parte, si riferisce ad ogni «*altro*» vincolo⁸⁰: ci si è interrogati sulla portata del «*fine*» che caratterizza tali vincoli, in modo da delimitare il perimetro di applicazione della disposizione stessa anche a fronte del precedente richiamo ai vincoli di uso pubblico. Secondo i primi commentatori⁸¹ il fine deve essere indicato dalle normative statali e regionali. Invece, con riferimento ai provvedimenti comunali questo deve intendersi riferito agli strumenti di pianificazione territoriale.

Fra i vincoli ricompresi nella casistica sottesa all'art. 2645 *quater* c.c. si annoverano i vincoli previsti negli strumenti urbanistici. La pianificazione territoriale a livello comunale è preordinata a dare attuazione agli obiettivi e alle linee programmatiche del piano quadro in vincoli, destinazioni in senso ampio, limitazioni e modalità d'uso del territorio al fine di promuovere e attuare uno sviluppo organizzato, armonico e sostenibile, inteso alla garanzia delle vivibilità o abitabilità degli spazi urbani con attenzione alla selezione e alla composizione degli interessi pubblici e privati (in una dimensione solidaristica e in una logica di governo del territorio)⁸².

In tale contesto, il piano regolatore generale⁸³ è lo strumento urbanistico previsto per contemperare l'interesse particolare del singolo titolare del diritto, incentrato sulla libera manifestazione della facoltà di edificare il suolo del quale

80 Testualmente: «o comunque ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

81 B. MASTROPIETRO, *Il nuovo art. 2645-quater c.c. in materia di trascrizione di vincoli pubblici*, in *www.judicium.it*; R. SCUCCIMARRA, *L'art. 2645-quater codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 583 ss.

82 Alla luce di uno sguardo complessivo della normativa di settore è stato sottolineato come è ragionevole sostenere che «la disciplina della proprietà edilizia è rinvenibile al di fuori del codice civile», G. CHIAPPETTA, *Sub art. 869*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Cod. civ.*, cit., p. 252 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 480 ss., il quale si sofferma sulle motivazioni storico-ideologiche del profilo extracodicistico della disciplina della proprietà edilizia. In particolare, il 30 giugno 2002, è entrato in vigore il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, sostanzialmente «con una struttura compilativa e di riordino», si è proposto come obiettivo di «operare un mero coordinamento formale delle disposizioni legislative in materia edilizia», riproponendone sostanzialmente il contenuto della precedente normativa innovando soltanto le parti intese ad evitare contraddizioni e a ordinare le stesse secondo un progetto di «consequenzialità logica», G. CHIAPPETTA, *o.l.u.c.* Cfr. M. BASSANI e V. ITALIA, *art. 1*, in AA.VV., *Testo unico sull'edilizia. Commento al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*, a cura di V. ITALIA, Milano, Giuffrè, 2002, p. 6 ss.

83 Sui principi generali e sui contenuti del piano regolatore generale ampia è la letteratura, fra gli altri: A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, VI, *Diritto urbanistico*, Napoli, Jovene, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 386 ss.

si è titolare⁸⁴, con l'interesse pubblico-generale dell'ente (rappresentante delle istanze della comunità dei *cives* stanziata su un dato territorio) strumentale a un controllato, sostenibile ed equilibrato sviluppo del territorio urbano⁸⁵. D'altronde la l. urb. 17 agosto 1942, n. 1150, specifica il procedimento di formazione, di pubblicazione e di approvazione del piano regolatore generale nonché il suo contenuto, la sua durata ed i suoi effetti⁸⁶.

A ben vedere, siamo in presenza di rapporti a contenuto pubblico o che attuano interessi pubblici in riferimento a fonti costituite da atti giuridici in senso stretto che attuano l'autodeterminazione dalle parti (in senso stretto o nella dimensione di partecipante), in attuazione sia della funzione o utilità sociale sia del principio costituzionale di sussidiarietà funzionale (artt. 5 e 118,

84 E. CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 231 ss., sottolinea la tendenza di politica legislativa intesa a disciplinare la materia in direzione della disciplina urbanistica dei suoli edificabili, assumendo rilievo l'attenzione verso i bisogni degli uomini e l'attenzione a garantire a tutti gli abitanti una determinata qualità dell'ambiente, indipendentemente dalle fasce sociali-economiche di appartenenza.

85 G. CHIAPPETTA, *o.l.u.c.* Cfr. E. CATERINI, *o.u.c.*, p. 217 ss., mette in evidenza che nello strumento della pianificazione – che coinvolge il rapporto proprietario in particolare nelle vicende di godimento e disposizione che sottendono l'uso del bene secondo la destinazione programmata nel piano – è doveroso tenere distinti un contenuto necessario e uno discrezionale, «uno spaziale e l'altro temporale», «uno quantitativo e uno qualitativo» e, infine, «quello territoriale e l'altro finanziario». Cfr. l. reg. Campania, 22 dicembre 2004, n. 16, «Norme sul governo del territorio».

86 Modificata e integrata dalla l. 6 agosto 1967, n. 765, nonché dalla l. 19 novembre 1968, n. 1187. Il piano regolatore, ai sensi dell'art. 7 l. urb., deve indicare essenzialmente: «1) la rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferroviarie e navigabili e dei relativi impianti; 2) la divisione in zone del territorio comunale, con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona; 3) le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù; 4) le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico, nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale; 5) i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico; 6) le norme per l'attuazione del piano». Basterà ricordare che la formazione del piano regolatore è obbligatoria per tutti i comuni compresi negli appositi elenchi approvati con decreto dell'autorità regionale. Inoltre, i comuni che non hanno adottato un piano regolatore devono includere nel proprio regolamento edilizio un «programma di fabbricazione», con l'indicazione dei limiti nonché con la precisazione dei «tipi edilizi o propri» di ciascuna zona. Un'ulteriore notazione può essere compiuta. Il riferimento codicistico ai piani regolatori generali e ai regolamenti edilizi è indicativo e non riferibile ad una determinata tipologia, come può desumersi dalla legislazione che ha introdotto diversi strumenti, ai quali è riconosciuta la facoltà di apportare modifiche ai piani e ai programmi urbanistici già esistenti. Cfr. G. CHIAPPETTA, *o.l.u.c.* Sull'interpretazione estensiva dei termini «piano regolatore» e «regolamento edilizio», quali mezzi intesi a disciplinare l'attività edificatoria: Corte cost., 27 luglio 1995, n. 408, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2900; Cass., 1 luglio 1994, n. 6273, in *Rep. Foro it.*, voce *Agricoltura*, n. 122. D'altronde, è stato affermato da Cons. St., 26 ottobre 1994, n. 883, in *Cons. St.*, 1995, I, p. 1000, che gli strumenti urbanistici legittimamente applicabili sono soltanto quelli previsti, in numero chiuso, dalla legge, con conseguente esclusione della facoltà dell'amministrazione di introdurre nuove categorie di pianificazione urbanistica.

comma 4, cost.)⁸⁷.

Ampliando la prospettiva di analisi, a tal proposito la pubblica Amministrazione promuove un coinvolgimento del privato ai diversi livelli nei compiti amministrativi e nell'esercizio delle funzioni pubbliche. A tale evoluzione non sono estranei i valori quali criteri di bilanciamento di istanze contrapposte o concorrenti. L'interpretazione sistematica dei primi cinque articoli della Costituzione conduce ad una visione della persona dotata di diritti inviolabili ma an-

87 L'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 recita testualmente: «1. In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017». Le finalità dell'intervento legislativo sono chiarite nella *Relazione illustrativa del Governo degli articoli e degli allegati*; segnatamente, in essa si afferma: «L'articolo recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo. Il fondamento costituzionale di un tale modello si rinviene nell'art. 118, comma 4, Cost., in quanto esso costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale coinvolgendo la società civile nello svolgimento di funzioni amministrative, e nell'art. 2 Cost., configurando altresì uno strumento di attuazione dei doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista su cui si fonda la nostra Costituzione. Occorre pertanto consentire un bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà orizzontale, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori parimenti protetti dalla Costituzione (cfr. Corte cost. n. 218/2021, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti gravante sui concessionari). Il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni. A tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato). In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici. Si supera così il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 con cui il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità con il diritto eurounitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal codice del Terzo settore [...]. Il modello in questione è coerente, infine, con il modello del partenariato pubblico – pubblico di cui al vigente art. 5, comma 6 del Codice dei contratti pubblici, che sarà sostituito dal proposto art. 6 del Codice, fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni. La co-amministrazione pubblico-privato proposta non si basa infatti sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico (secondo le indicazioni della Corte costituzionale, sent. 131/2020)». Cfr. C. MIGNONE, *Gli accordi di co-progettazione ex art. 55 c.t.s. Ambito operativo, causa, parametri di realizzazione degli interessi,*

che di doveri inderogabili (art. 2 cost.) e fra questi assume rinnovato vigore il «dovere di svolgere», in base alle proprie scelte e alla luce delle proprie possibilità, «un'attività o una funzione che concorra» o promuova il «progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2, cost.). La Costituzione contempla la possibilità che ciascun privato possa, in regime di autonomia, svolgere una funzione con la quale possa essere protagonista attivo e farsi carico di compiti pubblici (art. 118, comma 4, cost.)⁸⁸.

in *Corti salernitane*, 2022, p. 473 ss. il quale rileva, a proposito del fondamento causale della co-progettazione, che «la causa del negozio è chiaramente espressiva della etero-destinazione dei risultati dell'attività programmata. Essa esprime la funzionalizzazione della fattispecie negoziale a un risultato ulteriore rispetto a quello partecipativo puro. Un risultato che guarda "alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti" (art. 55, comma 3, c.t.s.)». Cfr. M. D'AMBROSIO, *Lucratività e scopo ideale alla luce della riforma del terzo settore*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 381. Corte cost., 20 maggio 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1439 ss., con commento di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo settore*; E. CASTORINA, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 355 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a Corte cost. 26 giugno, n. 131*, in *federalismi.it*, 2020, p. 88 ss.; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 49 ss.

88 Deve essere recuperata anche la valenza dei criteri della prossimità funzionale e della flessibilità (argomentando dall'art. 5 cost.). Inoltre, il richiamo all'art. 118 cost. permette di recuperare la portata conformativa e l'attitudine definibile costitutiva dell'autonomia negoziale. Cfr. P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; ID., *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Atti del 10° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, ESI, 2016, p. 578 ss. Il principio di sussidiarietà (in particolare orizzontale, ex art. 118 cost.) «sconvolge» la teoria dell'interpretazione e dell'applicazione perché rende «fonte» anche l'autonomia privata (ora come strumento di regolazione dei rapporti ora quale mero atto di iniziativa): ID., *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 105 s. In tal contesto, entra in crisi una visione statalista che implica una trasformazione, uno svolgimento o comunque un'evoluzione del potere-dovere nel quale si sostanzia la funzione amministrativa.

BARBARA MAMELI

Professore associato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di giurisprudenza e scienze politiche, economiche e sociali
dell'Università del Piemonte Orientale
barbara.mameli@uniupo.it

LA FUNZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA E NEL SISTEMA ECONOMICO. UN RIPENSAMENTO

THE FUNCTION OF ADMINISTRATION IN CONTEMPORARY SOCIETY AND THE ECONOMIC SYSTEM. A RETHINK

SINTESI

La riflessione verte sulla nozione di interesse pubblico, sulla sua individuazione -prima politica e poi amministrativa- alla luce del PNRR, dei recenti decreti semplificazione, della giurisprudenza del Consiglio di Stato, per focalizzarsi sul ruolo che l'amministrazione sarà chiamata a svolgere, considerando se automatismi e silenzi del procedimento decisionale non rischino di eliminare la scelta amministrativa per consegnarla a politica e mercato, valutando anche quanto la prima si sviluppi ancora su base democratica.

ABSTRACT

The reflection focuses on the notion of public interest, on its identification -first political and then administrative- in light of the PNRR, of the recent simplification decrees, of the jurisprudence of the Council of State, to focus on the role that the administration will be called to play, considering whether automatisms and silences of the decision-making process do not risk eliminating the administrative choice to hand it over to politics and the market, also evaluating how much the former still develops on a democratic basis.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione – interesse pubblico – economia – persona.

KEYWORDS: Public administration – public interest – economy – person.

INDICE: 1. Il tema di riflessione. – 2. Partendo dal silenzio endoprocedimentale e provvedimento, la constatazione dei cambiamenti introdotti. – 3. L'imprenditore nel quadro giuridico che si sta delineando. – 4. Cittadino e imprenditore a confronto, la persona come bene economico. – 5. Il giudice amministrativo di fronte al mercato e alla commistione delle scienze. – 6. Le contraddizioni del cambiamento. – 7. Potere pubblico e mercato, il silenzio della PA. – 8. L'amministrazione inefficiente e il rispetto dei precetti a salvaguardia del mercato. – 9. Qualche considerazione conclusiva.

1. Il tema di riflessione

Da un lato, l'amministrazione con competenze specifiche che, nel rispetto del principio costituzionale del buon andamento, adempie al dovere costituzionale di realizzazione concreta del fine pubblico.

D'altro lato, la crisi economica e l'idea per cui: "un'economia in 'movimento' serve, almeno parzialmente, a nascondere il 'ciclo economico negativo', dando l'impressione che ci sia uno 'sviluppo' e che per di più lo Stato, attraverso il potere legislativo, ne sia un fattore determinante"¹.

La certezza è che l'apparato amministrativo, così come la funzione amministrativa, intesa quale dovere sancito dall'art. 2 Cost. di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà previsti nel Testo costituzionale, comporta un costo elevato che grava sul debito pubblico². Incentrarsi *sull'homo oeconomicus*, anziché sulla persona, consente riduzione di spesa pubblica e arretramento dell'apparato amministrativo.

La riflessione verte sulla nozione di interesse pubblico, sulla sua individuazione prima politica e poi amministrativa alla luce del PNRR, dei recenti decreti semplificazione, della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il decreto semplificazione, o meglio l'obiettivo semplificazione quale necessario risultato primario da perseguire, si è reso indispensabile per assicurare la ripresa economica del Paese. Le novità introdotte sono imposte, perché ritenute in grado di apportare positivi cambiamenti a valori e diritti fondamentali quali solidarietà, inclusione, cultura, competenza delle risorse umane utilizzate dall'amministrazione e, soprattutto, risorse per sostenere politiche climatiche e ambientali³.

Ora, è indubbio che si tratti di scelte politiche, condivisibili o meno, certamente incensurabili e supportate dal PNRR. Pare, però, interessante osservare come tali obiettivi siano destinati ad incidere profondamente sul nostro

1 F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in www.ajpda.it.

2 Cfr. L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 526 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

3 D.L. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla L. n. 108/2021.

ordinamento giuridico, sulla sua interpretazione, su ruolo e disciplina dell'attività amministrativa⁴.

Il provvedimento amministrativo lascia spazio al silenzio, la discrezionalità alla libertà economica e anche la competenza è superata dal silenzio c.d. orizzontale e verticale.

Dinnanzi a questo scenario penso sia opportuno riflettere sul ruolo che l'amministrazione sarà chiamata a svolgere e se automatismi e silenzi del procedimento decisionale non rischiano di eliminare la scelta amministrativa per consegnarla a politica e mercato, considerando anche quanto la prima si sviluppi ancora su base democratica⁵.

Il rischio o il pregio di tali cambiamenti è la trasformazione del nostro ordinamento giuridico in un ordinamento dove l'interpretazione politica e amministrativa dei diritti e libertà fondamentali⁶ cede il passo a valutazioni affidate a modelli economici⁷. Scienza giuridica e etica, oltre agli altri saperi delle di-

4 Nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), "buona amministrazione" designa uno dei quattro assi (l'asse B) per la realizzazione del programma di interventi e investimenti per la riforma della PA. Si legge nel Piano che, mediante tali riforme e investimenti, si persegue "la finalità di eliminare i vincoli burocratici, rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, e ridurre tempi e costi per cittadini e imprese". Oltre a favorire la stessa applicabilità del Piano, l'investimento e l'azione di riforma perseguono alcuni obiettivi più generali, ovvero: la riduzione dei tempi per la gestione delle procedure, con particolare riferimento a quelle che prevedono l'intervento di una pluralità di soggetti, quale presupposto essenziale per accelerare gli interventi cruciali nei settori chiave per la ripresa; la liberalizzazione, semplificazione (anche mediante l'eliminazione di adempimenti non necessari), reingegnerizzazione e uniformazione delle procedure, quali elementi indispensabili per la digitalizzazione e la riduzione di oneri e tempi per cittadini e imprese; la digitalizzazione delle procedure amministrative per edilizia e attività produttive, per migliorare l'accesso per cittadini e imprese e l'operatività degli Sportelli Unici per le Attività Produttive e per l'Edilizia (SUAP e SUE), attraverso una gestione efficace ed efficiente del *back-office*, anche attraverso appositi interventi migliorativi della capacità tecnica e gestionale della PA.

5 L'errore potrebbe essere di prospettiva. L'apparato amministrativo è colpevolizzato per essere un costo per le imprese e si ritiene debba essere semplificato, accelerato, se possibile eliminato, dimenticando, con pericolose ripercussioni, il ruolo che la Costituzione attribuisce al soggetto pubblico. Le indicazioni europee potrebbero essere intese come un obbligo a dotarsi di un'amministrazione efficiente e non quale obbligo a una generale liberalizzazione dell'attività economica. B. MAMELI, *Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2022, 691 ss.

6 A. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2020: "Lo Stato costituzionale contemporaneo, democratico e pluralista, si fonda sui principi della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della centralità e dignità della persona umana. Sebbene l'importanza di questi valori fosse evidente già a partire dal XVIII secolo, è stata tuttavia la drammatica esperienza della Seconda guerra mondiale a convincere della necessità di esplicitare quei principi, oltre che in ambito internazionale, anche all'interno delle Costituzioni nazionali".

7 La trasformazione di un'"Europa di cittadini, di diritti e di valori", in un'"Europa di mercanti" così G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 141.

scipline umanistiche (filosofia, politica, sociologia ...) sono sopraffatte dalle scienze dure, ma non per questo certe⁸, che, utilizzando il principio di precauzione, rischiano di imporre traguardi favorevoli al mercato, senza considerare adeguatamente l'impatto sui diritti fondamentali⁹.

La pandemia prima e il PNRR poi hanno fatto da *driver* per un mutamento di prospettiva significativo¹⁰ e due recenti pronunce del Consiglio di Stato mi aiuteranno a evidenziare e valutare i cambiamenti in atto: la prima, una sentenza sull'estensione dell'istituto del silenzio e, quindi, la necessità di togliere ogni possibile ostacolo all'iniziativa economica privata, la seconda, un'ordinanza di rinvio, dove la persona è considerata come *homo oeconomicus* e l'interesse pubblico alla tutela dei diritti e libertà è sopraffatto dagli studi sulla psicologia del consumatore e razionalità delle sue scelte¹¹.

2. Partendo dal silenzio endoprocedimentale e provvedimentale, la constatazione dei cambiamenti introdotti

Il Consiglio di Stato sottolinea come l'obiettivo della competitività del sistema Paese richieda che sia garantita la conclusione dei procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e rapidi e, quindi, la tempestività dell'azione amministrativa, poiché il fattore tempo è una variabile essenziale della program-

8 T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2009, *passim*, sostiene che le verità scientifiche fossero essenzialmente storiche e sociologiche e, infatti, è significativa la circostanza che, nel corso del XX secolo, a partire dagli ambienti delle scienze dure, storici e filosofi della scienza abbiano rinunciato a pensare le verità come definitive e si siano persuasi a interpretare il cammino della conoscenza come un viaggio privo di mete terminali perché definitive.

9 M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Bari, 2021, il quale spiega come ogni evento che caratterizza i nostri tempi (alluvioni, pandemie, cambiamento climatico) costituisca presupposto per il supporto pubblico a ricerca ed investimenti privati e, concretamente, spendita di ingenti somme di risorse pubbliche che si traducono in enormi profitti privati: l'impresa privata – nel settore biomedico, dell'energia e del digitale – si appropria delle conoscenze generate dalla ricerca pubblica per trasformarle in rendite finanziarie, protette da granitiche posizioni di oligopolio. Soltanto una nuova e diversa attenzione ai diritti fondamentali consentirà di utilizzare privatizzazioni e mercato a vantaggio della concretizzazione dei diritti fondamentali. Si veda anche E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 137 ss.; E. CIBELLA, *Il principio dell'integrazione digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 515.

10 E. CARLONI, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in *www.astrid-online.it*, n. 1/2021, 7.

11 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 e Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650. Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale, Corte Giust., 14 novembre 2024, in causa C-646/22, *Compass Banca SPA c. AGCM*.

mazione finanziaria privata di cui è necessaria la ragionevole prevedibilità¹².

L'affermazione non è nuova e, anzi, può ritenersi a fondamento della giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e sulle modifiche e integrazioni della legge sul procedimento amministrativo che hanno fatto assurgere al fattore tempo la natura di bene della vita, ridimensionato il tempo dell'agire amministrativa, il termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e introdotto molteplici istituti per accelerare e semplificare il procedimento anche in ossequio alle previsioni del PNRR.

Così, mentre una parte della dottrina auspica una riforma dell'amministrazione capace di separare le scelte tecniche dalla politica e di disporre di un apparato di dipendenti pubblici preparati, altra parte di dottrina confortata da orientamento politico e giurisprudenza, ritengono inevitabile un arretramento dell'amministrazione e la dequotazione degli interessi sensibili¹³.

L'Amministrazione che non risponde è questione ampiamente studiata e oggetto di dibattito nel nostro ordinamento giuridico¹⁴ e, come già ampiamente osservato, sicuramente un costo non indifferente per l'ordinamento, in termini di cattiva gestione di risorse pubbliche¹⁵, danni economici per i destinatari

12 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, punto 3.

13 F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, in *www.federalismi.it*, 2015, afferma che sarebbe in atto "una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre parificati a quelli ordinari". F.A. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2020, osserva: "Il moltiplicarsi delle sedi – nazionali e internazionali – di riconoscimento dei diritti è in qualche modo la conseguenza di fenomeni riconducibili, oltre che alle forti correnti migratorie, ai processi d'integrazione globale dei mercati, delle realtà produttive e delle comunicazioni. E le conseguenti domande, sempre nuove, che provengono dalla società, le numerose crisi da cui essa è attraversata, hanno fatto emergere forti dubbi circa la capacità di tenuta dei principi su cui si sono fondate le democrazie pluraliste".

14 F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; F.G. COCA, M. D'ORSOGNA, *Il silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 2798 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; B. TONOLETTI, voce "Silenzio della pubblica amministrazione", in *Digesto Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 181 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 93 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 285 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

15 M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur.it.*, 2017, 990 ss.; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., in part. 705-

del provvedimento¹⁶, inaffidabilità nella competizione di mercato.

Si è, quindi, investito in automatismi e semplificazione, spesso senza compiutamente soffermarsi sulla complessità di individuazione e soddisfazione dell'interesse pubblico, “alla semplificazione del procedimento avrebbe dovuto corrispondere una riduzione degli adempimenti per gli apparati pubblici; la riduzione degli adempimenti avrebbe potuto giustificare una riduzione del personale. Si viveva l'illusione che una riforma che fosse partita dalla disciplina del procedimento avrebbe potuto estendersi, con effetti virtuosi, sugli apparati amministrativi”¹⁷.

Le risorse pubbliche, però, continuano ad essere oggetto di mala gestione e ritardi, sacrificando il benessere collettivo e confermando che in assenza di attenzione ai problemi organizzativi della PA, la scelta della semplificazione può soltanto determinare un arretramento dell'amministrazione¹⁸.

Tale arretramento è evidente con la generalizzazione sempre più diffusa del rimedio del silenzio che, seppure inizialmente giustificato come attuazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa (evitare che l'arresto del procedimento possa avvenire con un comportamento “opaco”, l'inerzia), di fatto giustifica provvedimenti amministrativi di assenso verticale senza che vi sia stata alcuna valutazione dell'interesse pubblico concreto.

A tal proposito, proprio il Consiglio di Stato esclude l'applicazione del silenzio-assenso ex art. 17 bis, L. n. 241/1990 agli atti di tutela degli interessi sensibili laddove la relativa richiesta provenga dal privato destinatario finale dell'atto (silenzio verticale), senza che rilevi la circostanza che la richiesta sia

708.

16 Il fattore tempo diviene autonomo bene oggetto di tutela, “anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento (sia) sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica”, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; Id., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. In dottrina si rinvia a M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 149 ss.; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, 1, 2017.

17 Così A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*.

18 Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come consacrato nell'art. 38 Cost.

presenta direttamente dal privato o da questi per il tramite dello sportello unico, poichè “in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale, troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili)¹⁹.

Tuttavia, lo stesso Giudice amministrativo, al fine di superare competenze amministrative e tutela rafforzata degli interessi sensibili, per il caso in cui la richiesta provenga dall'amministrazione procedente, abbraccia soluzione opposta ritenendo che “il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, sollecita una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti”²⁰.

Più nel dettaglio, esplica il Consiglio di Stato che il silenzio assenso orizzontale, quale silenzio assenso endoprocedimentale *ex* art. 17 bis L. n. 241/1990, produce effetti all'interno di un procedimento amministrativo, “come fatto equivalente alla valutazione, da parte delle autorità interpellate, circa la sussistenza di elementi contrari all'adozione e al contenuto del provvedimento prospettato dall'autorità decidente” Tale silenzio si differenzia, pertanto, da quello ‘provvedimentale’ operante per l'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali, allo scadere del termine per la conclusione del procedimento, il privato ottiene l'effetto utile previsto dalla norma di riferimento, rispondendo in questo modo, tale istituto, alle istanze di liberalizzazione delle attività economiche private²¹.

Ne consegue che l'inerzia dell'amministrazione, applicata al rapporto verticale amministrazione/privato (art. 20 L. n. 241/1990), si differenzia dal silenzio applicato al rapporto orizzontale tra amministrazioni (art. 17 bis L. n. 241/1990), e solo nella prima ipotesi il silenzio assenso non opera (per espressa esclusione normativa, art. 20, co. 4) nei riguardi dei cd. interessi sensibili.

Tale differenza tra le due forme di silenzio si giustificerebbe perché il solo caso di silenzio assenso *ex* art. 17 bis non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo - che rimane regolata dalla pertinente disciplina

19 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

20 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

21 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

positiva - influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per *silentium*; per l'effetto, l'amministrazione procedente è comunque tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, alla stregua delle relative risultanze, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente²².

Implicitamente si ammette, pertanto, che nelle ipotesi di silenzio verticale, laddove l'esercizio del potere dovrebbe garantire un equilibrio e un bilanciamento tra la tutela dell'interesse pubblico e quello del privato, l'istruttoria manca e la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico cedono dinanzi alle esigenze economiche private.

L'unico rimedio a tutela dell'interesse pubblico resta l'autotutela, anch'essa, però, opportunamente ridimensionata nei tempi di esercizio (il termine di 18 mesi è stato ridotto a 12 mesi) dal "decreto semplificazioni" a vantaggio delle imprese, assumendo ancora una volta come obiettivo prioritario l'interesse economico²³.

Nel silenzio orizzontale, invece, dove la funzione è attribuita per svolgere attenta ponderazione tra i diversi interessi pubblici, il giudice amministrativo supera il principio di legalità, il principio delle competenze e quello della leale collaborazione tra amministrazioni al fine di non precludere all'amministrazione procedente di adottare il provvedimento²⁴.

Implicitamente si supera qualsiasi rilevanza delle peculiari competenze normativamente affidate alla PA che normativamente è chiamata a curare l'interesse, anche sensibile, e che la fase istruttoria condotta dall'amministrazione procedente è sufficiente per garantire la completezza istruttoria e, di conseguenza, la realizzazione dell'interesse pubblico.

Anche in tale caso non può non constatarsi l'arretramento della PA e l'irrilevanza delle specifiche competenze, confermando la tendenza ormai stabi-

²² Corte Cost., n. 160/2021.

²³ D.L. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla L. n. 108/2021. Sull'ammissibilità del potere di autotutela nei confronti del silenzio formatosi ai sensi dell'art. 17 bis, L. n. 241/1990, cfr. parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 7 aprile 2016, n. 890.

²⁴ Le Amministrazioni preposte alla tutela di tali interessi pubblici specifici dovrebbero essere solo quelle alle quali tale compito di tutela è specificamente affidato dalla legge. La scelta autonoma dell'amministrazione, che si auto-attribuisce compiti e funzioni non contemplati *ex lege*, al fine di consentire alla medesima di acquisire diritti e garanzie "riservate" alle amministrazioni specificamente preposte alla cura degli interessi "sensibili", sarebbe *contra legem*, Cons. Stato, sez. VI, n. 4333/ 2008.

lizzata di assurgere le necessità economiche quale valore supremo assoluto.

I meccanismi di semplificazione, vedasi, per esempio, il silenzio assenso in conferenza di servizi, stanno modificando radicalmente i dettami della competenza.

D'altra parte proprio il superamento delle competenze per l'amministrazione efficiente spiana la strada a forme di amministrazione parallela, sempre più spesso appaltata a operatori privati²⁵ che, "sotto la parvenza del non-profit, accumulano potere lobbistico, oltre che economico"²⁶.

3. L'imprenditore nel quadro giuridico che si sta delineando

Sempre più pressante è l'esigenza di un continuo ampliamento di tutela dell'imprenditore che entra in contatto con la PA, dapprima resa evidente nella materia dei contratti pubblici, dove ravvisare nell'operato della PA solamente una irresponsabilità da provvedimento illegittimo non si è dimostrato sufficiente a garantire l'operatore economico²⁷.

25 G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, in www.aipda.it, 29 ottobre 2021.

26 G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?* in www.ildirittodell'economia.it, n. 1/2022, 51, con riferimento alla massiccia cessione di terreno da parte dell'amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati.

27 L'operatore economico che agisce sul mercato, se da un lato accetta il rischio economico, dall'altro deve trovare nell'amministrazione un *partner* affidabile il cui potere discrezionale trova un limite invalicabile nel principio del legittimo affidamento. Cfr., per esempio, Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, dove si precisa che si tratta di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere dalla P.A., né richiede l'annullamento degli stessi. Essa può dunque sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione. In dottrina sul tema M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, III, 263; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; G. STOLFI, *Sulla culpa in contrabendo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 22; A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, Milano, 1988, II, 966 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; ID., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 93; ID., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 121 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. I, Padova, 2003, 471 ss.; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; Id., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*,

Le esigenze di accrescere l'effettività della tutela imposte dal diritto europeo del libero mercato, hanno trovato terreno fertile nel sistema giuridico nazionale e sono state applicate all'intero operato della PA, anche in settori non regolati dal diritto della concorrenza.

La scelta politica diviene quella di incentrare l'attenzione sul rapporto di fiducia che si instaura tra PA e privato, privilegiando l'esigenza di tutelare in modo più efficace le aspettative del privato, finalità che, però, non ha comportato attenzione verso professionalità e preparazione del soggetto pubblico che pare solo gravato dal differente ruolo assunto ed è valutato in termini di risultato e correttezza nell'agire²⁸.

Nell'ottica di arretramento della PA non può poi tacersi la privatizzazione di molti enti pubblici, quale massiccia risposta alla crisi finanziaria pubblica. Anche in tale caso la scelta è giustificata da una lettura del principio del buon andamento attraverso i criteri aziendalistici di efficienza, efficacia ed economicità²⁹.

L'amministrazione perde i propri caratteri originari per trasformarsi secondo il modello privatistico-imprenditoriale; il rapporto tra sfera pubblica e sfera privata muta radicalmente, s'incentra sulla collaborazione procedimentale e sfocia nell'istituto, anch'esso di derivazione europea, del partenariato pubblico privato.

Tale collaborazione, che può trovare fondamento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale consacrato all'art. 118, co. 4 Cost., obbliga a una interpretazione differente della società e dei suoi bisogni, con il risultato di ritenere il privato più idoneo a realizzare l'interesse pubblico³⁰.

2018, 823 ss.; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861; B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in *Scritti per F.G. SCOCA*, Napoli, 2020, vol. IV, 3279 ss.

28 Algoritmi, Intelligenza artificiale e riduzione del tempo per provvedere.

29 M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007.

30 Significativa di tale trasformazione di pensiero è la privatizzazione di molte università o comunque la costituzione di fondazioni ex d.p.r. n. 254/2001. Sul tema A. MARRA, *Il concetto di autonomia universitaria tra sviluppi storici e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2023, 135 ss., si esprime in questi termini: "La fuga dal modello dell'ente pubblico, la crescita esponenziale di soggetti aventi veste privatistica e l'introduzione, anche nelle università statali, di meccanismi di verticalizzazione del potere sono sintomi dell'inadeguatezza dei modelli organizzativi tradizionali a realizzare quelle che, in misura più o meno trasparente, si vanno affermando come le nuove missioni dell'università". Lo stesso A. pone, però, in evidenza l'esigenza di

Ci si può, però, domandare se il buon andamento declinato secondo criteri aziendalistici consenta ancora spazio per il principio della buona amministrazione quale parte dello stesso principio costituzionale che si mantiene autonomo dalle scienze economiche e consente di spostare l'attenzione alla soddisfazione delle aspettative delle persone.

Non sempre l'efficienza fine a se stessa è sinonimo di benessere sociale e l'efficienza in sé non è un valore poiché soltanto la persona umana e la sua dignità costituiscono un valore.

I cambiamenti descritti rischiano, come si approfondirà in seguito, di interpretare l'art. 2 della Costituzione in chiave biopolitica, imponendo una mentalità di governo (governamentalità³¹) liberale, capace di far emergere il solo lato oscuro della sussidiarietà orizzontale³².

Si profila la possibilità di subordinare l'autonomia non soltanto a fondi privati, ma alla *governance* di soggetti privati, o ancora, a soggetti pubblici che agiscono secondo schemi e logiche dell'autonomia privata.

4. Cittadino e imprenditore a confronto, la persona come bene economico

L'introduzione nella Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale e verticale e l'intera modifica del Titolo V del Testo costituzionale ha evidenziato la scelta di investire su una società maggiormente attiva e consapevole, collegata con il territorio e le sue peculiarità, protagonista delle trasformazioni necessarie³³.

Con la globalizzazione il rischio è di pervenire a un risultato di segno op-

tutelare libertà di insegnamento e di ricerca.

31 M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France*, Milano, 2005, 88.

32 Sottolinea F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 4: il legislatore ha il compito di decidere, tra le finalità che la Costituzione consente, quali assumere a compiti pubblici, nonché di scegliere la modalità per assolvere tali compiti. L'azione dei poteri pubblici deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali. Sul principio di sussidiarietà orizzontale, G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1752; G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 169-171.

33 Il principio di sussidiarietà, si è affermato, si basa sul collegamento di due principi fondamentali della Costituzione: quello che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), e quello che garantisce le autonomie territoriali (art. 5 Cost.)

posto e comportare debole identificazione con il territorio e soprattutto passività nelle scelte politiche e amministrative imposte³⁴.

Un tale cambiamento (de-territorializzazione e standardizzazione) è facilitato *in primis* attraverso l'intelligenza artificiale che facilita la perdita delle peculiarità locali per creare uno spazio omogeneo.

Le piattaforme impongono uniformità e standardizzazione, l'interoperabilità tra reti per il conferimento e il trattamento dei dati toglie indipendenza agli enti locali e demanda ogni potere a livello centrale dove sono prese le decisioni di attuazione dell'agenda digitale nazionale³⁵.

L'arretramento del decentramento è speso a favore dei soggetti privati che si sostituiscono al soggetto pubblico e, per quanto qui interessa, mettono a disposizione le piattaforme tecnologiche³⁶.

I rapporti centro/ periferia si invertono a favore della globalizzazione e impongono un significativo cambiamento politico, istituzionale e culturale.

Così, mentre la digitalizzazione costituisce uno dei terreni di confronto e di scontro più significativi tra Stato e regioni, lo Stato cede sempre più sovranità a poteri internazionali³⁷.

Tale scenario induce a chiedersi se ambiente, clima, salute debbano ormai considerarsi come valori in sé (aventi un valore economico sul mercato) o possono ancora ritenersi tutelati in quanto declinati a servire a un miglioramento del benessere della persona umana. E ancora, resta significativo domandarsi quale spazio nelle valutazioni politiche e amministrative è ancora dedicato alla persona e quanto è, invece, ceduto al privato che opera sul mercato.

L'ormai radicato connubio tra democrazia, mercato e welfare in un'Euro-

34 Solo un elemento può essere dato per acquisito: il terreno su cui si gioca la partita del futuro dei diritti non è più solo quello tradizionale dello Stato-nazione, ma è sul piano globale che si vanno a definire le condizioni concrete entro cui si sviluppano i rapporti di potere e i diritti delle persone. G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Politica del diritto*, n.1-2, 2013, 3.

35 Costituzione, art. 117, c. 2, lett. r, "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" e corrispondenti poteri regolamentari ed amministrativi.

36 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 392, sottolinea come il vero problema dell'amministrazione digitale, oltre alle possibili ricadute sui diritti, siano gli oligopoli.

37 C. IANNELLO, *Gli effetti del neoliberismo sul diritto pubblico*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2020.

pa molto attenta alla dimensione economicistica e molto poco sensibile a quella politico-sociale., ha imposto e reso legittimo il bilanciamento tra diritti (compresi i diritti sociali) e perseguimento dell'equilibrio finanziario³⁸.

I cambiamenti in atto sono il risultato di scelte politiche volte a privilegiare interessi e le libertà economiche anche a scapito dei principi affermati nella Carta dei diritti fondamentali³⁹. I diritti sociali sono «il corpo vivo su cui chirurgicamente opera il tentativo di riassetamento (dei bilanci pubblici e non solo) imposto ai paesi europei»⁴⁰.

L'individuo diviene un bene economico sottoposto a un potere dello Stato che persegue l'obiettivo primario di agire per aumentarne l'efficienza., ingranaggio del funzionamento dello Stato, strumento della sua potenza⁴¹.

Il potere perde di autoritarità, il cittadino si trasforma da suddito a utente e alimenta le dinamiche socio-politiche attuali che lo convertono in un bene fondamentale per la catena di produzione e di riproduzione sociale.

Ecco, quindi, l'assunzione di impegno ed elaborazione di programmi per preservarlo, curarlo, educarlo, inculcargli valori e regole morali, frutto di scienze e tecnologie finalizzate ad evitare contaminazioni nei confronti della popolazione produttiva⁴².

38 Le leggi dell'economia s'impongono su ogni scelta politica e principi e diritti, sociali in particolare sono "ormai abbandonati, sacrificati sull'altare dello sviluppo economico e della crescita senza umanità", G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7.

39 P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 504, sottolinea come sia sempre più sottile il residuo di sovranità degli Stati membri nei confronti dell'Unione. La questione dei diritti sociali dovrebbe vivere anche una dimensione europea perché essi, "oltre ad essere irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili", mirano "ad assorgere al rango di diritti inviolabili".

40 G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 novembre 2013, 2 e 3.

41 S. CATUCCI, *Introduzione a Foucault*, Roma-Bari, 2010, 99, si esprime in questi termini: si tratta di un potere silente, quasi dimesso, "che tende ad aumentare l'efficienza degli individui per coinvolgerli in un processo di assoggettamento costante".

42 Ma tali discipline, per la loro fondazione, necessitano di un punto di appoggio, cioè della capacità di stabilire i nodi di intervento, quali condizioni debbano considerarsi fertili e quali dannose e inefficienti, improduttive o degenerative. Si tratta di costituire allora le categorie della normalità e dei dispositivi della normalizzazione, che, attraverso l'esame, oggettiva gli individui, li classifica, li disciplina, li controlla e li colloca lungo una linea evolutiva, che propone un parallelismo tra tale modello di sviluppo del singolo e il tema sociologico del progresso. Questo sistema, una volta estesosi e acquisito, coinvolge non solo le istituzioni politiche, amministrative e educative in un'opera costante di valutazione dei singoli. Questo perché la vigilanza si diffonde come pratica sociale di controllo reciproco tra sorvegliati e sorveglianti, intessendo un reticolo di relazioni asimmetriche e gerarchiche, che si disperdono in ogni direzione lungo i nodi che lo compongono. Così S. CATUCCI, *Introduzione a Foucault*,

L'uomo produttivo deve anche essere facilitato nell'intraprendere la propria attività e l'amministrazione non può divenire un ostacolo o un ritardo. L'interesse privato dell'*homo oeconomicus* diviene criterio direttivo dell'attività di governo e il perseguimento del mero fine individuale, entrando in

combinazione e competizione con gli altri interessi privati, dovrebbe contribuire alla realizzazione dell'interesse pubblico⁴³.

Descrive Foucault che il potere di tipo disciplinare (il potere specifico dello Stato amministrativo) non necessita di violenza o azioni coercitive, poiché gli è sufficiente un controllo minuzioso, continuo e completo sul singolo, sulla sua salute, sui suoi tempi di produzione e organizzazione delle attività, esattamente come avviene con l'intelligenza artificiale a vantaggio di chi detiene e utilizza i dati raccolti.

Secondo la dottrina del neoliberismo in economia tutto ciò che conta è raggiungere il risultato migliore, la massimizzazione dei profitti o dell'utilità. Il mercato seleziona i migliori concorrenti e li mette in condizione di agire liberamente nel perseguire egoisticamente i propri interessi. Questi, pur non in grado di controllare tutte le numerose variabili dovute alla complessità dei sistemi sociali e ai limiti cognitivi della natura umana, agiranno comunque per vincere la competizione. I vincitori saranno premiati e i perdenti avranno il compito di imitare i primi. Il processo di omologazione imporrà di seguire coloro che sono emersi nella migliore realizzazione del risultato⁴⁴.

Il problema che si dimentica risiede, però, nel non volere ammettere che la competizione avvenga mai tra pari. Le disuguaglianze sociali non sono prese in considerazione, eppure rappresentano un dato oggettivo (rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale per favorire il pieno sviluppo della persona umana, art. 3, Cost.)⁴⁵.

Neoliberismo e globalizzazione cavalcano il grave rischio di valorizzare le diversità e incentivare la crescita. Si rischia di creare un percorso destinato a chi

cit., 101.

⁴³ Se il liberalismo "produce e favorisce attivamente delle libertà specifiche (di scambio, di proprietà, di espressione, ecc.) e a tale scopo si trova, nello stesso tempo, a limitare e a rischiare di distruggerne delle altre" O. MARZOCCA, *Perché il governo. Il laboratorio etico-politico di Foucault*, Manifestolibri, Roma 2007, 146

⁴⁴ Così S. RIZZELLO, *Neoliberismo e cause del disagio dei giovani*, in *Il quotidiano di Puglia*, Lecce, giovedì 9 novembre 2023.

⁴⁵ S. RIZZELLO, *Neoliberismo e cause del disagio dei giovani*, cit.

può sfruttare posizioni di partenza avvantaggiate che riuscirà ad emergere e omologare gli altri sui propri standard sfruttando posizioni di rendita, consacrando il modello imposto dal potere economico⁴⁶.

Il risultato è di perseguire l'inclusione soltanto tra chi condivide l'obiettivo, contestualmente generando l'esclusione di chi non aderisce a quel "paradigma", ne consegue la lesione delle libertà individuali e la differente veste assunta dall'amministrazione che da soggetto incaricato di garantire l'attuazione del Testo costituzionale diviene l'artefice del ridimensionamento di diritti e libertà nei confronti di parte della popolazione⁴⁷.

Garantire libertà, proprietà, sviluppo sostenibile impone ponderazioni che mai dovrebbero essere sbilanciate unicamente a favore di un interesse di parte, neanche nell'ipotesi in cui questo fosse l'interesse economico⁴⁸.

5. Il giudice amministrativo di fronte al mercato e alla commistione delle scienze

La commistione tra differenti discipline scientifiche, umane ed economiche, ha condotto a considerare la persona quale bene economico e anche il Consiglio di Stato si è recentemente impegnato a fornire risposte sull'identificazione dell'*homo oeconomicus*.

Proprio l'alto Consesso amministrativo, impegnato a garantire effettività di tutela, nel rinviare la definizione del consumatore medio alla Corte di Giustizia, si interroga sulla sua natura e sul suo comportamento, valutando se siano da preferire le teorie economiche (*homo oeconomicus* perfettamente razionale) oppure quelle psicologiche (riprese negli studi economici più recenti) di persona con "razionalità limitata"⁴⁹.

"Quando la vendita era (solo) un'arte, a garantire che la formazione della volontà non fosse viziata bastavano le norme sull'errore, il dolo, la violenza. Quando la vendita è divenuta una scienza, è stato necessario aggiungere le nor-

46 S. RIZZELLO, *Neoliberalismo e cause del disagio dei giovani*, cit.

47 D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali all'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomosleattualitaneldiritto.it*, 2/2020, 1 ss.

48 Sul rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienze non giuridiche, M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), Napoli, 2008, 269 ss.

49 Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650.

me sulle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive. Il passaggio dal marketing alla psicologia del consumatore e al neuromarketing richiede un ulteriore sviluppo della tutela?”⁵⁰.

Tanto si è detto e fatto per garantire l’effettività della tutela, ma dinnanzi a tali nuove forme di condizionamento dei comportamenti dei singoli occorre chiedersi se si può ancora ritenere efficiente il livello di tutela garantito.

“Si interviene direttamente sul vivente, condizionandone sogni, aspirazioni, angosce (in altre parole, la tecnica politica liberale è virtuosa se genera desideri sociali con l’apparente consistenza di un’esigenza naturale)”⁵¹.

E’ un rischio evidente che la politica subisca una profonda trasformazione per divenire un potere assuefatto da parte dell’economia, che vi si innesta in profondità con la logica della scelta razionale.

Emerge così in tutta evidenza una importante contraddizione: mentre formalmente si consacra il diritto dei *cives* a essere posti al centro dell’agire pubblico, in modo tale che il contenuto delle pretese possa modulare l’esecuzione della funzione pubblica, forzandola a una maggiore attenzione verso la persona ed i suoi bisogni anche di comportamenti amministrativi “buoni” nel senso di “etici” e non solo utili, nello stesso tempo il rapporto politica, scienza e tecnologia sembra aver posto una frattura tra sociale e politico a favore di scelte volte al primato dell’auto-imprenditorialità, competitività, efficienza dell’uomo-impresa.

E’ stato sottolineato che l’“economia deve essere al servizio dei diritti e non il contrario”; l’assunto dovrebbe comportare la supremazia della funzione politica sulla funzione economica e una trasformazione della politica che, rispettosa del dovere costituzionale di interpretare e attuare diritti, dimostri la capacità di considerare nuovamente i diritti sociali quali fini e criteri direttivi, contemperando globalizzazione ed esigenza di garantire i diritti della persona e le esigenze della comunità locale, focalizzandosi nella determinazione di un rap-

⁵⁰ C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, in *Foro it.*, 2022, 542 ss.; che, nell’annotare la sentenza del Cons. Stato n. 8650/22, appoggiano la scelta del Consesso di formulare il rinvio in Corte di Giustizia in merito alle forme di tutela da riconoscersi al consumatore “a razionalità limitata”.

⁵¹ P. AMATO, *Tecnica e potere*, Mimesis, 2009, 135.

porto equilibrato tra individuo e società⁵².

Lo Stato, inserito in un dialogo costante e ormai imprescindibile tra i diversi livelli di governo nazionali, a livello europeo e globale deve riuscire a conciliare due aspetti essenziali e contraddittori del principio di sussidiarietà verticale: l'avocazione delle competenze verso l'alto e il decentramento.

Nel primo caso sono privilegiati crescita economica e mercato, mentre il decentramento impone di attuare i principi costituzionali secondo una prospettiva personalistica che interpreti i valori dell'ordinamento sovranazionale in funzione valorizzatrice della persona umana.

6. Le contraddizioni del cambiamento

I vincoli internazionali ed europei hanno ridimensionato le sovranità nazionali, imposto limiti alla spesa pubblica e incentrato l'attenzione sulla crescita del PIL, imponendo l'adeguamento della politica economica nazionale alle indicazioni dell'economia globale⁵³.

La spinta verso la globalizzazione comporta inevitabilmente uniformità e sacrificio delle differenze nonché, prestando attenzioni ai più recenti interventi normativi di riforma, il primato del profitto sull'interesse sociale, l'eliminazione dei controlli in precedenza esercitati sull'impresa da parte dei poteri pubblici con netto ridimensionamento dell'agire amministrativo e il passaggio di molti beni di fruizione collettiva all'uso privato⁵⁴.

Tali trasformazioni del nostro ordinamento, finalizzate a una progressiva liberalizzazione, potenziamento delle imprese e rideterminazione del contenuto dei diritti personali, si pongono in apparente contrasto, come più sopra accennato, con il decentramento e le peculiarità delle realtà locali che avevano imposto la modifica del Titolo V della Costituzione.

⁵² U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, 273 ss.

⁵³ M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 239: "Le risposte ai diversi tipi di crisi che l'UE ha dovuto affrontare a partire dal 2008 – finanziaria, del debito pubblico, economica – si sono caratterizzate per una tendenza ad una progressiva centralizzazione di funzioni: si pensi ai maggiori poteri di controllo sulle finanze statali, attribuiti alla Commissione dal *Fiscal Compact*, dal *Six Pack* e dal *Two Pack*, e a quelli relativi all'assistenza finanziaria degli Stati, propri del Meccanismo europeo di stabilità (Craig, 2012; Ruffert, 2011)".

⁵⁴ U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, partic. 31, 60 ss., 90 ss. e 133 ss.

Certamente la Costituzione è sufficientemente “elastica”, da rendere possibile una lettura diversa da quella prevalsa finora (democrazia sociale)⁵⁵, alla quale può aggiungersi la convinzione per cui decentramento/globalizzazione non si presentano in antitesi poiché la dimensione globale può divenire forza positiva capace di rafforzare interessi pubblici locali con attività di sostentamento e coordinamento⁵⁶.

Preme, però, osservare come la complessità e il pluralismo degli interessi nella sfera pubblica abbiano in questi anni richiesto di rielaborare nozioni come interesse pubblico, potere, attività amministrativa⁵⁷ e obbligato a porre attenzione all'organizzazione della PA e alla distribuzione delle competenze oltreché sulla formazione dei funzionari⁵⁸.

Si è tentato di separare attività amministrativa da attività politica, sottolineando la natura tecnica e imparziale dell'agire amministrativo⁵⁹ e di investire sulla qualificazione dell'apparato amministrativo per renderlo idoneo a rispondere alle sempre più complesse esigenze sociali⁶⁰.

Molto è stato fatto in termini di tutela del cittadino nel rapporto con la

⁵⁵ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12 ss. Per una lettura in chiave individualistica dell'art. 2 Cost., A. ORSI BATTAGLINI, “L'astratta ed infeconda idea”. *Disavventure dell'individuo nella cultura giurisprudenziale*. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico), in *Quaderni fiorentini*, 1988, 570 ss. propone di assumere il principio individualistico come criterio guida per il bilanciamento tra valori costituzionali configgenti e per l'avvio di una trattazione diversa di molteplici temi quali l'autonomia collettiva, la rappresentatività, la legittimazione dei gruppi economici e professionali, la partecipazione e la tutela giurisdizionale.

⁵⁶ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 746: le teorie del costituzionalismo digitale sono espressione, più o meno consapevole, della metanarrazione liberista che propugna una “idea di libertà come coincidente con quella di liberazione dal pubblico, dallo stato, dal potere politico, dalla costituzione, in nome dell'individuo e della migliore delle costituzioni possibili, in questo caso offertaci dalla libera società digitale”.

⁵⁷ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere pubblico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, 449 ss.; ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559.

⁵⁸ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, 297 ss.; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1270 ss.; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 234 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 378.

⁵⁹ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018. Recentemente, A. BLASINI, M. BRAY, L. CASINI, M. CONTICELLI, A. L. DE CESARIS, L. FIORENTINO, S. NERI, M. RIDOLFI, E. SCHNEIDER, S. SIMONE, *I responsabili dell'efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2021, 1215 ss.

⁶⁰ A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano (Vita e Pensiero), 2022.

PA, ma davvero poco per migliorare le competenze amministrative e adeguarle a compiti sempre più complessi.

Per ora il legislatore si è limitato all'introduzione di termini brevi, silenzio assenso generalizzato e implicito, venire meno dell'obbligo sancito dall'art. 2 della L. n. 241/1990 di provvedere mediante adozione di provvedimento espresso, abrogazione del principio dell'inesauribilità del potere amministrativo con un netto ridimensionamento del potere di autotutela, superamento della competenza.

Tali novità normative sono accompagnate da una rivisitazione dei valori sociali e da una rilettura delle libertà (e contestuale introduzione di nuove materie di studio), nonché da spinte e pressioni che sotto l'egida dei pressanti vincoli finanziari mettono in crisi il principio di legalità⁶¹ e lasciano spazio a *soft law* e interpretazione giurisprudenziale⁶².

Argomenta il Consiglio di Stato “nel tempo presente (...) il sistema tende a favorire la liberalizzazione e la deregolamentazione delle attività private, accompagnate da una serie di normative tese allo snellimento dell'azione amministrativa semplificando anche i rapporti tra amministrazioni, come dimostra quanto statuito nell'art. 17 bis (...) nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente”⁶³.

Resta, però, da chiedersi se la crisi del principio di legalità non costituisca il presupposto per il rafforzamento di un nuovo potere, indifferente rispetto ad ogni contrapposizione tra interesse pubblico e libertà privata.

Come è stato condivisibilmente osservato “non è seriamente dubitabile che la capacità degli Stati di fornire prestazioni è fortemente mutata, come è largamente considerato in crisi il modello dello Stato sociale di diritto; per altro verso, l'affermazione in sede costituzionale dell'obbligo dell'equilibrio di bilan-

61 F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2008, 9 ss., evidenzia come la crisi del principio di legalità produca effetti decostruttivi per il diritto amministrativo.

62 L.R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, n. 1/2021, 98 e 99, il quale evidenzia altresì come accada, con sempre maggiore frequenza, che una decisione amministrativa possa incidere in modo molto significativo su diritti fondamentali di rango costituzionale nello spazio decisivo della definizione delle condizioni di emergenza.

63 Cons. Stato, parere n. 1640/2016.

cio, pone -a mio modo di vedere- la questione della destinazione delle risorse pubbliche e, quindi, della libertà del legislatore (e del Governo) in sede di indirizzo politico quanto alla spesa pubblica, con effetto diretto sulla sostenibilità dei diritti fondamentali nel tempo in considerazione della sopportabilità del debito pubblico”⁶⁴.

Si potrebbe riflettere se sussista il rischio che bisogni e diritti siano individuati e soddisfatti soltanto se rispondenti a richieste del mercato (si crea il bisogno per vendere la soluzione).

7. Potere pubblico e mercato, il silenzio della PA

L'arte di amministrare lascia il posto a tecniche oggettive⁶⁵, il paesaggio perde il valore di interesse sensibile dinanzi a esigenze di celerità del provvedere mentre la Costituzione è modificata per introdurre esplicitamente la tutela dell'ambiente e consentire ponderazioni tra diritti e libertà rispettose *in primis* dei dettami sul cambiamento climatico.

Il legislatore, nell'attuare la cd. riforma Madia⁶⁶, si è discostato dalla tradizionale impostazione basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nell'ambito del procedimento amministrativo e di una conseguente disciplina speciale per l'applicazione degli strumenti di semplificazione previsti nella legge sul procedimento amministrativo.

Anche il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile “parlare di un ‘nuovo paradigma’: “in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione ‘pluristrutturata’ nel senso che la decisione finale

⁶⁴ Larghissimo ricorso all'emergenza, a forme di regolazione e *soft law* impongono di tenere nella dovuta considerazione che ogni valutazione discrezionale dell'amministrazione pubblica, quale scelta intorno ad alternative lecite, determina una decisione che non è resa secondo la legge, ma nello spazio vuoto lasciato dal diritto, così L.R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, cit., 97.

⁶⁵ La digitalizzazione di procedure complesse sulla base di soluzioni operative informatizzate (algoritmi) che integrano dati ed informazioni che provengono da fonti differenziate e predefiniscono la decisione sulla base di questi elementi, può comportare una rappresentazione parziale (per difetto o per eccesso) degli interessi coinvolti. La costruzione di moduli istruttori automatizzati che aggregano una pluralità di elementi informativi necessita di una predefinizione dei moduli e dell'effetto di questi elementi sulla decisione finale con il rischio di determinare moduli decisionali rigidi. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371; B. CAROTTI, *Algoritmi o poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 5 ss. In giurisprudenza, su algoritmi e IA, Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.

⁶⁶ L. n. 124/2015 e relativi decreti delegati.

da parte dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo. (...) il silenzio assenso 'orizzontale' previsto dall'art. 17 bis opera, nei rapporti tra amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisorie necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso⁶⁷.

Eppure, come è stato rilevato, la competenza è una sorta di cerniera del sistema nella quale si intersecano il modo di essere e quello di operare dell'amministrazione e si realizzano le dinamiche del suo rapporto con i cittadini: dimensione oggettiva dell'organizzazione, elemento soggettivo dell'attività, parametro di validità degli atti, misura della garanzia degli amministrati. La crescente tendenza alla flessibilità dell'organizzazione in funzione di efficienza dell'attività entra in collisione con la consolidata connessione organo (esterno) - fonte legislativa - tutela individuale⁶⁸.

Certamente tale ricostruzione può essere considerata quale elemento di rigidità e, quindi, ostacolo all'efficienza, ma, indubbiamente, è la sola soluzione conforme al principio di legalità dove la funzione amministrativa è collegata alla previsione normativa.

E se si condivide che sono le esigenze legate alla tutela degli interessi che

67 Cons. Stato, parere 13 luglio 2016, n. 1640.

68 A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.

fondano il modello organizzativo e le conseguenti garanzie⁶⁹, pare indispensabile investire in termini di organizzazione amministrativa, anziché legittimare il superamento delle competenze.

Il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale palesa poi un'altra contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, poiché quest'ultima è stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione interpellata la più grave delle 'sanzioni' e, nello stesso tempo, il più efficace dei 'rimedi', ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che il meccanismo del silenzio assenso orizzontale rinviene, sotto il profilo costituzionale, il proprio fondamento nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., letto 'in un'ottica moderna', che tenga conto anche dell'esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico⁷⁰.

Certamente tali affermazioni si pongono in contrasto con il radicato collegamento tra il principio di predeterminazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità dei funzionari (art. 97, co. 2, Cost.), e i principi di imparzialità e di buon andamento⁷¹.

Soltanto la lettura di quest'ultimo principio in chiave strettamente aziendalistica consente quell'interpretazione "moderna" auspicata dal giudice amministrativo il quale ammette che attraverso gli istituti di semplificazione (17-bis e 14-bis, L. n. 241/1990 e .m.) si sia cercato "di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica"⁷².

Alla tutela dell'interesse pubblico resta il solo rimedio di sollecitare l'avvio del procedimento di autotutela che rimette all'amministrazione procedente, eventualmente, se ravvisa ragioni di illegittimità o inopportunità, nel

⁶⁹ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa.*, cit.

⁷⁰ Cons. Stato, parere n. 1640/2016, cit.

⁷¹ *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, L. IANNUCILLI, A. DE TURA (a cura di), in www.cortecostituzionale.it.

⁷² Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, punto 12.1.

breve termine di cui all'art. 21 *nonies* o previo pagamento di indennizzo *ex art.* 21 *quinquies*, la possibilità di incidere sul provvedimento positivo formatosi per silenzio⁷³.

Si ammette, quindi, esplicitamente che i valori e diritti costituzionali possano ridimensionarsi a favore di esigenze differenti⁷⁴: “In tale rinnovata prospettiva ermeneutica, nessun valore o diritto può prevalere in modo radicale e occorre invece individuare un punto di equilibrio che, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”⁷⁵.

Proprio la necessità di riconoscere un primato alla libertà economica e garantire interpretazioni neoliberiste della Costituzione porta il giudice amministrativo a rilevare che “Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i ‘diritti’ (sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013), anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (viepiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere ‘sistemica’ e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che

⁷³ Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, cit.

⁷⁴ La Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale e, contrariamente a quanto previsto per molte altre libertà, non è qualificata come inviolabile, ma nei suoi confronti sono imposti vincoli gravosi tanto da ritenerla di rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582. Il Testo costituzionale è in bilico tra le esigenze di mercato imposte dal legislatore europeo e la tutela dei diritti fondamentali. A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, fasc. 2, a proposito dell'economia collaborativa, “può causare incertezza sulle norme applicabili, specie se si unisce alla frammentazione normativa derivante da approcci normativi divergenti a livello nazionale o locale e ciò, a sua volta, ostacola lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa e impedisce la piena realizzazione dei benefici che essa comporta. Allo stesso tempo esiste il rischio che si sfruttino le “zone grigie” normative per aggirare le norme intese a tutelare l'interesse pubblico. L.R. PERFETTI, *Prefazione*, in D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, 2016, 5, sottolinea la necessità di restituire dignità all'amministrazione denunciando la resa dell'autorità dello Stato in favore del potere delle forze economiche del mercato; B. MAMELI, *Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2022, 691 ss.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. IV, n. 8610/2023, cit., punto 14.2.

di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza⁷⁶.

L'affermazione apre la strada al rischio che diritti e libertà fondamentali diventino contenitori vuoti di volta in volta riempiti secondo necessità e scienza dominante⁷⁷.

I meccanismi di semplificazione divengono fondamento del buon andamento dell'azione amministrativa, perché consentono interventi tempestivi e minori oneri per i privati; non è, però, conseguenza scontata che gli stessi strumenti di semplificazione garantiscano il rispetto del principio di buona amministrazione e contribuiscano alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico e al benessere della persona, ambito che spesso richiederebbe ponderazioni accurate e idonea preparazione dei funzionari.

Il principio del buon andamento pare troppo spesso coniugato unicamente in termini di risultato e tempestività, raramente si volge attenzione al tipo di risultato che è raggiunto e se questo è realmente rispondente alle esigenze della collettività⁷⁸.

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

⁷⁷ Il potere biopolitico si esprime attraverso forme che non appartengono in alcun modo alla sfera pubblica e sono da ricondurre a convergere del potere economico e tecnologico G. TROPEA, *Recensione a S. Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su Privacy e Covid-19), in *PA Persona e Amministrazione*, IV (2020), fasc. 1. Vale la pena menzionare anche i rischi che derivano dai sistemi di *social scoring*, il più recente punto di approdo dell'azione di sorveglianza collettiva promossa dalle amministrazioni statali: "noti anche come social credit systems (SCS), che cominciano ad essere realtà per milioni di cittadini nel mondo. Facilitati dal progresso digitale e, in particolar modo, dallo sfruttamento combinato da parte delle amministrazioni pubbliche di big data, algoritmi e applicazioni di intelligenza artificiale, questi meccanismi attribuiscono punteggi ai cittadini a fronte di loro caratteristiche, condotte e preferenze, consentendone dunque una classificazione e categorizzazione", G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss.

⁷⁸ D. VESE, *ALL'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2018: "In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione, le quali, invece, come ogni atto di determinazione, richiedono tempi e spazi lunghi al fine di poter considerare opportunamente una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori. All'esigenza di «provvedere tempestivamente», posta alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono le necessità di rendere evidenti le

Potere, buon andamento, interesse pubblico rischiano radicali trasformazioni, dove il primo, sempre più interpretato in ottica globale richiede una nuova determinazione delle tecniche di esercizio⁷⁹, mentre l'interesse pubblico è interpretato in considerazione degli obbiettivi di mercato, andando profondamente a incidere sul principio di buon andamento sempre più lontano da valutazioni rapportate al livello di benessere⁸⁰.

Alla luce di un'interpretazione evolutiva del principio di precauzione, nell'attività di gestione del rischio, l'amministrazione è oggi chiamata a effettuare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di innovazione e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁸¹.

8. L'amministrazione inefficiente e il rispetto dei precetti a salvaguardia del mercato

Il diffondersi della prassi di un agire amministrativo vincolato a precetti puntuali, politicamente predeterminati, rafforza l'idea di una PA incapace di applicare i principi dell'agire amministrativo, in balia dei continui cambiamenti normativi e che ha definitivamente rinunciato ad esercitare la propria autonomia organizzatoria (principio di autorganizzazione).

Ecco che la dialettica tra differenti diritti e libertà, libertà economica, solidarietà, uguaglianza sociale, può divenire procedimento esclusivamente politi-

ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come il momento riassuntivo di un'istruttoria completa e articolata. (...). In altre parole, la complessità dell'agire amministrativo potrebbe stridere con le prerogative di celerità, di sommarietà e, dunque, di efficienza che la società odierna richiede alle decisioni della pubblica amministrazione, le quali, invece, dovrebbero essere dettagliate, ponderate, giuste".

79 L'approccio "nudge", frutto di recenti elaborazioni delle scienze comportamentali, si sta largamente diffondendo nell'ambito delle politiche regolative pubbliche. Sul tema, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit.; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, in *www.federalismi.it*, 13 luglio 2022.

80 È stato però opportunamente rilevato che, come è nella natura più generale del rapporto tra diritto e società: "la società non è materia inerte senza aspettative, puro *kaos*, che riceve senza fiatare dal diritto il suo ordine. La società è, contemporaneamente, materia attiva e passiva, come, d'altro canto, il diritto è, contemporaneamente, prodotto e produttore di ordine sociale", G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 22-23.

81 E. CIBELLA, *Il principio di precauzione nell'ambiente digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2023, 511 ss. Si veda anche D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 1 ss.

co, attuato concretamente con formule prestabilite.

Il rischio è, quindi, l'irrimediabile trasformazione del diritto, dove gli interventi legislativi si determinano per effetto di dinamiche di mercato. "Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è rappresentato dall'integrazione all'interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore"⁸².

La competenza tecnico/scientifica dell'amministrazione è sostituita dal principio di precauzione e da qui il legittimo dubbio: in realtà non si vuole risolvere in via precauzionale il rischio della crisi economica?⁸³

La tutela dell'ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'alimentazione non devono divenire valori economici, piegando politica e amministrazione al servizio dell'economia. L'attuazione della Costituzione impone il continuo e delicato bilanciamento dei diritti, alla luce dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁸⁴, al fine di evitare che questi principi finiscano con il trasformarsi in contenitori vuoti da riempire con regole di mercato⁸⁵.

Nell'art. 2 Cost. è consacrata la complessità assiologica della persona umana, restando implicitamente sottesa l'esigenza di bilanciamento e la necessità di salvaguardare la dignità della persona⁸⁶.

⁸² G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, 62, l'A. aggiunge altresì come "disposizioni ispirate alla teoria del *nudging* che non trattano i consociati come interlocutori razionali, ma piuttosto come cani di Pavlov, prevedibilmente portati per fattori psicobiologici a rispondere a certi input con determinati output".

⁸³ Il principio di precauzione "per di più invocato finanche in assenza di prove certe di ragionevole pericolosità per ingigantire rischi, onde 'assecondare determinate lobbies' (si pensi al caso della Sars) o per guadagnare consensi su politiche difficilmente condivisibili in sé e per sé (si pensi al caso della guerra in Iraq)", si rivela non già una soluzione, quanto piuttosto un ulteriore alimento per la "paura" collettiva, non a caso paragonata efficacemente ad un "incendio che divampa". Così A. LAMBERTI, *Pandemia, approccio precauzionale e diritti fondamentali: normativa emergenziale e giurisprudenza costituzionale tra punti fermi e criticità diffuse*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2023., cit.

⁸⁴ Consolidata giurisprudenza costituzionale afferma che la Costituzione italiana "richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza" (Corte Cost., sent. 20/2017).

⁸⁵ A. LAMBERTI, *Pandemia, approccio precauzionale e diritti fondamentali*, cit.

9. Qualche considerazione conclusiva

Si legge nel documento del Consiglio direttivo AIPDA sull'attuazione del Next Generation EU: tale programma impone di “ripensare all'intervento dello Stato in economia e ridisegnare il ruolo del pubblico rispetto alla società, significa anche decidere come collocare la pubblica amministrazione nel processo di rilancio economico e di ripresa sociale”⁸⁷.

In realtà pare che la scelta sia già stata effettuata ponendo lo Stato a diretto servizio dell'economia di mercato⁸⁸: da un lato l'arretramento dell'amministrazione con l'affievolimento delle competenze e dall'altro l'espansione delle regole di mercato alle politiche pubbliche (come recentemente chiarito dalle due pronunce del giudice amministrativo che hanno accompagnato questo lavoro)⁸⁹.

La semplificazione e digitalizzazione dell'amministrazione espone al nuovo rischio della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati mentre, nello stesso tempo, la regolazione soft, tipica del mercato, sperimenta forme inedite, come il già indicato *nudge*, talora declinato nelle innovative forme della *gamification* o del *social scoring*⁹⁰.

In tale contesto di progressivo allentamento dei classici rapporti tra diritto e politica, e di contrapposto accrescimento del legame tra diritto ed economia, si rende evidente il rischio che il diritto e il potere si trasformino in stru-

86 C. M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, V, 2001, 1018: “(...) il contenuto del precetto costituzionale” dell'art. 32 “può essere pienamente inteso solo se inserito nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 Cost. La salute, infatti, non è un valore a sé stante; (...) concorre con altri valori fondamentali in rapporto di integrazione e reciproco condizionamento”. Sul rispetto della dignità G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, https://www.associazionedeiconstituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.

87 In www.aipda.it.

88 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit., 166.

89 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 e Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650 (e Corte Giust., 14 novembre 2024, in causa C-646/22, *Compass Banca SPA c. AGCM*).

90 G. SGUEO, *Punteggi, classifiche, premi: è possibile «giocare» con le politiche pubbliche?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 591 ss. Cfr. anche G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss; E. DI CAPREGNA BRIVIO, *Il reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022. Come è stato osservato, la biopolitica, quale espressione dell'azione politica, si manifesta senza fare ricorso a dispositivi giuridici G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.

menti di controllo finalizzato a perseguire interessi dominanti⁹¹.

Da un lato, nuovi strumenti di autodisciplinamento sociale⁹², dall'altro, la costruzione per via tecnologica della convivenza⁹³, dove il potere pubblico abbandona la funzione di garante del godimento pieno di diritti e libertà fondamentali, abbracciando decisioni politiche frutto di compromesso di interessi ed efficiente attuazione. La tecnologia, insieme alla *soft law*, diventa regolamentazione essa stessa e guida l'agire amministrativo.

Resta, però, da chiedersi se la politica possa considerarsi libera. La Costituzione, adattandosi ai cambiamenti, sta mostrando tutta la propria elasticità fino forse a svuotarsi di contenuti e consentire che le decisioni non siano più valutate come costituzionalmente legittime per effetto di una volontà che si è formata e che è stata autorizzata in termini rappresentativi, bensì in forza di quel compromesso tra interessi che la politica sarà in grado di realizzare, ottimizzando la propria prestazione di raccordo o di mediazione efficiente⁹⁴.

Se l'interesse pubblico diviene sempre più soggettivo e indeterminato non può che conseguire incertezza del diritto e una drastica riduzione di tutela del cittadino dinanzi all'esercizio del potere⁹⁵.

91 Il potere reticolare biopolitico è molto esteso, "non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, 'corpo docile' che si auto-limita e controlla" L.R. PERFETTI *Is there no alternative?*, in *Power and democracy. Rivista internazionale di politica, filosofia e diritto*, n. 1/2021, 111; G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in *PA Persona e amministrazione*, IV, 2020, fasc. 2.

92 M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 441 ss. Il *nudge* finisce per essere il dispositivo del potere, flessibile, fluttuante e mutevole quanto richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi. L'influenza paternalistica si impone sulle libertà individuali. Cfr. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 295.

93 L.R. PERFETTI *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, cit., 111.

94 G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.; D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali all'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomosleattualitaneldiritto.it*, 2/2020, 1 ss.

95 Come già sottolineato, lo stesso ruolo che si è voluto incoraggiare con l'art. 118, co. 4 Cost. (principio di sussidiarietà orizzontale), ovvero che i soggetti privati partecipino attivamente alla realizzazione dell'interesse pubblico con l'espandersi di iniziative pubblico-private, può sfuggire dagli obiettivi originari e condurre ad uno snaturamento dello stesso interesse pubblico. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., spec. 231 ss.; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 397 ss.; G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in *LaCostituzione.info*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*; A. VOLPI, *Il disastro come mezzo*, in *Power and Democracy*, n. 2/2020; V. BALDINI,

Esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale, nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezionalità e l'intervento pubblico in generale⁹⁶.

Il prevalente ruolo giocato dal settore privato nella formulazione delle soluzioni informatiche, poi applicate dai soggetti pubblici può far sorgere il dubbio sul soggetto che controlla il procedimento automatizzato⁹⁷.

Il ridimensionamento dell'agire amministrativo, accompagnato allo sgretolamento del principio di legalità, espansione della politica a scapito dei rigidi limiti costituzionali e diffusione delle regole di mercato sono soluzioni che rappresentano vantaggi, ma anche il forte rischio che la sostituzione all'amministrazione da parte della politica, mediante l'adozione di provvedimenti concreti e l'utilizzo del diritto privato, comporti un diffuso esercizio del potere "senza regole" e il tramonto dello Stato di diritto⁹⁸.

Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

96 Gli artt. 41 e 50, d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD), così come l'art. 3-bis, L. n. 241/1990, incentivano l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella gestione dei procedimenti amministrativi, consentendo la fruizione e la riutilizzazione dei relativi dati raccolti dall'amministrazione, al fine di assicurare, ex art. 12 CAD, "la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità con gli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione". Lo stesso Consiglio di Stato, con le sentenze del 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474, ha riconosciuto nell'algoritmo uno strumento procedimentale istruttorio, lecito purché pienamente conoscibile e utile anche per assumere scelte discrezionali, che vanno prese assicurando l'intervento umano. Cfr. I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2020; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 15 aprile 2020; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2018, 647 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *www.rivistaaic.it*, 2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

97 Il rischio è che l'apparato tecnologico che offre servizi, algoritmi, piattaforme non solo escluda una co-progettazione politico-democratica ma sfugga altresì al controllo della sfera pubblica, restando appannaggio e ostaggio di *intelligence* privata.

98 Osserva F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 26 ss., il diritto amministrativo senza il principio di legalità appare un diritto senza il suo principio ontologico, un diritto in qualche modo "decostruito".

La scienza ha manifestato l'incapacità di controllare i rischi che essa stessa ha creato, il diritto non si limita più semplicemente a recepire le conoscenze scientifiche, essendo, invece, chiamato ad assolvere una «funzione di critica e di integrazione del sapere scientifico laddove i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili ovvero decifrabili sulla scorta di criteri scientifici»⁹⁹.

Rimettere al centro la persona nella sua unicità è il solo passo che consente di evitare di rendere superflua l'amministrazione e addirittura il genere umano in sé considerato a vantaggio dell'IA¹⁰⁰.

⁹⁹ A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *Federalismi.it*, 2019, 7.

¹⁰⁰ G. GALLONE, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2023, 329 ss.

GIANMARCO POLI
Dottore di ricerca in diritto pubblico
Professore a contratto di diritto urbanistico e dell'ambiente
presso il Dipartimento di Architettura dell'Università di Firenze
gianmarco.poli@unifi.it

RUIT HORA: GARANZIA DEL TEMPO DELL'INDIVIDUO E RIMEDI PROCESSUALI CONTRO L'INERZIA DELL'AMMINISTRAZIONE

RUIT HORA: GUARANTEE OF THE INDIVIDUAL'S TIME AND JUDICIAL REMEDIES AGAINST ADMINISTRATIVE INACTION

SINTESI

Il saggio, ricondotto il fattore tempo dell'azione amministrativa al paradigma dell'art. 1183 c.c., si propone di indagare la coerenza della tutela processuale avverso l'inerzia amministrativa, come venutosi a delineare nel diritto vivente, con le norme costituzionali sulla tutela dei diritti di cittadini e le più recenti e accreditate riflessioni sul rapporto tra cittadino e potere. L'analisi, condotta attraverso gli orientamenti giurisprudenziali e le norme codicistiche, ha evidenziato un'applicazione di alcuni istituti (quali l'interesse a ricorrere e la tutela cautelare) eclettica, sia rispetto al giudizio di annullamento, sia rispetto al processo civile; modello al quale, invece, dovrebbe guardarsi per rendere la tutela processuale del silenzio-inadempimento coerente con le richieste della Costituzione e la natura giuridica della situazione sostanziale oggetto del giudizio.

ABSTRACT

This essay, brought the timing of administrative action to the paradigm of art. 1183 c.c., aims to investigate the coherence of the judicial protection against administrative inaction as it came to be posited in the "living law", with constitutional rules on the protection of citizens' rights and the most recent and accredited reflections on the relationship between citizen and power. The analysis, taking into account the jurisprudential orientations and codified norms, has revealed an unusual application of some legal institutes (i.e., interest to act and precautionary protection) with respect to both the judicial annulment and the civil procedure rules. The civil procedure rules, however,

should be the model to refer to in order to make the judicial protection of the administrative inaction consistent with the requirements of the Constitution and with the object of the administrative process.

PAROLE CHIAVE: Tempo, silenzio-inadempimento, rito avverso il silenzio, interesse a ricorrere, tutela cautelare

KEYWORDS: Timing, judicial protection of the administrative inaction, interest to act, administrative inaction, precautionary protection

INDICE: 1. Il tempo e l'individuo. 2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto. 3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio. 4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema. 5. (segue) I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione. 6. (segue) Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A. 7. A mo' di conclusione.

1. Il tempo e l'individuo

La comparsa, nel panorama dottrinale attuale, di studi che hanno posto al centro della riflessione “il tempo” dell'azione amministrativa¹, piuttosto che – come da abitudine del passato² (anche recente³) – il suo termine, induce a domandarsi se sia diventato irrimandabile aggiornare il catalogo dei concetti e delle categorie attraverso cui filtrare il diritto delle amministrazioni o se, invece, a uno spostamento nel punto di osservazione di un medesimo fenomeno non sia corrisposta una trasformazione reale dello stesso, rimasto pressoché immutato

1 Si allude, in modo particolare, agli scritti di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo* e S. TUCCILLO, *Le declinazioni del “tempo” nell'azione amministrativa: un percorso di studio*, entrambi in *Dialoghi di diritto amministrativo*, a cura di F. APEIRO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI, Roma, 2024, 147 ss. e 165 ss. (ma vedi, sullo stesso oggetto di indagine, S. TUCCILLO, *Il tempo dell'azione amministrativa come diritto fondamentale*, in *Pers. Amm.*, 2023, 257 ss.; A. NICODEMO, *Il tempo come bene della vita*, Torino, 2024; M. MACCHIA, *Il tempo come bene della vita. Il nesso tra tardività e inefficacia*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. GIORDANO, Milano, 2021, 587 ss.; I. FORGIONE, *Quando l'amministrazione decide di non decidere: il silenzio e il ruolo del tempo nel procedimento amministrativo, tra responsabilità ed efficienza*, in R. URSI, M. RENNA, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 89 ss.; L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 2461 ss.).

2 Tra i primi, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*.

3 Vd., ad es., P. CARPENTIERI, *Silenzio-assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 77 ss.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Proc.*, 2022, 11 ss.; A. COLAVECCHIO, S. PIGNATARO, *L'obbligo di provvedere e i termini per la conclusione del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, cit., 63 ss. (ma cfr. già, A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *Pers. Amm.*, 2017, 313 ss.); D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 779 ss.

nei suoi tratti essenziali (e nel modo d'intenderlo), necessitando soltanto di rimeditazione alla luce di un più evoluto modo d'intendere il potere pubblico e il suo ruolo nell'ordinamento costituzionale.

Il dubbio appare tanto più lecito quanto dense di implicazioni si prospettano le conclusioni (consonanti) alle quali queste indagini, sia pur seguendo percorsi differenziati, giungono, eleggendo il tempo del potere (o del suo mancato esercizio) ad autonomo bene della vita⁴, protetto – o da proteggere, con strumenti adeguati alla natura della posizione vantata – come diritto fondamentale dell'individuo⁵.

Si vedrà, però, come l'utilità attualmente riconosciuta dalla normativa sostanziale, che tiene legate l'azione amministrativa e il fattore tempo, lungi dall'essere un'entità aliena e slegata – e, quindi, in questo senso autonoma – rispetto al bene protetto dall'interesse legittimo che preesiste e fronteggia il potere⁶, rappresenta nient'altro che un frammento di quel tutto, unitario e organico, che l'ordinamento tutela quando il cittadino s'imbatte in un potere: la pretesa a un provvedimento conforme alle norme di comportamento che presiedono alla sua adozione.

In questa differente chiave di lettura, la posizione dei soggetti coinvolti nell'episodio di esercizio della funzione non potrà che essere dislocata seguendo la tassonomia del rapporto obbligatorio, e la stessa tempistica dell'azione, quale fattore che contribuisce a delineare e delimitare il patrimonio di obblighi gravanti *ex lege* sull'Amministrazione titolare del potere, proiettarsi nella dimensione del diritto civile e del suo codice, quale sede naturale della disciplina in materia.

E ciò, anche al cospetto dell'attentato più insidioso per il bene tempo in cui l'individuo, per opinione largamente condivisa, può rimanere coinvolto

⁴ In questa direzione, muovono le considerazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 15.

⁵ È il percorso proposto da S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., in partic., 10 ss. e 16 ss.

⁶ Da ultimo, cfr. L. FERRARA, G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 19: «l'interesse legittimo, lungi dall'essere la risultante della trasformazione di un diritto per opera del potere pubblico [...] si afferma come posizione autonoma e originaria, che a quel potere preesiste».

quando si rivolge a un'amministrazione pubblica: ritrovarsi ostaggio di un'inerzia dell'ente, in fattispecie in cui la legge ha fissato una linea temporale certa entro cui il provvedimento debba essere adottato.

Al processo di valorizzazione del tempo dell'azione amministrativa – riscoperto come bene dell'individuo che entra in contatto con un potere pubblico –, infatti, ha sempre fatto da *pendant* un'attenzione costante, da parte della dottrina, per quel fenomeno, dappprincipio inafferrabile, che è stato il silenzio dell'Amministrazione.

Molti mutamenti hanno percorso il diritto amministrativo da quando, a partire dagli anni Sessanta, si è accettata l'idea che il mancato esercizio di un potere doveroso costituisca un fenomeno giuridico a sé stante, bisognoso di un'autonoma categoria classificatoria (che lo allontanasse da quella, in cui era stato relegato, delle forme di diniego tacito⁷) e, soprattutto, di strumenti dedicati di tutela, attivabili da chi pativa gli effetti di un atteggiamento omissivo dell'Amministrazione⁸.

Da allora, infatti, la natura della posizione soggettiva che sorge in capo ai destinatari del potere mai esercitato è stata indagata a fondo e sostenuti passi in avanti sono stati mossi dalla legislazione processual-amministrativistica, animata dall'intento di perfezionare e calibrare sempre meglio le misure di contrasto all'inerzia, sull'interesse individuale che, di volta in volta, le norme sostanziali hanno inteso proteggere⁹.

7 Superando quella che è stata definita la “finzione di tutela” costitutivo-demolitoria da D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 37 ss.

8 Cfr. ad es., Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 1960, n. 727, in *Foro amm.*, 1961, I, 343; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 1961, n. 65, in *Foro it.*, 1961, III, 41 ss. fche, ispirandosi a quanto enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8 (in *ibid.*, 42: «il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà») in tema di silenzio-rifiuto, hanno aperto le porte a un processo di accertamento circa l'esistenza, in capo all'Amministrazione, di un obbligo di provvedere. Prima di allora, il silenzio era equiparato a un rigetto e, conseguentemente, il giudizio avverso di esso era tarato sullo schema dell'azione di annullamento. Su questi temi e sull'evoluzione della giurisprudenza al riguardo, si veda diffusamente F.G. COCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzi, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.

9 Da ultimo, per uno studio organico sul fenomeno dell'inerzia amministrativa, S. VILLAMENA, *Inerzia e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020.

Si è così giunti, fino ai giorni nostri, alla edificazione di un ordito di regole – con ruolo di punta nel codice del processo amministrativo – che promettesse di raggiungere quello *standard* di tutela che gli artt. 24 e 113 Cost. chiedono di mettere in campo quando le prerogative dei cittadini sono messe a repentaglio da un *non* (o *male*) *agere* della P.A.

Come si vedrà, tuttavia, osservando tra le pieghe del diritto vivente e le recenti e accreditate riflessioni sul rapporto tra cittadino e potere, resta più di un dubbio che la promessa sia stata mantenuta e che l'obiettivo di un sistema di tutele per l'individuo e il suo tempo – osservato nel prisma dell'azione avverso l'inerzia amministrativa –, responsivo rispetto al primato dei diritti della persona sancito in Costituzione, sia stato raggiunto appieno.

2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto

Negli ultimi due decenni, a scuotere dal torpore in cui si era adagiata la dogmatica del diritto amministrativo – appiattita su una ormai consolidata e rassicurante versione del legame tra potestà e interessi dell'individuo –, è comparso sulla scena quel movimento intellettuale che, nel segno di una progressiva conquista della parità tra cittadino e amministrazione (di fronte alla legge), ha decostruito e poi ricomposto, in un diverso ordine, il rapporto che intreccia le norme al potere discrezionale.

Si è compreso, infatti, che eccettuati taluni vincoli normativi al potere posti nel solo interesse pubblico (e, dunque, sprovvisti di una corrispondente pretesa individuale), tutti gli altri, posti a garanzia di un interesse privato, avevano l'effetto di far sorgere in capo al singolo, situazioni soggettive¹⁰ a struttura

10 Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 165 ss., che tiene distinte le «regole puntuali che non appaiono riferibili a uno specifico interesse privato alla loro osservanza [e, dunque,] poste nel solo interesse pubblico» (e rispetto alle quali «manca il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo tradizionalmente inteso»), dalle regole, «“indeterminate” di comportamento [o] “puntualmente vincolanti”» che possiedono una «rilevanza esterna [che dipende] dalla esistenza di un interesse sostanziale protetto» e la cui violazione rileva in termini di «inadempimento di obblighi inerenti al rapporto» tra Amministrazione e cittadino.

creditizia¹¹. Dette pretese¹², che hanno la loro disciplina tanto in norme a contenuto puntuale (regole) quanto in norme a contenuto indeterminato (principi e clausole generali)¹³, trovano nel provvedimento il loro oggetto¹⁴.

Ma si è compreso, soprattutto, che una simile pretesa di provvedimento¹⁵ – complice una recente riforma dei procedimenti a istanza di parte¹⁶ – non rimanesse sempre uguale a sé stessa, vivendo nel rapporto amministrativo con sembianze cangianti, suscettibili di mutare – in consistenza e contenuto – a se-

11 Così, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 ss. che aveva parlato di un «diritto di credito (avente a oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche predeterminate)» chiasmaticamente correlato a una obbligazione (di mezzi) della quale è destinataria la P.A. (avvertendo, tuttavia, che sarebbe stato errato identificare il diritto di credito del cittadino con il semplice interesse alla legittimità, se non foss'altro perché «la costruzione proposta, lungi dal postulare un generalizzato “dovere dell'amministrazione di osservare le leggi”, fonda una precisa obbligazione di quest'ultima verso un soggetto determinato» o più soggetti determinati, nel caso in cui si debba fare i conti con eventuali controinteressati (179). Nonché, da ultimo, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 221 ss.

12 Le quali «hanno un loro diverso ed autonomo oggetto che va pure qualificato come bene della vita», secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 nt. n. 232.

13 Che «in nulla differiscono [...] da tutte le altre», specie nel «carattere di prescrittività della norma stessa, nella comune qualificazione dei rapporti che ne discendono in termini di diritto-obbligo» (così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 167).

14 E il loro momento unificante, secondo la teoria della situazione giuridica soggettiva complessa, su cui vedi G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 26 – 27: «“diritto soggettivo” può essere riferito sia a ciascuna delle prerogative hohfeldiane individualmente considerata, se fondato su una norma specifica, sia ad un insieme più o meno complesso di tali prerogative, se fondato su una norma generica. [...] In questo senso, che potremmo definire statico, la complessità di un diritto è dunque una questione di grado, che dipende dalla quantità di posizioni hohfeldiane connesse tra loro», nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma – Bari, 2007, 67 ss. e 398, ove descrive i diritti come «situazioni molecolari complesse». Con riferimento all'interesse legittimo, cfr., invece, L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Quest. giust.*, 2021, 60, che ragiona di «carattere “complesso” della relativa [all'interesse legittimo] obbligazione»; G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 8, che, con specifico focus sulla tutela dell'affidamento, parla di «obbligazioni strumentali» la cui soddisfazione «dipende da quella della posizione principale, al pari della sua tutela, da costruire ‘all'ombra’ dell'interesse legittimo»; nonché I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., 234 ss. il quale, con riferimento a taluni diritti procedurali – come la pretesa alla neutralità del decisore amministrativo fondata sull'art. 6-bis, l.n. 241/90 e connessa al principio di imparzialità della P.A. –, precisa che essa «tutela un bene (neutralità del decisore) diverso da quello finale» (238).

15 Al concetto di pretesa si rifà D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 17 (che parla di «situazione giuridica soggettiva a carattere relativo» definibile in termini di «pretesa di provvedimento amministrativo favorevole»). Alla pretesa, sia pure ricostruita in una chiave inedita (di «pretesa che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento)»), che si astrae dalla dinamica classica del rapporto creditorio, si è richiamato, da ultimo, anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*,

conda dell'indole (vincolata o discrezionale) del potere in esercizio o di come l'*iter* procedimentale si è in concreto dipanato.

Mentre, infatti, appartiene ormai alla coscienza collettiva¹⁷ che a un potere interamente vincolato – in cui una e una sola risulti la soluzione conforme a legge – corrisponda sempre e comunque la pretesa (assimilabile a un diritto di credito)¹⁸ a un provvedimento favorevole¹⁹ (che coincide, fatalmente, con il provvedimento legittimo), la divaricazione tra i possibili sviluppi del procedimento discrezionale – a seconda che transiti o meno per il punto di scambio rappresentato dall'art. 10 *bis* della l.n. 241/1990 – ha comportato, dal lato del privato, una diversificazione nell'oggetto di detta pretesa: a un provvedimento legittimo²⁰, ancorché di segno negativo, quando l'abito normativo del potere

I, Torino, 2020, in partic., 507 ss. e 515 ss., facendone l'oggetto del giudizio amministrativo di condanna *ex* artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. (520 - 521).

16 Si tratta, in particolare, dell'art. 12, comma 1, lettera e), del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l.n. n. 120/2020, che ha riscritto in larga parte l'art. 10 *bis*, l.n. 241/90.

17 E nonostante l'ostinazione del g.a. nel dare continuità al criterio della direzione della norma attributiva del potere vincolato (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, 05 dicembre 2022, n. 10648, in *Dir. & giust.*, 2023, che, con riferimento alle norme sulla vaccinazione obbligatoria, ha parlato di «potere vincolato che viene esercitato a tutela della salute pubblica, di fronte al quale non necessariamente si contrappone un diritto soggettivo, ma può e deve correttamente configurarsi [...] un interesse legittimo alla corretta esplicazione di detto potere»).

18 Osserva A. TRAVI, *Lezioni di Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 51, che «almeno sul piano del diritto sostanziale, la distinzione rispetto alle obbligazioni scompare».

19 Come insegnato, anni orsono, da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 7 ss. che giunge a dimostrare la «necessaria correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario» (45).

20 Che sciolga una *chance* di carattere normativo, secondo la nota prospettazione di L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 643 ss., il quale, rifiutando la nozione di *chance* accolta dalla giurisprudenza (come mera aspettativa collegata al bene della vita e dipendente dall'esercizio del potere), ne propone una lettura in termini di autonomo bene della vita: «la *chance*, cioè, è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole» (644). Se questa è la situazione soggettiva vantata dal privato, ne consegue che la P.A., verserà «in una situazione di obbligazione» essendo «vincolata nei confronti del soggetto privato a garantire o dare siffatta possibilità» (651). Cfr., anche C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 42: «se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*). Cade la barriera visibile fra interesse legittimo e diritto soggettivo. Il bene della vita tutelato con la forma dell'interesse legittimo è un bene tutelato anche nei rapporti fra privati a fronte di altrui poteri unilaterali di scelta. E se nel rapporto fra privati si parla di diritto soggettivo perché non altrettanto nel rapporto con la pubblica amministrazione?». In giurisprudenza, ha aderito a questa tesi, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 1171, su cui vedi, in particolare, la nota di F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ivi*, 1236 ss.

non consente di stabilire, a priori, un esito favorevole del procedimento; o a un provvedimento di segno positivo, anche (astrattamente) illegittimo, laddove sia stato attivato il meccanismo di cui all'art. 10 *bis* e dall'indagine procedimentale non siano emerse ragioni per negare l'atto richiesto²¹.

A uscirne trasformata è la figura stessa di interesse legittimo che, reciso ogni legame con l'interesse a un bene della vita (che resta estraneo al nucleo di tutela sottostante alla norma violata), si eleva a situazione soggettiva di teoria generale, appartenente alla famiglia dei diritti di credito, avente nel provvedimento (*secundum ius* o favorevole, a seconda della fattispecie regolativa del potere) l'oggetto della prestazione riconosciuta e tutelata dalla legge.

Il nuovo interesse legittimo, in altri termini, si risolve in una aspettativa²² o *chance* normativa (a un provvedimento conforme a legge)²³, che le più recenti riforme piovute sulla materia hanno reso protagonista di una fattispecie a formazione progressiva²⁴ in cui, al ricorrere di certi presupposti – normativi (la soggezione del potere in esercizio al modulo procedimentale dell'art. 10-*bis*) o circostanziali (come la violazione dell'obbligo di completezza dell'istruttoria) –,

21 Per L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 584, per l'esattezza, un «diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo» oppure, a volerne conservare la natura creditizia, un «diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole». Sull'argomento, per le ragioni che inducono a propendere per la tesi del diritto a struttura relativa, sia consentito rinviare a G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2022 e in *Dialoghi di diritto amministrativo*, a cura di F. APEIRO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI, Roma, 2022, 327 ss. Da ultimo, sui riflessi di ordine sistematico dell'art. 10-*bis* e del fenomeno preclusivo a esso collegato, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, Torino, 2022, 7 ss., che ha parlato di semplice «correttivo, appunto in chiave preclusiva, riferibile al giudizio di annullamento» (23), privo di effettiva rilevanza quando, esperita l'azione di condanna a un *facere*, il giudizio si estende all'intero rapporto sostanziale (sicché la preclusione legale dell'art. 10-*bis*, viene assorbita e superata da quella, più intensa e a carattere generale, discendente dal giudicato).

22 Con un contenuto che si estrinseca – a differenza dell'aspettativa negoziale, di contenuto esclusivamente conservativo – in facoltà extra processuali attive riconosciute al titolare (come si era illustrato in G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 47 ss., a cui, se lo si desidera, è fatto rinvio).

23 Cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, loc. cit. (concetto ripreso e sviluppato, specie in chiave di tutela processuale, in ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *facere**, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 644 ss.).

24 Categoria giuridica su cui cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

possa espandersi in diritto a ottenere un provvedimento favorevole (ancorché non spettante)²⁵.

Questo processo trasformativo avviene secondo un meccanismo non ignoto al diritto, assimilabile a quello che il Codice civile, all'art. 1359, riserva all'aspettativa negoziale, situazione individuale protetta nei termini di diritto a ottenere un altrui comportamento improntato a correttezza e buona fede che diviene, in conseguenza della condotta illecita posta in essere dalla controparte contrattuale, di diritto alla prestazione contenuta nel contratto²⁶.

Nel contratto sottoposto a condizione, infatti, la violazione dell'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione²⁷ – quale specificazione del più generale obbligo di buona fede – determina un'estinzione imperativa del potere di autonomia del contraente inadempiente il quale, nonostante in sede di autoregolamento dei propri interessi avesse deciso di accogliere gli effetti del contratto concluso solo al verificarsi di una certa condizione, sarà costretto a subirla, *ob torto collo*, anche qualora detta condizione, nella realtà, non si è mai realizzata²⁸.

Ugualmente accade nel procedimento amministrativo assoggettato all'art. 10-*bis*, dove la violazione dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego

25 Ipotizzava F. VOLPE *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 115 e nt. 61, la possibilità che, a fronte di una norma (di relazione), un medesimo fatto ricevesse una doppia qualificazione, produttiva – secondo la logica della fattispecie complessa o a formazione progressiva – sia di un'efficacia preliminare, sia di un'efficacia conseguente.

26 In ordine al contratto sottoposto a condizione e alle situazioni soggettive nascenti tra le parti, P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 762 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1955, 538 ss.; U. NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da D'AMelio e FINZI, *Libro IV, Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 421 ss. Sull'aspettativa nel diritto civile, oltre agli autori dianzi menzionati, cfr. R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit.; U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995 e, di recente, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006; R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, III, Torino, 2011, 310 ss.

27 A opera della parte che aveva interesse contrario al suo avveramento.

28 Sul rapporto tra il rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. e il canone generale di buona fede (quale speciale applicazione di essa), già S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., 798; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, 49 ss. e 107 ss. M. GRANDI, *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2011, 44 ss.

dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi – corollario dell'obbligo di istruire in modo completo il procedimento – determina un'estinzione del potere amministrativo²⁹, con contestuale nascita dell'obbligo in capo all'autorità – quale conseguenza *ope legis* dell'inadempimento – di rilasciare un provvedimento favorevole, ancorché la legge, o una più attente valutazione di opportunità, ne avrebbero osteggiato il rilascio³⁰.

Nell'uno, come nell'altro caso, l'esigenza che anima le due fattispecie, giustificando il rafforzamento della posizione del soggetto antagonista del potere (pubblico-discrezionale o di autonomia privata), a scapito dell'altro (che vede trasformata dalla legge uno spazio di libertà in uno di obbligo), è la necessità di dare stabilità e certezza all'attività privata³¹, e riconoscere una tutela effettiva

29 Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 578 – 579, il quale osserva come la preclusione che si manifesta in caso di annullamento in giudizio del provvedimento determina, secondo la stessa legge, «la consumazione del potere», con conseguente necessità che si aprano «le porte del giudizio di ottemperanza, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato».

30 Ricostruzione che, allargando lo sguardo, trova una sua coerenza sistematica (e, al contempo, una conferma) sia nel novellato art. 2, comma 8-bis, l.n. 241/90 (che sanziona espressamente con l'inefficacia i provvedimenti adottati decorsi quei termini di conclusione del procedimento, posti a garanzia della stabilità di effetti prodotti o situazioni venutesi a creare a vantaggio dell'individuo e su cui cfr. C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 52 ss.), che nel neoistituito art. 21-decies, l.n. 241/90 (il quale consente al privato di chiedere – e ottenere – la riadozione di un atto autorizzativo annullato con sentenza passata in giudicato, tanto da far dire a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, n. 36/2020, 46, che «è la legge stessa che, ancora una volta, spegne i "focolai discrezionali" originariamente esistenti all'interno del procedimento»). Anche dette norme, infatti, sia pur nella diversità di formulazione e struttura, collegano al verificarsi di certi presupposti un'estinzione (totale o parziale) del potere originario, soppiantato da un obbligo di *facere* (adottando un certo provvedimento) o di *non facere* (astenedosi dall'adottare provvedimenti trascorso un certo termine) collocato in capo alla P.A. Non trascurabile, in chiave di sistema, sembra pure l'art. 21-octies, l.n. 241/90 il quale, nell'escludere – così come riformulato – che la violazione dell'art. 10-bis possa dar luogo a un vizio non invalidante, conferma, per contrapposizione, la rilevanza della norma – la cui trasgressione può produrre, quale «misura limitativa» (N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Dir. econ.*, 2022, 13), un'estinzione del potere – sul piano sostanziale (e non più soltanto formale e procedimentale: cfr. Cons. Stato, Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 785, con nota di L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in partic. 792).

31 Che è da considerarsi, a tutti gli effetti, un bene della vita: cfr., A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 178, che colloca «la certezza dei rapporti giuridici» tra i «beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili [...]»; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempestive decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non

dell'individuo, evitando che sia il soggetto inadempiente a beneficiare degli effetti giuridici favorevoli derivanti da una condotta tenuta *contra legem*³².

Con il corollario che, nell'uno come nell'altro caso, l'oggetto della domanda di giustizia sarà proprio il diritto alla prestazione (il provvedimento favorevole o la prestazione dedotta in contratto, anche se virtualmente non spettanti), con conseguente possibilità, per chi agisce, di invocare una sentenza che – oltre ad accertarlo – sia attributiva del diritto stesso³³.

A un'analisi più attenta, è possibile avvedersi che lo schema operativo su cui è congegnato il meccanismo di tutela introdotto dal nuovo art. 10-*bis*, non rappresenti una assoluta novità nel panorama pubblicistico, rintracciandosi un suo predecessore – già all'indomani della riforma del 2005 – nel fenomeno (similare) introdotto all'art. 2, l.n. 241/90, in materia di silenzio.

Con previsione, di lì a pochi anni, dislocata (più correttamente) nel c.p.a., infatti, il legislatore ha sostanzialmente stabilito che, in assenza di spazi di discrezionalità (amministrativa o tecnica), la violazione dell'obbligo di provvedere – entro il termine di legge – consumasse il potere attribuito alla P.A., abilitando il giudice ad accertare la fondatezza dell'istanza (art. 31, comma 3, c.p.a.)³⁴.

conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso».

32 Analogamente a quanto accade nella tutela delle corrispondenti situazioni soggettive regolate dal diritto dei privati. Cfr., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, 556, al cui avviso la sanzione che, ai sensi dell'art. 1359 c.c., colpisce il contraente che viola l'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione, è da ritenersi espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui l'autore di un inadempimento non può trarne effetti giuridici favorevoli.

33 Fino al punto di rendere lecito l'utilizzo della sentenza cognitiva con effetti esecutivi che, sulla falsariga dell'art. 2932, c.c., tenga luogo – interinalmente – degli effetti del provvedimento amministrativo. In tema, cfr. L. FERRARA, *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo non emanato*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 648, che si domanda «se la piena soddisfazione della situazione soggettiva dell'attore, laddove l'attività della p.a. è vincolata, non vada piuttosto rinvenuta in una sentenza di accertamento costitutivo o in una sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga di quella di cui all'art. 2932 c.c.»; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1179, secondo cui per gli atti vincolati l'ordinamento potrebbe riconoscere la possibilità per il giudice di emanare un provvedimento «che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio»; nonché già P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, 34 ss.

34 Sulla tutela processuale in materia di silenzio-inadempimento, specie sotto l'angolo visuale della sua effettività e pienezza, F. SCALIA, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, in partic. 21 ss.; N. POSTERARO, *Riflessioni a proposito del rito avverso il silenzio inadempimento*, in *Foro Amm.*, 2017,

Un istituto, probabilmente pensato per i poteri che nascono *ab origine* vincolati³⁵, che ha attecchito, trovando terreno fecondo, anche nel campo dei poteri discrezionali, quando la astratta discrezionalità – andata via via a esaurirsi nel corso di un procedimento avviato ma mai portato a conclusione – trasmodava in vincolatezza (in concreto)³⁶.

Secondo lo schema codificato dal legislatore, più analiticamente, anche al cospetto di un potere ampliativo di indole discrezionale, lo spirare del periodo di tempo concesso alla P.A. per provvedere, unito al venir meno – nel corso dell'istruttoria – degli originari tratti di discrezionalità, che sia amministrativa o tecnica (per esser state già compiute le eventuali valutazioni a essa riservate), abilita l'istante a domandare la condanna dell'Amministrazione inadempiente all'adozione del provvedimento richiesto³⁷. Elevando, di conseguenza, a oggetto del processo amministrativo avverso il silenzio³⁸ la “pretesa” di provvedimento

793 ss.; G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della p.a. dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, 997 ss.

35 E rispetto ai quali la posizione vantata dal privato nasce *ipso iure* come di diritto soggettivo al provvedimento favorevole. Cfr. supra, note nn. 12 e 13.

36 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 981, che parlava della discrezionalità amministrativa come di «una dote che si spende nel procedimento e che può risultare del tutto consumata nel momento della (sovente solo formale) decisione [senza più] opporsi, pregiudizialmente e aprioristicamente, ad aspettative private che, in relazione alle risultanze già acquisite nel procedimento, possono benissimo risultare, in concreto, di ormai necessaria soddisfazione». Di recente, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 294 – 295.

37 Con un'azione che, in base al combinato disposto tra gli artt. 31, comma 1 e 117, comma 3 c.p.a., è stata configurata come di accertamento e di condanna a provvedere (cfr. V. LOPILATO, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Roma, 2015, 418; E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 202).

38 Inizialmente volto ad accertare in giudizio l'esistenza di un dovere funzionale di provvedere posto in capo all'autorità e la sua violazione (cfr. C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e satisfattiva del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 154; G. GRECO, *Silenzio della pubblica amministrazione ed oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 ss.; G. SALA, *Oggetto del processo e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 156 ss.; F. FIGORILLI, *Verso un'azione di accertamento del silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1987, 2195 ss.; G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, *ivi*, 1989, 612 ss.; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Atti del XXVIII Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Milano, 1985, 53 ss.) e con aperture, da parte di certa dottrina, verso la possibilità di rivolgere l'accertamento giurisdizionale non già alla posizione di dovere, bensì direttamente al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere in giudizio dall'interessato (cfr. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 18 ss.; G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *Atti, cit.*, 137 ss.; V. CAIANIELLO, *Silenzio-rifiuto e poteri del giudice amministrativo*, *ibid.*, 375 ss.).

favorevole dedotta in giudizio, su cui dovrà vertere, nel rispetto del principio della domanda, l'attività di accertamento del giudice e la successiva condanna di cui all'art. 31, c.p.a.³⁹

Una conclusione del genere, resa obbligata dai dati testuali e di sistema, induce a postulare che, sul piano sostanziale, l'art. 2 l.n. 241/90, in combinato disposto con l'art. 31 c.p.a., dia vita a una fattispecie a formazione progressiva in cui, al ricorrere di certe condizioni, all'interesse legittimo originario si sostituisce un diritto soggettivo (pieno) al conseguimento del provvedimento ampliativo⁴⁰.

Scandendo idealmente i vari momenti della fattispecie, infatti, con l'avvio del procedimento, sorge in capo alla P.A. – quale proiezione del vincolo normativo (discendente dall'art. 2 l.n. 241/90) al potere discrezionale⁴¹ – un obbligo (di provvedere)⁴² a cui corrisponde, per il richiedente, il solo diritto⁴³ – strumentale e accessorio rispetto alla situazione soggettiva principale (di interesse legittimo) – a che l'Amministrazione adotti, entro un termine dato, un provvedimento (di qualsivoglia contenuto) risolutivo dell'aspettativa sottesa all'istanza. Un obbligo, come è stato già da tempo messo in luce, che si riconnette al

39 Su poteri vincolati e diritti di credito, è tornato di recente L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 113 ss.

40 Evoca la figura dalla fattispecie a formazione progressiva, di recente, anche S. FLORIAN, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, 2022, 73 ss., la quale, tuttavia, ritiene effetti preliminari ed effetti definitivi non come avanzamento progressivo di un unico interesse (quello a ottenere quanto spetta in base alla legge), bensì come momenti qualificativi di norme diverse – collocate in diverse fasi (preliminare e definitiva) del potere – che tutelano distinti interessi, quello «al rilascio del provvedimento favorevole» e quello «protetto con gli effetti definitivi (o finali), che consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi».

41 Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione)*, Milano, 2003, 20 ss. che ricorda come in «principio il quando era discrezionale» dopodiché, a seguito della legge sul procedimento, la «antica discrezionalità nel quando che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione viene sovvertita».

42 Non più, dunque, un semplice e irrelato «dovere funzionale di provvedere», su cui D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 93. Bensì, un vero e proprio «obbligo», suscettibile di «inadempimento» (così, ad es., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, 250).

43 Già M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 27 ss. e 179 – 180, d'altro canto, aveva dimostrato come, nei procedimenti a istanza di parte, il termine per provvedere «si colloca all'interno della relazione diritto soggettivo-obbligo», di talché «il modello concettuale di riferimento è cioè il termine per l'adempimento delle obbligazioni». In senso analogo, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2022, 345, dove si parla di «un obbligo per l'amministrazione di rispettare il termine e un diritto dell'interessato a che il termine sia rispettato».

più generale canone di correttezza e buona fede – rappresentandone una tipizzazione⁴⁴ –, la cui funzione protettiva si risolve nel garantire tempi certi alla soddisfazione dell'interesse legittimo⁴⁵.

Può, tuttavia, accadere che, nel corso della procedura, le attività istruttorie riservate alla P.A. siano state compiute e che il concreto atteggiarsi degli eventi abbia ridotto a zero lo spazio di scelta a essa delegato dalla norma attributiva sicché, al ricorrere di questi ulteriori elementi della fattispecie, all'iniziale obbligo di *facere* generico (*i.e.* l'adozione di un provvedimento, ancorché negativo), venga a surrogarsi un'obbligazione di *facere* specifico, al rilascio del provvedimento favorevole entro il termine (di adempimento) fissato dalla legge⁴⁶.

Il concreto andamento dell'istruttoria⁴⁷, in altri termini, può condurre a quella progressiva – ed eventuale – consumazione della discrezionalità⁴⁸ che, ol-

⁴⁴ In questa prospettiva, cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2004, 4. In termini analoghi, I. PAGANI, *Il Consiglio di Stato torna sul «clare loqui»*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 339 ss., la quale rileva che «[l]a statuizione del Consiglio di Stato è la trasposizione, nell'ambito del rapporto di appalto pubblico, del generale canone di buona fede precontrattuale indicato dall'art. 1337 c.c.» e M. RENNA, F. FIGORILLI, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, Roma, 2010, 127, al cui avviso «il silenzio disciplinato dalla nuova formulazione dell'art. 2 [...] sembra rafforzare l'idea dell'obbligo di correttezza cui è tenuta l'amministrazione nel corso della sua azione». Sull'argomento, cfr. anche A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 56 ss. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3129.

⁴⁵ Analogamente al rispetto dei termini a cui è sottoposto l'esercizio dei poteri privati. È il caso, ad es., degli incanti privati, nei quali la previsione di un termine successivo all'aggiudicazione, entro cui possono pervenire offerte più vantaggiose, rileverà in termini di obbligo di buona fede, giacché «si potrebbe ritenere che il soggetto indicente la gara abbia creato nei partecipanti uno specifico affidamento nel fatto che egli non prenderà in considerazione offerte di terzi più vantaggiose. Con la conseguenza che, pur restando libero di stipulare il contratto con il terzo, potrà incorrere in responsabilità precontrattuale» (così, R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 981, nt. 74).

⁴⁶ In questo più avanzato stadio della situazione soggettiva, il fattore tempo, che sottende a ogni termine per provvedere, non si lega più a un obbligo di tipo strumentale e accessorio (alla risoluzione in tempi certi della situazione di aspettativa), riconducibile alla buona fede, ma diventa parte integrante dell'obbligo principale di prestazione: il rilascio del provvedimento favorevole, che dovrà avvenire tempestivamente (entro, cioè, il termine di legge), secondo il parametro della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, le quali *ex art.* 1176 c.c., devono essere eseguite con esattezza e nel termine previsto.

⁴⁷ Retta, ai sensi dell'art. 6, l.n. 241/90, dal cd. principio inquisitorio, che ha come suo corollario l'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale, in virtù del quale l'amministrazione è tenuta ad acquisire (oltre a quelli richiesti dalla legge) tutti i fatti rilevanti per la decisione finale secondo un criterio di adeguatezza e ragionevolezza (l'art. 6, c. 1, lett. b) parla, infatti, di «adeguato [...] svolgimento dell'istruttoria»).

⁴⁸ In forza di un meccanismo (fatto di obblighi e sanzioni) altrove descritto (segnatamente, in G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 331 ss.) e a cui, se lo si vuole, si fa rinvio.

trepassato un certo lasso di tempo, può (*ope legis*) estinguere del tutto l'originario potere, facendo sorgere, dalle sue ceneri, un'obbligazione di prestazione – a cui corrisponde un diritto di credito –, consistente nel tempestivo rilascio del provvedimento ampliativo non ancora adottato. Un diritto di credito, quindi, che si identifica con quella *pretesa* che l'art. 31 c.p.a. pone a base della azione di accertamento e condanna, riconosciuta al cittadino per reagire alla situazione di inadempimento in cui versa l'Amministrazione⁴⁹.

Tratto saliente della attuale fisionomia del giudizio avverso il silenzio, dunque, è il suo essere votato a soddisfare, in ultima analisi, il diritto a ottenere un provvedimento, favorevole o che, quantomeno, sciolga l'aspettativa o possibilità normativa di un risultato favorevole⁵⁰. Un diritto di credito, cioè, che, sebbene caratterizzato dalla natura pubblica del debitore (la P.A. a cui di volta in volta si rivolge) e dal tipo di prestazione reclamata dal creditore (un suo *facere* infungibile), si lascia ricondurre *pleno iure* nella categoria civilistica di appartenenza⁵¹.

In tal senso, d'altra parte, non si può neppure trascurare l'influenza discendente che, sul piano classificatorio, esercita il dato costituzionale, che riserva ai diritti del singolo un'analoga estensione e ampiezza d'accesso alla tutela giurisdizionale – “sempre ammessa” come si esprime solennemente l'art. 113 –, siano essi devoluti alla giurisdizione dal giudice ordinario o assegnati a quella

49 E non il diritto al bene della vita secondo la prospettiva di B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 170 ss. che, in tal modo, ammette la possibilità generalizzata di una sentenza costitutiva che sostituisca il provvedimento ampliativo.

50 Con conseguente difficoltà, rispetto all'omissione della P.A., di identificare dei controinteressati reali, posto che, come ha rilevato a più riprese la giurisprudenza, «l'ipotetico beneficio del terzo connesso, all'illegittima inerzia dell'Amministrazione, può risultare un vantaggio di mero fatto, non integrante, dunque, alcuna posizione giuridica soggettiva» (così, T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 12 gennaio 2022, n. 314; Id., 7 agosto 2017, n. 9231, nonché, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1447, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*). Sul tema dei terzi controinteressati, d'altronde, la dottrina ha già dimostrato la necessità di restringerne la platea ai soli titolari di una posizione giuridica autonoma, qualificata e differenziata, che divengono terza parte del rapporto (si allude a G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim* e, in partic., 227 ss.).

51 Giacché, come osservava A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 13, la posizione di autorità rivestita dall'Amministrazione è un elemento privo di valore, sul piano normativo, per giustificare una ricostruzione diversa – rispetto al diritto comune – del rapporto tra cittadino e potere (parlando, al riguardo, di «tautologia manifesta perché il soggetto per un verso è pubblico per definizione, per l'altro esercita funzioni le cui finalità sono desumibili soltanto dalla legge»).

dal giudice amministrativo⁵².

La logica che anima la previsione di cui all'art. 113 Cost., di ispirazione paritaria, promette, infatti, anche alle pretese dell'individuo sorte in relazione a manifestazioni del potere amministrativo, quella stessa pienezza di tutela che da sempre caratterizza i diritti sorti nei rapporti tra privati⁵³. Le pretese dei cittadini, così come sfuggono a limitazione nell'accesso alla tutela giurisdizionale nei rapporti *inter pares* (ostandovi il combinato disposto tra gli artt. 24 e 111 Cost.), non possono andare incontro a *deminutio* di tutela – men che meno se dovute al particolare regime previsto per accedere al processo⁵⁴ – neppure quando la contesa è con l'Amministrazione in veste d'autorità⁵⁵.

Con il corollario obbligato, sul piano del metodo, che il relativo giudizio, in assenza di esplicite deroghe presenti nel diritto positivo, debba tararsi sul modello del processo civile a tutela del credito, rivelandosi privo di giustificazione (teorica o di carattere dogmatico) o utilità (sul piano della tutela) un atteggiamento ricostruttivo che, all'opposto, intenda prenderne le distanze.

Così ricostruita la situazione soggettiva oggetto di tutela nel rito *contra silentium*, perciò, sembra più coerente con i dati di sistema collocare il fattore tempo, quale bene dell'individuo, alla stessa latitudine alla quale il Codice civile lo pone rispetto all'obbligazione: quale elemento che, ai sensi degli artt. 1183

⁵² Ragiona L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 152 sul fatto che «i principi costituzionali ed europei sul processo amministrativo corrispondono ai principi che concernono in generale la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, anzi, che concernono la tutela giurisdizionale *tout court*. È questo un chiarimento tanto banale quanto di frequente pretermesso, certamente non contraddetto dalla sussistenza di disposizioni specifiche (è, in particolare, il caso dell'art. 113 Cost.)».

⁵³ Sulla parificazione nel prisma della Costituzione, da segnalarsi i contributi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 43 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 808 ss.; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Nonché, sul particolare ruolo proprio dell'art. 113, Cost., G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA, IV, Bologna – Roma, 1987, 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

⁵⁴ Vd. F. ORSO, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrilevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 523 ss.

⁵⁵ Sulla rilevanza trasversale e parificatrice dei principi desumibili dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., da ultimo, L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 153 ss.

ss.⁵⁶, contribuisce a segnare i confini, sul piano cronologico-spaziale, della pretesa individuale (e della corrispondente obbligazione dalla P.A.) già protetta dalla legge. In questo senso, cioè, il tempo s'inquadra tra le modalità della prestazione, sicché la sua violazione, in relazione all'obbligo di provvedere, rappresenta né più né meno che un inadempimento (nel caso di mancato esercizio del potere) o inesatto adempimento (se l'esercizio è tardivo, in quanto il provvedimento viene adottato fuori termine) di quel diritto di pretesa – a struttura creditizia – che la norma sostanziale, già prima dell'esercizio del potere, riconosce e tutela.

3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio

Un'attenzione particolare, ai fini della disamina che ci si appresta a svolgere, merita il tema delle condizioni dell'azione, che pur reperendo il materiale normativo direttamente nel c.p.c. (artt. 81 e 100) – e in concomitante assenza di previsioni su misura all'interno del c.p.a., che avrebbero potuto alterarne la consistenza e la fisionomia d'origine –, sono state da sempre oggetto di una lettura *sui generis* e in chiave domestica dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa⁵⁷.

Sino al punto, allorquando si è parlato di interesse a ricorrere, di elevare una condizione dell'azione a criterio di attribuzione *praeter legem* di una *facultas agendi* o, al suo opposto, di confondere il merito del giudizio (vale a dire, l'accertamento del diritto controverso) con la verifica preliminare della sua rituale instaurazione.

Un atteggiamento in cui ci si imbatte con preoccupante frequenza, nonostante l'oramai esplicita adesione dell'ordinamento a un modello di processo amministrativo a base soggettiva lasciasse sperare che, in un percorso di naturale rinnovamento, le teorie sull'interesse a ricorrere, come lasciassero o filtro per l'accesso al servizio giustizia, fossero destinate ad appassire.

⁵⁶ Art. 1183 c.c. che, evocativamente, è rubricato “tempo dell'adempimento”. In argomento, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 209 ss.

⁵⁷ Per una rassegna delle posizioni sull'interesse a ricorrere (anteriori al c.p.a.), con evidenza del condizionamento esercitato dall'adesione a una concezione oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa, vedi B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, *passim*.

Con il tramonto del modello a giurisdizione oggettiva⁵⁸, infatti, era venuta meno quell'esigenza di dotare il giudice di uno strumento di pesatura e selezione degli interessi individuali, essendo la stessa legge a eleggere, a monte del giudizio, quelli ammessi alla tutela processuale.

Così, però, non è stato. Complice un'ambiguità insita nella giurisprudenza amministrativa – che, anche quando ha proclamato di ispirarsi al processo civile, poi, di fatto, si è allontanata dal solco tracciato dal giudice dei diritti – è maturata l'idea che la funzione di spartiacque, propria dell'interesse a ricorrere, potesse sopravvivere⁵⁹, ricevendo una nuova linfa, ora dal principio di effettività del diritto europeo, ora di sussidiarietà orizzontale consacrato nella Costituzione⁶⁰. Principi, questi ultimi, capaci di aprire un corridoio d'accesso alla giustizia anche in fattispecie in cui manca una vera e propria situazione soggettiva da tutelare⁶¹.

Pur animata dall'intento di favorire un più intenso controllo sull'agire

⁵⁸ Sebbene, tuttora, il modello sia sostenuto da più di un autore, che ravvisa, all'interno del processo amministrativo, la permanenza di profili di giurisdizione oggettiva, sul postulato che l'elemento essenziale della decisione finale rimane la legge (così, ad es., F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020, 74; V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 329 ss; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 235).

⁵⁹ Accade così che l'interesse a ricorrere sia stato rappresentato come un volano che consente di differenziare a valle (e in relazione al concreto atteggiarsi della vicenda) interessi che normativamente non sono stati differenziati o qualificati (così F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *InfDir. proc. amm.*, 2013, 1009) o di imputare a un singolo (sotto forma di specifico pregiudizio) la lesione di un interesse (pubblico o collettivo) non ricompreso nella sua sfera giuridica (vd. R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2182 e analogamente, R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 474).

⁶⁰ Cfr. P. URBANI, *"Vicinitas" e interesse al ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 341 ss.; G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *InfP.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 73-83; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 375 ss., che si rifà all'art. 118 Cost. e alla sussidiarietà orizzontale per giustificare la creazione di nuovi interessi sostanziali, differenziati e giuridicamente qualificati, e la conseguenziale proliferazione delle posizioni legittimanti riconosciute *uti civis* dalla giurisprudenza. Per un analogo ordine di idee, da ultimo, P. PORTALURI, *Per una vicinitas assiologica: cercando di accrescere la tutela processuale dei beni comuni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, nonché ID., *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 107 ss. (in partic. 123 -133 e 152 -158), che evoca il controllo di meritevolezza dell'interesse (previsto dall'art. 1322 c.c.) come criterio "antiregressivo" per ampliare il ventaglio degli interessi che hanno accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa.

amministrativo, questa applicazione del codice finisce per diventare “reazionaria”, restituendo all’interesse a ricorrere – in una sorta di ritorno al passato – la veste di ago della bilancia che, nelle mani del g.a., può abilitare ad agire – fino alle soglie dell’azione popolare – anche i titolari di interessi di fatto (o attinti, solo di riflesso, a un proprio bene).

Una sensazione di restaurazione degli assetti passati che, del resto, lascia addosso anche quell’atteggiamento, concettualmente opposto al precedente (eppure presente in pari misura nella giurisprudenza dei g.a.), incline a sottoporre al filtro dell’interesse a ricorrere anche interessi già sanciti dalla legge come meritevoli di tutela giurisdizionale, secondo lo schema dei diritti.

Dietro le quinte anche di questa diversa impostazione, infatti, si nasconde una sostanziale fatica ad accettare il progresso che, nel solco della parità, hanno compiuto le norme di diritto pubblico, con annessa volontà di smantellare la natura di diritto soggettivo delle situazioni protette che da esse promanano, riportandole allo stadio di interessi condizionatamente protetti; tutelati, se e in quanto convergenti con l’interesse pubblico che sovrasta la norma sul potere⁶². Con l’ulteriore – e inevitabile – risultato, di trattenere in capo al giudice la decisione – che, in un ordinamento democratico, spetta invece al legislatore – sugli interessi da ammettere o non ammettere alla tutela giurisdizionale⁶³.

Una rappresentazione plastica di questo fenomeno, più radicato di quanto si auspicasse, è offerta proprio dai giudizi avverso il silenzio nei quali, a fronte di una ormai acquisita qualificazione della situazione dedotta in giudizio in termini di diritto (soggettivo) di pretesa, è liturgia della giurisprudenza l’anticipare alla fase di rito – nel nome dell’interesse a ricorrere – la verifica di esisten-

61 Assai critico nei confronti della dottrina tendente a desoggettivizzare il processo amministrativo si è rivelato, da ultimo, B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in *www.federalismi.it*, 4/2023, 108 ss.

62 Definisce le significative differenze nell’applicazione degli istituti da parte del g.a. «allarmanti, nella misura in cui [...] arrivano a contraddire la stessa norma costituzionale» L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 177, ravvisando una diretta discendenza delle condizioni dell’azione – così come individuate dalla dottrina processual-civilistica – dal dettato costituzionale dell’art. 24, ancor prima che dalle disposizioni del c.p.c. (175 ss.).

63 Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell’interesse a ricorrere*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, per cui «la centralità rivestita dall’interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l’interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

za, in concreto, di un interesse che già la legge (in particolare all'art. 2, l.n. 241/90) ha giudicato degno di essere protetto. Col risultato di arrestare la corsa dei diritti verso la loro tutela, alla soglia di ingresso del giudizio di merito.

Minimo comun denominatore delle pronunce che affollano i repertori, infatti, è trattare l'esistenza (e persistenza) dell'inerzia di un'Amministrazione non come fatto rappresentativo dell'inadempimento di un obbligo su di essa gravante, quanto, piuttosto, come circostanza che giustifica – in termini di utilità concreta per il ricorrente – una sentenza di condanna a provvedere⁶⁴. Quasi che, in una sorta di percorso *a rebours*, l'interesse tutelato dal vincolo posto dal diritto positivo (all'art. 2, l.n. 241/90) fosse quello, di carattere generale, alla continuità e doverosità dell'azione amministrativa⁶⁵ e che l'oggetto del relativo giudizio diventasse, inevitabilmente, il potere d'azione, suscettibile di sfociare in una pronuncia di merito solo a patto di dimostrare che il ricorrente riceve un concreto vantaggio (alla persona o al patrimonio) dall'aver azionato un interesse

64 Vedi, ad es., Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2022, n. 4987, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel processo amministrativo, presupposto, ai sensi dell' art. 117 c.p.a. , della condanna dell'Amministrazione per il silenzio dalla stessa illegittimamente serbato sull'istanza dell'interessato, è che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'Amministrazione inadempiente e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire; di conseguenza, l'adozione da parte della stessa di un provvedimento esplicito, in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge, rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato); permane invece la situazione di inerzia colpevole, e dunque il corrispondente interesse ad agire ex art. 117 c.p.a. , se l'Amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio, atteso che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento». Analogamente, T.A.R. Lazio - Roma, sez. V, 03 giugno 2022, n. 7243, *ivi*: «l'insussistenza di una situazione di inerzia procedimentale determina l'improcedibilità del ricorso avverso al silenzio - inadempimento, per carenza sopravvenuta di interesse ad agire». Impostazione diversa sembra adottare, invece, T.A.R. Campania - Napoli, sez. VII, 01 luglio 2022, n. 4427, *ivi*, dove si afferma che «nel ricorso proposto ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., l'interesse a ricorrere nei confronti dell'Amministrazione sorge quando essa si sia resa inadempiente, restando inerte ad un obbligo di provvedere. Scopo del ricorso è, quindi, ottenere un provvedimento esplicito dell'Amministrazione che elimini lo stato di inerzia e assicuri all'interessato una decisione che investa la fondatezza o meno della sua pretesa. Il rito previsto dagli artt. 31 e 117 c.p.a. rappresenta, infatti, sul piano processuale lo strumento rimediale per la violazione della regola del generale obbligo di agire di cui all' art. 2, l. n. 241/1990».

65 Differenziava le ipotesi di silenzio a seconda che il termine fosse stato posto nell'interesse della legge o del terzo, ritenendo che solo in quest'ultimo caso il suo inutile decorso desse luogo a lesione di diritti soggettivi e costituisse causa di risarcimento del danno, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 148 ss. (già in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, I, Milano, 1983, 194 ss.).

non suo personale⁶⁶.

Col risultato di dare vita a una consuetudine applicativa distonica rispetto all'obiettivo, alla base della codificazione del 2010, di conferire anche al processo amministrativo un'impronta inequivocabilmente soggettiva, incentrata, cioè, sulla situazione giuridica individuale dedotta in giudizio e votata al principio di effettività della tutela⁶⁷.

Se la giustizia amministrativa, per volontà stessa del legislatore, deve ormai ispirarsi alla logica del processo di parti (tipica del diritto civile)⁶⁸ e il giudizio essere ricondotto al *genus* del processo sui diritti, corollario di questo cambio di paradigma non può che essere la centralità – per accedere al processo amministrativo – della situazione riconosciuta dalla norma sostanziale (di cui egli è titolare) e dedotta in giudizio dal ricorrente⁶⁹.

Una centralità che, filtrata alla luce della Costituzione (e in particolar modo dell'art. 24), implica una considerazione dell'interesse a ricorrere che vada di pari passo con la valutazione della situazione sostanziale: se questa non esiste, è inaccettabile che sia il giudice, attraverso l'impostura dell'interesse a ricorrere, a consentire che interessi di mero fatto facciano breccia nel processo⁷⁰.

Mentre se, all'opposto, questa esiste, in quanto consacrata dalle norme, deve sempre garantirsi l'azionabilità, senza che il giudice si addentri a misu-

⁶⁶ L'interesse a ricorrere, in questo modo, viene a essere trasformato in strumento di legittimazione. Per G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, 135, infatti, il «distacco del giudizio di legittimità da qualsiasi rapporto sostanziale», rende l'interesse a ricorrere «l'unico elemento rilevante per poter giudicare della possibilità del ricorrente di impugnare un determinato atto». Critico nei confronti di questa tendenza, L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 926.

⁶⁷ S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 81.

⁶⁸ E per i quali, in assenza di una chiara distinzione tra situazione protetta dal diritto sostanziale e requisiti di azionabilità della pretesa, non basta considerare l'interesse a ricorrere come elemento necessario del giudizio amministrativo per dimostrare il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa (così, invece, E. FOLLIERI, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2020, 313 ss.).

⁶⁹ Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, che osserva: «la centralità rivestita dall'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l'interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

⁷⁰ G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit.; nonché, ID., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 529 ss. che, alla domanda «se debba essere il giudice a selezionare quali interessi meritano la protezione giurisdizionale», risponde che tale scelta «non possa essere rimessa alla sensibilità del singolo giudice ma debba essere riservata al legislatore».

rare il grado o il tipo di beneficio che l'azione può offrire a chi (liberamente) la propone⁷¹. Sposare una tesi contraria, significa operare una indebita confusione tra piani e tra istituti⁷².

D'altra parte, è ormai indubbio – lo si è visto – che, a fronte dell'inerzia di un soggetto pubblico, trovi titolo nell'art. 2, l.n. 241/90 un vero e proprio diritto soggettivo (a struttura creditizia) del privato alla conclusione del procedimento, mediante adozione di un provvedimento espresso.

La nuova dogmatica del diritto amministrativo (che ha evidenziato come quello alla certezza del tempo possa rappresentare un interesse individuale, suscettibile di refluire entro un rapporto di debito-credito)⁷³ e i molteplici elementi del diritto positivo (come, ad es., l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, c.p.a. e l'art. 2-*bis*, l.n. 241/90)⁷⁴ rappresentano tracce inequivocabili di un passaggio di stadio compiutosi in seno al sistema, che dal principio di doverosità dell'azione amministrativa (tutto rivolto verso l'interesse pubblico al rispetto di termini ragionevoli entro cui il potere si prenda cura degli interessi della collettività⁷⁵)⁷⁶ è transitato verso la regola dell'obbligo della P.A. di soddisfare una pretesa personale del cittadino: ottenere un provvedimento entro un tempo cer-

71 Salvo il caso limite in cui sia certo che il processo non riesca ad offrire alcuna utilità. Così, S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 92.

72 Per G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «perdendosi in questo modo la linea distintiva tra sostanza e processo e, prima ancora, tra rilevanza e irrilevanza giuridica». L'indebita sovrapposizione è ricordata, altresì, da L. FERRARA, *Conclusioni*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 328 ss.

73 M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 28 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 194 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., 22 ss.; M. INTERLANDI, *La pretesa soggettiva ad un provvedimento amministrativo espresso ed il valore del tempo come bene della vita*, in *www.giustamm.it*, 2013, 10, 10 ss.

74 M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 710.

75 Cfr., ancora oggi, Cass., 14 giugno 2022, ord. n. 19084, in *Dejure.it*, secondo cui «nell'ambito del principio di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., si iscrive a pieno titolo anche il principio di doverosità dell'azione amministrativa, che impone alla P.A. di esercitare il potere attribuitole dalla legge entro un termine ragionevole»; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 173 ss.; ID., *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *Nuove auton.*, 2014, 233 ss. (ove si legge: «il principio di doverosità è legato a doppio filo al principio di legalità che [...] stabilisce ciò che è necessario (fine da perseguire)»). In precedenza, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 247, aveva parlato di «adempimento di un dovere funzionale incombente sulla pubblica amministrazione [...] strumentale al perseguimento dell'interesse della collettività».

76 E dal quale, dunque, veniva fatto discendere, per coerenza, un “dovere” di provvedere (vedi *supra*, nota 32).

to e predeterminato⁷⁷.

Dall'esistenza di un diritto al provvedimento, a cui fa da *pendant* un obbligo per l'amministrazione di provvedere in modo espresso, finanche in caso di istanze manifestamente inaccoglibili⁷⁸, si deve trarre, quale precipitato logico inevitabile, una rappresentazione dell'interesse a ricorrere ancora più vicina a quella del processo civile avente a oggetto un diritto di pretesa.

Occorre, difatti, considerare che «la funzione del procedimento, nei casi in cui vi sia un dovere di provvedere, è anche quella di verificare se c'è o no una situazione soggettiva in capo a chi la fa valere»⁷⁹; sicché, per il privato che presenta un'istanza, vi è un vantaggio anche solo nel rimuovere l'incertezza sull'esistenza della possibilità normativa di soddisfare la sua utilità sostanziale e non può certo competere al giudice misurare o pesare tale interesse, dovendo egli solo accertare, nel merito, la fondatezza del diritto e l'esistenza dell'obbligo della P.A. di rispondere⁸⁰.

Sul piano della dinamica processuale, di conseguenza, è più coerente ritenere che il ruolo di filtro dell'interesse a ricorrere venga assorbito (e superato) dalla natura creditizia della pretesa azionata e dalla attrazione al *genus* delle azioni di condanna della specifica tutela prevista dal codice per contrastare il fenomeno del silenzio-inadempimento⁸¹. Rendendo, di fatto, superfluo, alla stregua di quanto avviene (tra soggetti privati) nel giudizio di condanna all'adempimento di un credito, un'indagine sull'esistenza di un'utilità effettiva, concreta-

77 Immagine di un più generale cambio di paradigma che, nel tempo, ha interessato il rapporto tra norma e potere amministrativo, fondato non più sul binomio tra norma d'azione e norma di relazione ma sul monomio secondo cui tutte le norme appartengono a un unico genere, in quanto deputate (come evocano le norme di relazione) a salvaguardare un interesse contrapposto al potere. Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 149 ss.

78 Vd. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 93, nt. 55. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 117 ss., che considera le istanze del singolo, veri e propri atti di iniziativa privata, che determinano «una qualificazione giuridica dell'interesse dell'istante in termini di situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento», con correlata nascita dell'obbligo di provvedere.

79 S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, loc. cit.

80 Come ha rilevato I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivilista*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 105 ss. è frequente l'anticipazione al momento della verifica dell'interesse al ricorso del giudizio sulla sua fondatezza.

81 Riducendo, in tal modo, quelli che L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 196 ss. ha definito i «disallineamenti dal processo civile».

mente ricavabile dall'adempimento della prestazione⁸².

L'esistenza di un interesse *in re ipsa* a una risposta espressa dall'Amministrazione, d'altro canto, è predicabile a maggior ragione quando la legge rimette la tutela dei terzi nelle mani di poteri di amministrazione attiva. È il caso, paradigmatico, del proprietario che si assuma lesa da una SCIA presentata dal vicino (o, viepiù, da un manufatto realizzato senza alcun titolo) e chieda alla P.A. di intervenire con le funzioni di vigilanza di suo appannaggio, ma fino a quel momento omesse o trascurate.

Nelle contese tra proprietari finitimi (sul rispetto della disciplina urbanistico-edilizia), infatti, la normativa prevede che sia il potere di vigilanza e controllo del territorio a dover valutare, in prima battuta, la titolarità in capo all'istante di un diritto protetto dalla normativa sostanziale, che lo legittimi a richiedere e – ricorrendone tutti gli altri presupposti (oltre alla controversa “*vicinitas*”)⁸³ – a ottenere il provvedimento repressivo-sanzionatorio richiesto⁸⁴.

In questo senso, l'avvio del procedimento di verifica costituisce sempre un'utilità concreta per chi inoltra l'istanza alla P.A., soddisfacendo l'interesse di

82 Sulla sussistenza dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive e di condanna vd. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, §314 ss. L'interesse ad agire, inoltre, è *in re ipsa* ogni qual volta si azioni un credito secondo Cass, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 25841, in *Italggiureweb.it*.

83 Utilizzata, il più delle volte, come emblema di una costruzione meramente fattuale del criterio di differenziazione di un interesse per L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 184 – 185, che identifica, in ciò, l'insorgere di un problema di certezza del diritto, oltre che «di separazione dei poteri, ergendosi il giudice a legislatore (e dunque a “sovrano”)». Sulla *vicinitas*, di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. e app.*, 2022, 166 ss., per la quale, riconosciuto nell'art. 873 c.c. la norma generale di copertura che qualifica l'interesse del vicino legittimandolo a impugnare, è sempre necessario che quest'ultimo (per differenziarsi) allegghi – ma senza bisogno di dimostrare – l'esistenza di un pregiudizio attuale alla sua proprietà (in termini di «possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata», un'indagine che il giudice deve svolgere in relazione “al tipo di provvedimento contestato e all'entità e alla destinazione dell'immobile edificando o edificato») e di un'utilità concreta ricavabile (anche in termini futuri e ipotetici) dalla decisione (come ad es. l'esistenza di «conseguenze conformative al momento [della decisione] non prevedibili poiché legate all'applicazione, a valle dell'annullamento giurisdizionale, dell'art. 38 del t.u. 380/2021 che come noto contempla diversi scenari possibili [...] e dove quanto meno la riduzione in pristino, anche solo parziale, sarebbe misura certamente utile e vantaggiosa nella prospettiva demolitoria-ripristinatoria di parte ricorrente»).

84 Per un generale obbligo, in capo alla P.A., di verifica *ex ante* dei presupposti idonei all'avvio del procedimento, cfr. N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 2015, 2682 ss.; ID., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 147; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Silenzi della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Roma, 2009, 1 ss.

quest'ultimo alla certezza dei rapporti inter-proprietari a regime amministrativo. Tutt'al più, a mancare potrebbe essere proprio il diritto a ottenere l'atto richiesto⁸⁵, posto che nei poteri di vigilanza sull'attività edilizia l'obbligo a intervenire sorge in capo all'Amministrazione solo quando la domanda proviene da un terzo che, diversamente dal *quivis de populo*, sia titolare di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dalla normativa urbanistico-edilizia⁸⁶.

In casi del genere, di conseguenza, l'interesse a portare l'Amministrazione davanti al giudice amministrativo non potrà essere messo in discussione, giacché l'utilità di sapere se il richiedente abbia o meno il diritto di sollecitare una verifica della regolarità urbanistica di quanto edificato dal vicino, è insita nella presentazione stessa dell'istanza di intervento. Sarà, poi, il giudice a dover accertare – ma a questo punto nel merito – se, nel caso concreto, sussistevano i presupposti necessari a far sorgere il diritto dell'istante a ottenere un intervento del pubblico potere e, eventualmente, l'irrogazione di un provvedimento a contenuto repressivo⁸⁷.

Questa stessa *forma mentis* dovrebbe guidare l'inquadramento, sul piano pratico-operativo, anche delle ipotesi in cui l'inerzia dell'Amministrazione sia venuta meno nel corso del giudizio o poco prima della sua proposizione. In eventualità del genere, difatti, l'adozione intempestiva di un atto che definisce il procedimento non può di certo risolversi – come è ormai *acquis* giurisprudenziale – in una assenza (originaria o sopravvenuta) dell'interesse ad agire (con conseguente liquidazione in rito della faccenda).

L'utilità insita in una pronuncia che dia certezza al rapporto tra il cittadino e l'autorità – che percorre l'intero giudizio – non è certo dissipata dall'irruzione nel processo di un atto amministrativo, soprattutto quando si tratta di at-

85 L'abitudine della giurisprudenza a richiedere la prova concreta di una lesione nella sfera del ricorrente (cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, del 9 dicembre 2021, n. 3715; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15 ottobre 2020, n. 360, ambedue in www.giustizia-amministrativa.it), invece, finisce per confondere il piano dell'esistenza della situazione giuridica da tutelare (il diritto al provvedimento) con quella dell'assenza di utilità da parte della sentenza di accoglimento. Anche nella dottrina, tuttavia, è convincimento diffuso che per verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere il giudice sia costretto a conoscere della fondatezza della pretesa. Così, ad es., C. GUACCI, *La nuova disciplina sulla tutela giurisdizionale avverso l'inerzia dell'amministrazione*, Torino, 2012, 182 ss. e 196 ss.

86 Cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss.

87 Secondo l'assunto per cui, come ha rilevato G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «il privato non può infatti vantare nessuna pretesa di fronte a un atto che non obbliga la p.a. nei suoi confronti».

ti – si pensi, ad es., a quelli interlocutori – la cui idoneità a definire il procedimento è incerta. Nel qual caso, perciò, s'impone con ancor più impellenza la necessità che sia la sentenza ad accertare, con effetto di giudicato, se l'atto adottato dalla P.A. presenti o meno i caratteri indispensabili a soddisfare il diritto al provvedimento scolpito nell'art. 2, l.n. 241/90⁸⁸.

Ne discende che anche le vicende che regolano l'adozione tardiva dell'atto, in corso o poco prima della causa, debbano trovare una spiegazione in chiave, piuttosto che di condizioni d'accesso al processo, di rapporto sostanziale sottostante al giudizio (quale vicenda estintiva del rapporto di credito azionato); ed essere lette, come accade nel processo civile, quali ipotesi di adempimento, ancorché tardivo, dell'obbligo di rispondere con un provvedimento espresso all'istanza del cittadino, con cessazione della materia del contendere, per aver la sentenza accertato – sussistendone i presupposti – l'intervenuta estinzione del credito⁸⁹.

Con una precisazione: che qualora il provvedimento risultasse negativo⁹⁰ o si risolvesse in un *non liquet* (poiché, ad es., ha dichiarato insussistente il diritto dell'istante a pretendere l'avvio di un procedimento di vigilanza)⁹¹, a residuare, a quel punto, sarebbe – oltre al diritto a ottenere un ristoro per il danno subito dal ritardato adempimento, da far valere come domanda ulteriore, nello stesso o con separato giudizio – quell'aspettativa a un provvedimento che abbia divisato, in modo conforme alla normativa sostanziale, l'esistenza del diritto a

88 Precludendo, così, la stessa possibilità di presentare una nuova istanza che, in caso di pronunciamento in rito, sarebbe altrimenti sempre ammessa, a mente di quanto dispone l'art. 31 c.p.a. che, fa salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento «ove ne ricorrano i presupposti».

89 Nella giustizia civile, cfr., di recente, Cass., 20 aprile 2022, ord. n. 12632, in *Italggiureweb.it*; nonché, letta *a contrario*, Cass., 23 febbraio 2021, n. 4855, in *Mass. giust. civ.*, 2021 (ove si afferma che «nell'ipotesi di pagamento avvenuto nel corso del giudizio, non si verifica la cessazione della materia del contendere (che, presupponendo il venir meno delle ragioni di contrasto fra le parti, fa venir meno la necessità della pronuncia del giudice) allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza del debito»).

90 Poiché, pur rispondendo all'istanza del cittadino (con implicito riconoscimento del suo diritto a ottenere una risposta), ha negato il provvedimento richiesto per mancanza dei presupposti (una S.C.I.A. *contra legem* o un manufatto senza adeguato titolo) che giustificano l'intervento repressivo.

91 Cfr. TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 9 dicembre 2021, n. 3715, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha ritenuto l'atto comunale, che aveva dichiarato l'inidoneità delle opere controverse a violare un interesse protetto del vicino (e, dunque, il suo diritto all'attivazione dei poteri di vigilanza e repressivi di settore), sufficiente a escludere un'ipotesi di silenzio tutelabile in sede giurisdizionale.

ottenere l'attivazione del potere tutorio (l'interesse legittimo) o l'adozione dell'atto repressivo richiesto (il diritto al provvedimento), da far valere – come prevede l'art. 117 c.p.a. – con atto di motivi aggiunti.

Tale soluzione, d'altro canto, dà anche ragione della natura sostanzialmente unitaria dell'interesse legittimo⁹²: una volta acclarata l'estinzione dell'obbligo (accessorio) di provvedere, il giudizio di accertamento – e il connesso interesse a ottenere una pronuncia nel merito – si sposterà fatalmente sulla situazione soggettiva principale, per verificare se il provvedimento in concreto adottato abbia o meno soddisfatto quell'aspettativa individuale (alla esatta valutazione della sua possibilità di conseguire il provvedimento) protetta dalle norme sul potere.

4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema

Un altro istituto che merita di essere esaminato e raccordato con le più recenti acquisizioni – intellettuali e di diritto positivo – in materia di silenzio è, senza dubbio, la tutela cautelare, se si considera che la questione del rapporto esistente tra misure interinali e il rito speciale avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione risulta, ancora oggi, caratterizzato da resistenze e tentativi di sabotare il transito – impresso dal c.p.a. – verso un processo di parti che abbia ad oggetto diritti⁹³.

Si sono avvicendati molti lustri e due riforme (di sistema) del processo amministrativo da quando gli sforzi di dottrina e giurisprudenza hanno iniziato

92 Si vedano, sul punto, gli autori menzionati *supra* alla nota n. 8. Per una diversa considerazione della posizione soggettiva del singolo, frammentata in tante autonome situazioni soggettive, aventi natura di diritti (a cui corrisponderebbero altrettanto autonomi obblighi), cfr. invece A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss. e 121 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; L. PERFETTI, *Pretese procedurali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; nonché la recente trattazione di E. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 825 ss.

93 Sulla tutela processuale avverso il silenzio, all'indomani del c.p.a., cfr. C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss.; E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 950 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., 116 ss. Prima del codice, si vedano, invece, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 501 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; G. GRECO, *L'art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1 ss.; AA.VV., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, 2002; F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003.

a confluire verso l'obiettivo comune di superare gli ostacoli, ideologici e di diritto positivo, all'ammissibilità di un intervento cautelare a fronte dell'inerzia della P.A.⁹⁴ Ciò nondimeno, il risultato sperato non può dirsi ancora del tutto conseguito.

Questo perché nello stesso c.p.a., che rappresenta lo stadio evolutivo più avanzato mai raggiunto dalla normazione processuale amministrativa, non viene mai chiarito in modo esplicito se i due istituti su richiamati, entrambi oggetto di una disciplina procedurale *ad hoc* con funzione acceleratoria, possano coesistere o debbano, piuttosto, escludersi a vicenda⁹⁵. Un fianco debole nell'intera struttura codicistica⁹⁶ che ha lasciato aperta la porta d'ingresso a posizioni conservatrici, pronte a negare tutela d'urgenza al di fuori dell'impugnativa provvedimento.

È, così, accaduto che ritornassero in auge orientamenti giurisprudenziali, che si auspicavano ormai abbandonati, secondo cui l'istanza cautelare proposta nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio sarebbe prima di tutto inammissibile⁹⁷, giacché strutturalmente inconciliabile col rito speciale di cui agli artt. 31 e 117, c.p.a.⁹⁸.

A sostegno di tale conclusione, secondo i fautori della tesi, militerebbe

⁹⁴ Cfr. F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1992, 7.

⁹⁵ Un dubbio ulteriormente acuito a causa della mancata riproposizione, nell'art. 55, c.p.a., di qualsiasi riferimento al danno derivante "dal comportamento inerte dell'amministrazione", invece presente nel testo dell'art. 21, l.TAR, ove era racchiusa la disciplina previgente della tutela cautelare nel processo amministrativo.

⁹⁶ Una critica alla struttura impressa al processo di accertamento del silenzio, ivi compresa la scelta del rito processuale, è contenuta in M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 717, che ravvisa nell'introduzione di un rito speciale uno strumento di diminuzione della tutela giurisdizionale.

⁹⁷ In un recente passato, si era già fatta largo l'idea che la previsione contenuta nell'art. 21 della l.TAR, risultasse cedevole di fronte all'introduzione (all'art. 21-*bis*) di un procedimento camerale *ad hoc* in materia di silenzio-rifiuto, sostitutivo anche di ogni pronuncia cautelare, in quanto ispirato – al pari del rito cautelare – a criteri di massima semplificazione e accelerazione: così, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII, 2 ottobre 2006, n. 8421; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5792; Id., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2385, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, R. DE PIERO, *Commento all'art. 3 della l. n. 205 del 2000*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa - Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 52, prospettava il dubbio sull'ammissibilità della richiesta di provvedimenti cautelari nei confronti del silenzio, «da ritenersi assorbiti nella relativa [quella di cui all'art. 21-*bis*] azione».

⁹⁸ Posizione ultimamente ribadita dal TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593; Id., Sez. II, 15 settembre 2021, ord. n. 518; Id., sez. II, 27 gennaio 2021, ord. n. 69; Id., sez. IV, 17 settembre 2020, n. 2184; Id., sez. IV, 16 giugno 2020, ord. n. 482, reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

più d'una ragione. L'implicita conferma, anche nel codice, che le norme processuali sul silenzio-rifiuto andrebbero lette in rapporto di reciproca esclusione rispetto a quelle sulla tutela cautelare⁹⁹.

Oltre al fatto che i principi di strumentalità e giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost. – letti in chiave inedita e controcorrente – esigerebbero di salvaguardare tutti gli interessi di tutte le parti in causa, senza irreparabile nocumento per alcuno di essi. Risultato, quest'ultimo, precluso nel rito avverso il silenzio, dove l'accoglimento della domanda cautelare (obbligando l'Amministrazione a pronunciarsi sull'istanza procedimentale) soddisferebbe integralmente l'interesse di parte ricorrente, con definitivo pregiudizio per quello della resistente al pieno esercizio delle proprie difese nella fase di merito¹⁰⁰.

A ben guardare, ciò che accomuna gli argomenti più ricorrenti portati a sostegno della tesi negatrice¹⁰¹ è un approccio alla questione casistico e quasi ni-

⁹⁹ Entrambi i riti, camerali e con termini ridotti, avrebbero l'identica funzione di ottenere una rapida pronuncia sulla domanda proposta, sicché, al ricorrere dei presupposti dell'uno (in particolare, del silenzio inadempimento), non sarebbe dato attivare l'altro rimedio. In quest'ordine di idee, M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 394 ss. per la quale, «la strutturazione processuale del rito avverso il silenzio, che prevede la definizione del ricorso in camera di consiglio dalla data di scadenza del deposito del ricorso stesso, induce a ritenere l'esistenza di un'inconciliabilità strutturale con la tutela cautelare». In giurisprudenza, TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «la tutela cautelare non risulta compatibile con l'azione ex art. 117 c.p.a., caratterizzata dalla particolare celerità del rito» nonché, di recente, TAR Lazio – Roma, 8 marzo 2023, ord. n. 5032, *ivi*, che ha ritenuto la tutela cautelare «strutturalmente incompatibile con il rito del silenzio» caratterizzato «dalla particolare celerità del rito e dalla somministrazione di una forma di tutela in tempi compatibili con la protezione dell'interesse pretensivo dedotto».

¹⁰⁰ Secondo il TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit., in particolare, «la modifica della realtà giuridica e materiale derivante dal provvedimento adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare, infatti, determinerebbe il venir meno dell'oggetto del giudizio». Analoghe considerazioni sono rinvenibili in TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, cit.: «la relativa domanda, così come proposta nell'atto introduttivo del giudizio, se accolta, determinerebbe l'integrale soddisfacimento della pretesa della ricorrente, rendendo superflua la successiva trattazione nella sede propria del merito». In senso difforme, di recente, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per il quale, l'accoglimento della domanda cautelare, implicando un obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi sull'istanza procedimentale, non comprometterebbe il contrapposto interesse della stessa al pieno esercizio delle proprie difese, «considerata la dipendenza del provvedimento emanato in ottemperanza alla decisione cautelare del giudice amministrativo rispetto alla decisione di merito che dovrà essere adottata con riguardo al ricorso ancora pendente ed il cui esito negativo per il ricorrente determinerebbe l'inefficacia del predetto provvedimento emesso nelle more del giudizio».

¹⁰¹ A puntellamento dei quali, sovente, viene spesa l'ulteriore considerazione, di carattere eminentemente pratico, secondo cui, nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio, difficilmente riuscirebbe a emergere un *periculum in mora* tale da giustificare una richiesta cautelare; persino laddove il potere amministrativo di cui si è sollecitato l'esercizio sia funzionale a soddisfare un interesse particolarmente rilevante del richiedente o sia soggetto a esaurimento per decorso del termine (come, ad es., nei poteri di autotutela invocati dal terzo ex art. 21-*nonies*, l.n. 241/90). Così, tra le varie, TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021,

chilista¹⁰², che rifiuta di accettare l'idea che gli istituti giuridici (e le disposizioni che ne fanno da sfondo) non possano essere rappresentati come isole, ciascuno autosufficiente e portatore di una verità a sé, ma come parte integrante di un tutto, che ne orienta fatalmente la ricostruzione giuridica e di sistema; un sistema, a carattere unitario, disegnato – fin dalle fondamenta della Costituzione – a forma di arcipelago, con lo scopo di realizzare un solo e unico obiettivo: la tutela piena della persona umana e dei suoi diritti.

Se è il cittadino l'asse attorno al quale orbita l'ordinamento repubblicano, la trama argomentativa che sorregge la soluzione ostile al riconoscimento di una tutela cautelare nel rito avverso il silenzio si scopre improvvisamente fragile e controvertibile.

L'assenza stessa di esplicite norme di legge o di principio che vietino la concorrenza tra i due rimedi, se osservata in un'ottica unitaria e di sistema (nel senso ora precisato), non può certo bastare a ostacolare il riconoscimento, nelle more del giudizio, di una tutela provvisoria. Quando la natura delle esigenze cautelari prospettate da parte istante lo richiedono, è una volontà immanente all'intero sistema a reclamare che una tutela appropriata venga, giocoforza, assicurata¹⁰³.

In casi del genere, soprattutto quando la tempestività del rito del silenzio si riveli in concreto inadeguata a salvaguardare la posizione del ricorrente, sussistendo il rischio che, a causa del perdurante silenzio, si verifichi un nocumento irreparabile (si pensi, ad es., alla richiesta di aggiornamento delle informazioni antimafia¹⁰⁴, alla richiesta di accesso alle misure di accoglienza nei confronti di persona richiedente protezione internazionale¹⁰⁵, etc.), escludere un innesto della fase cautelare nel giudizio avverso il silenzio significherebbe tradire le finalità

ord. n. 593, cit.

102 Sul nichilismo giuridico, per tutti, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.

103 Così, ad es., T.A.R. Veneto, sez. III, 31 agosto 2020, decr. n. 378; T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, per i quali la misura cautelare può essere concessa all'esito di una comparazione degli opposti interessi che tenga conto della particolare situazione della parte e dei tempi processuali previsti per la trattazione del ricorso ex art. 117 c.p.a.

104 Si veda TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059, in www.giustizia-amministrativa.it.

105 *Ex multis*, T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, cit.

stesse sui cui fonda il nostro ordinamento¹⁰⁶.

A sancirlo, sarebbe proprio una lettura ortodossa delle coordinate generali e di sistema rinvenibili nella Costituzione e nei principi sulla tutela giurisdizionale – ivi compresa quella cautelare – dei diritti¹⁰⁷. I quali, a loro volta, troverebbero sponda nei dati provenienti dal diritto positivo, atteso il carattere generale – senza, quindi, discriminazione tra riti – impresso dal codice alla tutela cautelare e la formulazione dell'art. 2, l.n. 241/90 che, per gli aspetti della tutela giurisdizionale contro il silenzio, rinvia al c.p.a. nella sua integralità (senza, cioè, limitazione di sorta al novero degli strumenti che il privato può astrattamente esperire)¹⁰⁸.

5. (segue) I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione

A questo punto del discorso, appare chiaro – per come è venuto progressivamente ad affiorare – che la problematica convivenza tra giustizia cautelare e l'*actio contra silentium* possa (e debba) trovare una soluzione, avendo come bussola la difesa dell'individuo e della situazione giuridica soggettiva (di cui è portatore) protetta dal diritto sostanziale.

I paragrafi che precedono hanno contribuito a dimostrare come, anche nel processo amministrativo – compreso il rito avverso il silenzio –, l'oggetto del giudizio sia ormai diventato una situazione soggettiva a struttura creditizia, risultando tale impostazione l'unica coerente con il quadro di sistema nel quale

106 Cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento ed il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 319, che ammette come «nel giudizio sul silenzio [...] non è esclusa la possibilità di una tutela cautelare urgente»; R. GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 161.

107 In particolare, il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, ex artt. 24 e 113, Cost. Così, ad es., TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059; Id., sez. V, 16 maggio 2018, n. 704 (secondo cui lo speciale rito previsto per il silenzio «non osta alla configurabilità di una fase cautelare da ritenersi immanente a qualsiasi rito per le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale»), entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

108 Cfr. A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 311 ss. il quale, tuttavia, ritiene che la misura cautelare sia utilmente concedibile solo quando il ricorrente chieda anche l'accertamento della fondatezza della pretesa. Esclude, invece, in ogni caso l'ammissibilità di una tutela cautelare presidenziale *ante* e *post causam*, sul presupposto che in tali casi la misura concessa coinciderebbe necessariamente con l'emanazione del provvedimento, con conseguente perdita di quella provvisorietà che deve connotare il decreto presidenziale.

si articola e si dipana la disciplina di diritto positivo.

Ed è altrettanto risaputo che l'istituto della tutela cautelare si sia evoluto di pari passo, transitando da strumento che assicurasse la costante conformità tra effetti del provvedimento e interesse pubblico da perseguire (quale era in una fase protoplasmatica della giustizia amministrativa), a difesa di prima linea per i diritti dei cittadini che si confrontano con il potere (come è stato, da sempre, nel processo civile¹⁰⁹)¹¹⁰. Nessuno escluso, visto il sostanziale livellamento verso l'alto che, ai fini della tutela processuale – ivi inclusa quella a carattere preventivo –, la Costituzione ha operato tra le situazioni giuridiche soggettive dell'individuo¹¹¹.

Gli artt. 24 e 113 della Carta, così come gli artt. 24 e 111 – lo si è visto –, intrecciano infatti un tessuto a doppia trama, che tiene ancorati i diritti del singolo (nei confronti di altri privati o, indifferentemente, nei confronti di una P.A.) alla necessità che l'ordinamento ne predisponga una tutela piena ed effettiva. Sicché, ogni discriminazione nei livelli di tutela, fondata sulla (o anche solo influenzata dalla) natura pubblica del soggetto su cui incombe il relativo obbligo, deve ritenersi il frutto di una falsa rappresentazione dell'assetto costituzionale¹¹².

Se è innegabile che le norme e i principi costituzionali in materia di giustiziabilità delle pretese, ivi comprese quelle nei confronti della pubblica autorità, evocino – come è nella loro natura – la necessità di un bilanciamento degli interessi di tutte le parti in causa, è altrettanto indubbio che tale compito non possa essere demandato al giudice, il quale deve cedere il passo al legislatore

109 Lo si avvertì fin dai tempi di G. CHIOVENDA (cfr., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 45 ss., 81 ss., 226; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 12). Per A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 16 ss. l'odierno principio di effettività della tutela giurisdizionale ha il suo precursore nell'enunciato chiovendiano secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire».

110 In argomento, sia permesso rimandare a G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 289 ss.

111 Come ha osservato E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841, tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»; nonché – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto euro-unitario (sulla tutela cautelare come strumento fondamentale di garanzia delle posizioni dei singoli garantite dal diritto comunitario, infatti, cfr. CGCE 9 novembre 1995, C-465/93, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333; ID., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-82/89, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 125; ID., 19 giugno 1990, C-213/89, in *Foro amm.*, 1991, 1885).

112 Cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 65 ss.

re.

Specialmente quando, come nel caso della tutela cautelare, una disciplina di diritto positivo già sia stata edificata e sia vigente. L'attuale codice, in particolare, non sembra lasciare adito a dubbi: la collocazione sistematica della tutela cautelare tra le disposizioni generali sul processo amministrativo (titolo I, del libro secondo), così come il rinvio interno di cui all'art. 38, c.p.a. (che estende le disposizioni del libro secondo, ivi incluse quelle sul processo cautelare, ai riti speciali), militano per una astratta applicabilità dell'istituto anche al giudizio avverso il silenzio¹¹³. D'altro canto, una norma a carattere generale, in mancanza di una espressa eccezione o deroga, è assai discutibile che venga *tout court* disapplicata¹¹⁴.

Di certo, una ragione che giustifichi l'erosione dall'interno dello spazio applicativo dell'istituto non è rintracciabile negli effetti – potenzialmente definitivi o meno – che la misura adottata potrebbe produrre sull'assetto degli interessi sottostanti¹¹⁵. Anche una simile eventualità, infatti, è stata oggetto di apposita valutazione da parte del legislatore che, tra i due scenari alternativi ipotizzabili (negare la misura, rischiando di compromettere irrimediabilmente l'interesse del ricorrente o accoglierla, a costo di sacrificare l'interesse della P.A.

¹¹³ In argomento - *si parva licet* - G. POLI, *Il rapporto tra tutela cautelare e il rito avverso il silenzio: quid novi sub sole?* in *ildirittoamministrativo.it*, 2022.

¹¹⁴ Cfr. TAR Puglia – Lecce, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 40, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel silenzio dell'art. 55 c.p.a., la possibilità di accordare tutela cautelare a fronte di comportamenti inerti dell'amministrazione non [può] astrattamente essere esclusa». In senso analogo, sia pur in relazione al rito speciale per l'accesso ai documenti amministrativi, da ultimo, TAR Sicilia - Palermo, sez. I, 8 marzo 2023, n. 119, *ivi*, per il quale è ammissibile l'istanza volta ad ottenere una misura cautelare nell'ambito del rito di cui all'art. 116 c.p.a. «in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario e, peraltro, non si potrebbe privare il ricorrente di un rimedio cautelare se ciò non fosse espressamente previsto dal legislatore, anche perché è in gioco il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che permea tutto il codice del processo amministrativo e si porrebbe, pertanto, un problema di compatibilità costituzionale con gli artt. 24 e 133 della Costituzione». *Contra*, TAR Lazio - Roma, sez. III-bis, 15 marzo 2019, n. 3528; TAR Sicilia - Palermo, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 618; TAR Puglia - Lecce, sez. II, 29 luglio 2021 n. 464, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché, da ultimo, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, cit., che ritiene ostativo alla soluzione permissiva la circostanza per cui, nel rito sull'accesso, un'ordinanza cautelare propulsiva comprometterebbe in modo irreversibile il giudizio di merito.

¹¹⁵ Nel rito avverso il silenzio, d'altra parte, misure cautelari diverse da quelle anticipatorie degli effetti della pronuncia di merito (la condanna a provvedere) sembrano difficilmente configurabili: la stessa tecnica dell'ordinanza propulsiva, infatti, se calata in un giudizio che ha per oggetto l'inerzia, finisce per esaurirsi, anch'essa, nell'emanazione di un ordine a provvedere.

e dei controinteressati¹¹⁶), ha compiuto, ad avviso di chi scrive, una precisa e deliberata scelta di campo: accordare prevalenza non già all'interesse più rilevante (scoria di una concezione oggettiva del processo amministrativo) ma al diritto ritenuto, all'esito di una cognizione semi-piena, verosimilmente più fondato¹¹⁷.

Ne è riprova la trasposizione del concetto nella regola di cui all'art. 55 e ss. del c.p.a., secondo cui l'astratta irreversibilità degli effetti della misura cautelare non condiziona né l'ammissibilità (e/o la procedibilità) della relativa domanda né, tantomeno, il suo accoglimento nel merito. Paventandosi un'evenienza del genere¹¹⁸, difatti, la disciplina di diritto positivo si è limitata a prevedere la possibilità per il collegio di disporre la prestazione di una cauzione a carico della parte che, in tesi, beneficerebbe degli effetti favorevoli della misura concessa al ricorrere dei presupposti d'urgenza e di (verosimile) fondatezza richiesti dalla legge¹¹⁹.

D'altra parte, anche nel diritto processuale civile è stato ormai da tempo maturato il convincimento che la tutela atipica d'urgenza possa e debba essere riconosciuta nei confronti dei diritti di credito (quando la soddisfazione

116 Sempreché, nel giudizio avverso il silenzio, siano configurabili dei veri controinteressati (vedi *supra*, nt. 50).

117 In simmetria con quanto si verifica nella tutela cautelare atipica del processo civile, ispirato alla logica per cui il giudice, chiamato a scegliere tra situazioni sostanziali in conflitto, sacrifica senza limiti «l'improbabile al probabile» (F. TOMMASEO, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*, Milano, 1985, 307, concetto già maturato in *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 155: «il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile»); in senso pienamente adesivo, Trib. Milano, 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1996, 354. Nonché, F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 61: «laddove il diritto non possa essere preservato che con un provvedimento irreversibile, si tratta semplicemente di scegliere quale diritto privilegiare, e da questo punto di vista appare ovvio che il diritto da privilegiare sia quello assistito dal *fumus*».

118 E sempre ammesso che tale irreversibilità sia predicabile: in linea teorica, il provvedimento adottato in esecuzione di un ordine cautelare di provvedere, potrebbe restare travolto – per il principio di necessaria strumentalità – dalla sentenza di merito che neghi l'esistenza dell'obbligo di provvedere.

119 D'altro canto, già con riferimento alle innovazioni introdotte dalla l.n. 205/2000, A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 31 ss. aveva rilevato che «la stessa assoggettabilità a cauzione della concessione (e non più soltanto del rifiuto) di una misura cautelare "reale" destinata a produrre effetti irreversibili, impone di considerare suscettibile di soddisfazione "per equivalente" lo stesso interesse pubblico specifico curato dall'amministrazione, di cui sarebbe dunque possibile, in sede cautelare e sia pure a talune condizioni, il sacrificio in termini di tutela "reale"».

dell'interesse a essi sotteso sia messa a repentaglio dai tempi di celebrazione di un giudizio a cognizione piena, ancorché abbreviati, poiché il giudizio è stato introdotto, ad es., con il rito *ex art. 702-bis c.p.c.*), anche a costo di accettare la possibilità che l'adempimento ordinato in via d'urgenza produca effetti irreversibili¹²⁰.

6. (segue) Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A.

Un'espressione paradigmatica di come anche nel diritto amministrativo la tempestiva tutela del credito (avente ad oggetto il provvedimento) possa assumere dei connotati tali da richiedere una risposta immediata da parte del giudice – anche a costo di sacrificare le esigenze e le prerogative della P.A. – si trova, una volta ancora, in quelle fattispecie in cui l'accertamento e la tutela della pretesa individuale avvengono con l'intermediazione del potere amministrativo; quei casi, per intendersi, in cui la legge permette di accedere al giudice non già per domandare l'accertamento, in via principale, dell'esistenza (o meno) di un diritto del terzo, bensì per verificare soltanto che la P.A., nel negare l'esistenza di tale diritto, abbia legittimamente operato.

Si allude, in particolar modo, al tema del controllo sui titoli abilitativi di natura privata (S.C.I.A.¹²¹ e D.I.A.¹²²), in cui la tutela del terzo pregiudicato dal titolo è demandata dal legislatore a un sistema modulare che coinvolge, per fasi successive, in prima battuta l'Amministrazione, titolare di un potere di vigilanza doveroso¹²³ assoggettato a un termine perentorio e, in caso di sua eventuale inerzia, il g.a., da adire ai sensi degli artt. 31 e 117 del c.p.a.

È soprattutto in circostanze del genere, dove la tutela del diritto indivi-

120 A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1 ss.; ID., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss. Più di recente, F. PAPINI, *Tutela cautelare del diritto di credito: sequestro, provvedimento d'urgenza e clausola compromissoria*, in *Le Soc.*, 2018, 1037 ss.

121 Cfr., specialmente per il delicato profilo della tutela del terzo, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., in partic., 246 ss.; F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, in *Inf. Giur. cost.*, 2020, 1749 ss.

122 Sull'argomento, per tutti, L. FERRARA, *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 759 ss.; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008.

123 Da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371, in www.giustizia-amministrativa.it, al cui avviso, «nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-nomies».

duale soggiace a un potere d'intervento temporalmente scandito, che sia proprio l'approssimarsi dello spirare del termine a rappresentare per il terzo un pericolo di pregiudizio grave e irreparabile, tale da giustificare un'anticipazione, in via cautelativa, dell'ordine di provvedere.

Questo perché, secondo l'impostazione invalsa nella giurisprudenza, la sentenza che accerta l'obbligo di provvedere, quando si fa questione di un potere discrezionale incoercibile (ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a.) nel *quid* o nel *quomodo*, fa stato tra le parti solo per quanto riguarda l'*an* del suo esercizio¹²⁴.

Sicché, specialmente nel caso di poteri soggetti a esaurimento per decorso del termine, gli effetti del giudicato di accoglimento, secondo la giurisprudenza, obbligherebbero l'Amministrazione soltanto a concludere il procedimento con un provvedimento espresso¹²⁵, senza alcun ulteriore vincolo relativo agli altri aspetti della scelta discrezionale (compresa, a monte, la verifica dell'intervenuto esaurimento del potere)¹²⁶. Di qui la possibilità che il trascorrere del tempo renda infruttuosa per il ricorrente l'eventuale sentenza – avente ad oggetto l'esistenza di un obbligo di provvedere – di condanna e la correlata necessità di attivare un meccanismo cautelare di tipo propulsivo.

A conservare intatto l'interesse del terzo, infatti, potrebbe non rivelarsi sufficiente il principio – appartenente alla teoria generale del processo¹²⁷ – di retroattività gli effetti della sentenza di accoglimento (che ha accertato l'esistenza

124 Così, ad es., TAR Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 26 settembre 2013, n. 794 («nel caso di inerzia della PA il comando giudiziale intende solo supplire ad un “non liquet” dell'amministrazione, senza che il giudice –direttamente o mediante suo commissario – possa sostituire la sua volontà provvedimentale in luogo dell'attività amministrativa omessa, a meno che non si verta nella fattispecie ex art. 31 comma 3 del CPA [...] che consente al giudice stesso di pronunciare sulla fondatezza della pretesa»), nonché Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511, a mente del quale «sul *quomodo* del provvedimento, semplicemente, non vi sarebbe alcun “giudicato” formatosi. [...] Se così è, l'ambito coperto da giudicato può compendiarsi in una (sola) affermazione: “si deve provvedere espressamente”», entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

125 Con specifico riferimento al potere di autotutela, cfr. T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, 15 dicembre 2015, n. 3564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

126 Atteso che il giudizio sul silenzio, ex art. 31 c.p.a., è sempre stato configurato come giudizio su poteri da esercitare – e di cui l'Amministrazione sia persistente titolare – e non come giudizio sul potere già esercitato o, comunque, non più nella sua sfera di disponibilità.

127 Su cui si veda, ad es., Cass., sez. I, 19 maggio 2005, n. 10600, in *Contr.*, 2006, 339 che, quantomeno con riferimento alle sentenze di accertamento di un diritto, richiama il «principio generale secondo cui tutte le pronunce giudiziali retroagiscono normalmente al momento della domanda».

di un obbligo nell'*an*) al momento della proposizione della domanda¹²⁸. Anche in una evenienza del genere¹²⁹, suscettibile di rendere il potere amministrativo di verifica – quale effetto automatico *ex* art. 112, c.p.c. della sentenza emessa ai sensi dell'art. 31, comma 1, c.p.a. – di fatto inesauribile, il concreto fluire della vicenda potrebbe rendere inservibile un intervento tardivo del potere, facendo venir meno per il terzo ogni reale beneficio ritraibile dalla sentenza.

È quello che accade, ad es. nella materia edilizia, quando i lavori sono già conclusi e gli effetti dell'eventuale, tardivo, “annullamento” della S.C.I.A. vengano obliterati dalla sanabilità postuma, *ex* art. 38 d.p.r. n. 380/2001, delle opere eseguite in buona fede, sulla base di una segnalazione dichiarata inefficace¹³⁰. O, ancora, quando è in corso l'*iter* di una nuova pianificazione territoriale e si rischia che la modifica sopravvenuta della disciplina d'uso dei suoli, suscettibile di superare gli effetti della sentenza¹³¹, frustri le ragioni fatte valere dal terzo nel processo.

Anche in fattispecie del genere, la risposta che va pretesa dall'ordinamento non può muoversi se non nel solco della primazia dei diritti individuali e dei

128 Tale da cristallizzare il dovere di provvedere e sterilizzare ogni conseguenza negativa connessa al trascorrere del tempo. Cfr. TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit. Secondo G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 668 – 669, «ciò che è precluso all'Amministrazione (salvo l'esercizio dei poteri di autotutela) non è certo precluso ai poteri ordinatori e di condanna del Giudice: sicché l'ordine di emettere il provvedimento, che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare nel corso del procedimento di SCIA, riaprirà il circuito del potere amministrativo e potrà riguardare proprio quel potere inibitorio e ripristinatorio “doveroso” [...] che è ormai al di fuori dei poteri d'ufficio dell'Amministrazione medesima».

129 Per l'inapplicabilità del principio di origine processual-civilistica della retroazione degli effetti della sentenza al momento della presentazione del ricorso giurisdizionale amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, Torino, 2022, 222 ss.

130 Sull'argomento, *ex multis*, G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 745 ss. A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie: governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018, 95 ss.; R. MICALIZZI, *Le sanzioni conseguenti all'annullamento del titolo edilizio, tra interpretazione letterale e principi generali*, in *Urb. e app.*, 2013, 724 ss. Più di recente, E. TRAVI, *In tema di annullamento del permesso di costruire*, in *Foro it.*, I, 3, 2021, 36 ss.; S. DE ROSA, *La c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio. L'art. 38 del t.u. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 alla luce della recente pronuncia dell'adunanza plenaria: Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17*, in *Ambientediritto.it*, 2020, 379 ss., nonché, se si vuole, G. POLI, *La cd. fiscalizzazione dell'abuso edilizio nell'art. 38, t.u.e.*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 920 ss.

131 Da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. IV, 07 febbraio 2023, n. 1316, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 05 luglio 2022, n. 307, *ivi*, che ribadiscono l'orientamento per cui l'esistenza di un precedente giudicato non inibisce la pianificazione, obbligando soltanto la p.a. a rendere una specifica motivazione sul punto.

principi che governano la loro difesa in giudizio.

Nell'ambito delle attività cd. liberalizzate¹³², che soggiacciono alla vigilanza di poteri ad attivazione doverosa, le più evolute e persuasive teorizzazioni sull'argomento riconoscono al rapporto tra amministrazione e terzo (titolare di una posizione normativamente qualificata e differenziata)¹³³ il crisma del rapporto obbligatorio, nel quale il creditore (il terzo) può esigere dal debitore (la P.A.) l'adempimento di un obbligo posto a tutela del suo interesse¹³⁴.

In questa – più centrata – ottica ricostruttiva, il termine di esercizio del potere si riscopre termine di adempimento dell'obbligo di provvedere, la cui violazione può condurre a un adempimento tardivo o, laddove esso non sia più possibile, al risarcimento del danno per equivalente¹³⁵. Il che, sul piano del processo cautelare amministrativo, rileverà in maniera non dissimile da quanto rileva, di norma, la violazione del termine di adempimento di un obbligo contrattuale, in un processo cautelare civile; soprattutto alla luce del costante avvicinamento nella disciplina legislativa dei due sistemi di tutela anticipatoria, sospinti da una sempre maggior convergenza dei principi che ne fanno da cornice¹³⁶.

Nel diritto dei privati, infatti, è stata da tempo accettata l'idea che il diritto di credito, in sé e per sé considerato, può costituire oggetto della tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., quando il protrarsi dell'inadempimento oltre il termine previsto – dalla legge o dal contratto – per eseguire la prestazione rischi di estinguere il credito stesso, facendo venir meno l'interesse del creditore a conseguire il bene oggetto del rapporto originario¹³⁷. In quell'ambiente, cioè, l'unico

132 Su cui, per tutti, cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001.

133 Come, ad es., in materia di distanze.

134 G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss. (in partic. 251, ove si dice che «il terzo diventa, così, parte di un rapporto giuridico nel quale assume una posizione creditoria verso l'amministrazione, dalla quale può esigere l'adempimento dell'obbligo di vigilanza, per la parte posta a tutela del suo interesse»).

135 G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 256 -257.

136 Principi, sia di diritto interno (taluni, veri e propri corollari dei principi costituzionali), che di derivazione europea (cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.).

137 Sulla tutela *ex* art. 700 c.p.c. del credito, in dottrina, A.M. BRUNI, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust. civ.*, 1986, 2853 ss.; F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700*

aspetto da prendere in considerazione, ai fini della configurabilità del *periculum*, coincide con l'esistenza di un'alta probabilità che il trascorrere del tempo determini l'impossibilità – giuridica o materiale – di conseguire il bene della vita; per contro, il principio di retroattività degli effetti della domanda, che pur trova piena cittadinanza nel processo civile, appare del tutto sprovvisto di rilievo, incapace com'è, di per sé solo, di disinnescare il pericolo di un'estinzione non satisfattiva del credito azionato¹³⁸.

Non si vedono, perciò, all'orizzonte ragioni logico-giuridiche apprezzabili per giustificare un'applicazione eclettica dell'istituto cautelare proprio in materia di silenzio-inadempimento¹³⁹. Anche quando l'inosservanza dell'obbligo riguarda l'Amministrazione e il suo intervenire d'autorità, infatti, la circostanza che (in tesi) la proposizione della domanda di giustizia cristallizzi il tempo del potere – ostacolandone l'esaurimento – non esclude che, allo stesso modo di un qualsiasi obbligo civilistico di prestazione, la durata del processo possa altrimenti interdire la soddisfazione in natura dell'interesse tutelato dalla norma sostanziale.

Così come la citazione in giudizio per il mancato, tempestivo e spontaneo pagamento di un'obbligazione pecuniaria impedisce (per l'effetto conservativo della domanda) che il diritto si prescriva, ma non che, nell'arco del processo, il debitore divenga insolvente, allo stesso modo, l'esperimento dell'azione *ex*

c.p.c. e la manutenzione del contratto, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53 ss.

138 Cfr., ad es., F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 2015, 70 ss., dove viene operato un importante distinguo tra pregiudizio alla pretesa sostanziale derivante dal fluire della realtà materiale esterna al processo e pregiudizio derivante dall'applicazione della stessa norma sostanziale, evidenziando come solo quest'ultimo tipo di danno è scongiurato dagli effetti cd. sostanziali della domanda mentre, per quelli del primo tipo, deve subentrare necessariamente la tutela cautelare. In tema, altresì, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 219 ss., che distingue tra effetti sostanziali conservativi e attributivi, ma senza, in alcun caso, ritenerli succedanei della tutela cautelare, quando i rimedi sostanziali predisposti dall'ordinamento allo scopo di neutralizzare i danni che possono verificarsi a causa dello iato esistente tra momento della proposizione della domanda giudiziale e momento dell'emanazione della sentenza, si rivelino inadeguati (595 - 597).

139 La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.c., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente (Cfr. Trib. Torino sez. lav., 16 ottobre 2017, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, cit.; Trib. Roma sez. lav., 12 settembre 2011, *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 236; Trib. Roma, 15 giugno 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3230; Trib. Bari, sez. lav., 25 marzo 2008, in *Dejure.it*; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 1175; Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 206).

artt. 31 e 117 c.p.a. potrà anche inibire la consumazione del potere di vigilanza ma senza riuscire, per forza propria, a prevenire il pericolo che sopravvenienze giuridiche e fattuali, intervenute nel corso del processo, rendano – come visto – il potere non più esercitabile in modo pienamente soddisfattivo per l'interesse del terzo.

Nei principi e nelle regole che disciplinano il processo amministrativo (in special modo il rito speciale avverso il silenzio), d'altro canto, non si ravvisano peculiarità tali da giustificare orientamenti *sui generis* rispetto a quanto comunemente si assiste, per situazioni similari, nel contenzioso innanzi al giudice ordinario (che rappresenta l'archetipo della tutela giurisdizionale dei diritti). In entrambi i casi, lo si è visto, può accadere – e accade – che la proposizione della domanda (specialmente nei suoi effetti sostanziali di tipo conservativo) non rappresenti un rimedio sufficiente a sterilizzare i danni collegati ai tempi (fisiologici) della giustizia; ragion per cui, è da tempo immemore che nell'ordinamento si è ritagliata uno spazio e una dignità autonomi l'azione cautelare, primo e irrinunciabile baluardo nella difesa giurisdizionale dei diritti (anche di credito) dell'individuo.

7. A mo' di conclusione

Per ogni riforma che, di lustro in lustro, ha gradualmente mutato il rapporto tra i cittadini e il potere amministrativo, un tratto in più di quella distanza che separava l'aspirazione dell'individuo verso l'esercizio di tale potere (nella sua forma tangibile: il provvedimento) dall'essere riconosciuta come diritto (a struttura creditizia), è stato colmato.

È successo così per l'aspirazione del cittadino a un provvedimento espresso – positivo o negativo, purché capace, in modo legittimo, di dare una risposta certa alla richiesta dell'individuo – e, con una decisa accelerazione in questi anni, per l'aspirazione a un provvedimento favorevole che, al ricorrere di certi presupposti, la legge ha fatto assurgere a dignità di pretesa (in senso tecnico) nei confronti dell'Amministrazione, su cui far pendere la correlata obbligazione di *facere* specifico.

Era lecito attendersi che, a una trasformazione tanto significativa, si accompagnasse un concomitante ripensamento nel modo di intendere la tutela

processuale di tale pretesa, che valorizzasse – verso un'armonizzazione sempre crescente con la tutela processual-civilistica del credito – quei principi e istituti di diritto comune (la tutela cautelare e le condizioni dell'azione, ne sono un esempio eloquente) che lo stesso codice del processo amministrativo, consapevole dei profondi mutamenti culturali e normativi in corso, aveva già dimostrato di voler recepire; nella convinzione, di un'imminente parificazione tra la pretesa del cittadino nei confronti del potere e i diritti di credito.

Così, tuttavia, non è stato. Come è emerso dall'indagine condotta, la qualità della tutela impartita dai giudici amministrativi – e il trattamento processuale riservato alla pretesa azionata nel rito avverso il silenzio, a tutela del tempo dell'individuo, ne è lo specchio¹⁴⁰ – non si è mostrata al passo con i progressi invece raggiunti dal diritto sostanziale. Col risultato di far stagnare quella mai del tutto superata, non più accettabile, discriminazione tra situazioni soggettive identiche (nella consistenza e nella struttura), colpevoli unicamente d'essere affidate a giudici di ordini diversi.

Si comprende, dunque, come non sia differibile oltre un cambio di rotta che, attraverso la piena parificazione nella difesa in giudizio delle relative pretese, porti a compimento quell'opera di innalzamento nel livello della protezione che la Costituzione ha voluto riconoscere all'individuo anche nei confronti del potere pubblico.

Solo in questo modo, infatti, dei veri e propri diritti di credito – che dell'interesse legittimo conservano il (solo) nome, in quanto devoluti a un ramo della giurisdizione diverso da quello ordinario¹⁴¹ – potranno trovare collocazione all'interno di un sistema di giustizia, quella amministrativa, che si rivelereb-

140 Dubbi sull'adeguatezza della tutela processuale del tempo, sono espressi sia in S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., 187, che in M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 157 ss.

141 Scelta, quella del dualismo delle giurisdizioni, sempre più sotto osservazione e accompagnata da voci critiche: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 4 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 561 ss.; ID, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., in partic. 91 ss. Ma vedi già S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss., per il quale «con il progressivo calarsi dell'Amministrazione nella società e con il ridursi dei suoi connotati di specialità, si indeboliscono le ragioni di una giustizia amministrativa speciale del tutto separata e diversa dalla giurisdizione del giudice ordinario e si rafforza l'esigenza di un'assoluta garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, anche (e tanto più) se speciale». In argomento, cfr. altresì, R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quad. cost.*, 2006, 557 ss.

be altrimenti inadatto a ospitare pretese che, per i costituenti, già *in nuce* avrebbero dovuto ricevere le stesse opportunità di tutela riservate a pretese, gemelle, affidate al giudice ordinario.

IRYNA IGNATENKO
PhD in Law, Associate Professor,
Department of Land and Agricultural Law,
Yaroslav Mudryi National Law University
irena.nekosargot@gmail.com

GANNA KORNIYENKO
Doctor of Legal Sciences, Professor,
Department of Land and Agricultural Law,
Yaroslav Mudryi National Law University
gannakor1@hotmail.com

NATALIIA MELNYK
PhD in Law, Assistant,
Department of Land and Agricultural Law,
Yaroslav Mudryi National Law University
nataliiamelnyk18@hotmail.com

LIDIA KUPCHENIA
PhD in Law, Associate Professor,
Department of Entrepreneurship and Law
Poltava State Agrarian University
lidiaku@hotmail.com

LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF LAND RIGHTS IN UKRAINE IN THE CONDITIONS OF MARKET TRANSFORMATIONS

ABSTRACT

The article is dedicated to the constitutional and legal analysis of issues concerning the protection of land rights in Ukraine. The normative enshrinement of property rights is a necessary condition for the functioning of the legal system. The reflection of guarantees for land ownership rights in the Constitution of Ukraine is a primary task. This will create a fundamental basis for existing legislation and ensure comprehensive legal regulation of land relations. Clear normative consolidation of land ownership rights guarantees in the Constitution of Ukraine is a prerequisite for the effective functioning of the land ownership rights protection system.

Attention is focused on the fact that the fundamental principles of land relations are declared in the Constitution of Ukraine: the right to land is an absolute right and is guaranteed by the state to the Ukrainian people, and consequently to every citizen. However, not all constitutional principles are properly

implemented. The state authorities responsible for establishing the legal regime for all lands must assume responsibility for the full institutionalization of constitutional norms.

We conclude that the issues of constitutional protection of land rights remain underexplored and require detailed analysis and justification. The state must strive for excellence and take examples from foreign countries with effective and well-regulated land legislation.

KEYWORDS: land rights; protection of land rights; land use; land protection; land relations; legal regime of land; property rights; land tenure; restrictions on rights; land disputes.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Methodology. - 3. Constitutional protection of land relations. - 4. Protection of land rights in the European Court of Human Rights - 5. Conclusion.

1. Introduction

The history of human society demonstrates that land ownership has always played a crucial role in an individual's economic and social status, thereby driving the persistent struggle for land rights across all eras and nations. The struggle for land has been a primary catalyst for numerous revolutions throughout the world.

The protection of property rights is a fundamental task of any legal system. The essence of property rights should be determined not only by the needs of civil turnover but also by the state's ability to guarantee their protection. The current stage of Ukraine's development as a legal state is characterized by the multifaceted and complex problems that have accumulated over time, hindering sustainable development¹.

Ukraine, as a democratic and legal state, has proclaimed the right to land as one of its highest values in its Constitution. This right is upheld through the judicial system, thereby imposing on the state the duty to observe, recognize, and protect it. This signifies that Ukraine not only acknowledges land rights but also declares the protection of these rights as one of the state's primary priorities. The protection of property rights in general consists of a range of specialized civil legal remedies aimed at preventing violations, as well as resto-

1 LISOVA, T., SHARAPOVA, S., BREDIKHINA, V., AND LEIBA, L. (2023). *Sustainable Development of Rural Areas in the Conditions of Globalization: Ukrainian Realities*. *Journal of Environmental Management and Tourism*, 14 (1), p. 217. doi:10.14505/jemt.v14.1(65).21

ring or protecting the property interests of owners.

It is essential to note that the right to land ownership enshrined in the Constitution of Ukraine has yet to be adequately reflected in land legislation. The successful completion of land reform, the implementation of a land market, effective combat against the shadow land market and corruption in land relations, and proper legislative provision of land ownership rights for Ukrainian citizens are all impossible without adherence to relevant constitutional norms. The national legal doctrine requires a thorough examination of the theoretical issues and constitutional principles governing land ownership and its protection. This is crucial for reforming market land relations to ensure effective socio-economic development and the rule of law in land relations.

These problems have become particularly acute following the military aggression against the Ukrainian people, as the state and the entire nation of Ukraine have rallied to defend land as an object of property rights, a fundamental national asset, and the territorial foundation of state sovereignty in the war against the enemy. The war undeniably influences societal views on the social value of land and its natural resources for the Ukrainian people, land rights and plots, soil conservation, water and forest resources, land protection, and the defense of state sovereignty. The severe damage inflicted by Russian military aggression on the Ukrainian people and their land, soils, subsoil, water bodies, forests, living organisms, and terrestrial and marine ecosystems underscores the need for heightened protection and valuation of these resources.

The war has affected global trade dynamics, production volumes, and consumption patterns, causing commodity prices to rise in 2022-2023 and threatening global food security². The majority of problems arising in this context are new to Ukrainian society, and approaches to their resolution are still largely being formulated. Therefore, the question of reforming land relations in the context of protecting land rights requires thorough investigation³.

2 KAPELISTA, I., KORNIYENKO, G., SKLIAR, V., VOITSITSKA, K., and DERMAN, V. (2023). *The Impact of the Russian-Ukrainian War on Global Food and Environmental Security. Transactions on Environment and Development*, 19, p. 809. doi: 10.37394/232015.2023.19.76

3 FEDCHYSHYN, D., IGNATENKO, I., CHYRYK, A., and DANILIK, D. (2023). *State regulation of sustainable development of rural areas in the system of food security of Ukraine. Visions for Sustainability*, 20, p. 278. doi: 10.13135/2384-8677/7731

2. Methodology

The research methods used in this study are primarily based on the theoretical foundations of various branches of Ukrainian and international law, including state theory, constitutional law, land law, agrarian law, environmental law, civil law, commercial law, international public law, and others. The article relies on the analysis of contemporary scientific developments addressing theoretical and practical issues related to the protection of land rights, land reform, and regulation of land relations.

The methodological framework of the research is complemented by the scientific recommendations of foreign scholars. Our perspective is informed by recent works that also focus on the role of property rights to land. The concern of weak property rights on reserve has motivated calls from academics^{4 5 6} and policy proposals, such as the First Nations Property Ownership Initiative, to reform the current land tenure regime.

The allocation and maintenance of property rights is a core function of Westernized liberal state-making⁷, which may explain the reticence for direct reform of property relations even if changes in land use is a consensus policy choice⁸. Shoemaker analyzes the relationship between the way property is legally constructed and how this leads to racial injustice in the US rural sector⁹. Importantly, Horst attempt to advance a «land justice» research agenda through the mechanisms of international comparison and dialogue¹⁰.

4 ALCANTARA, C. (2003). *Individual property rights on Canadian Indian reserves: The historical emergence and jurisprudence of certificates of possession*. *Canadian Journal of Native Studies*, 23(2), 391-424.

5 BAXTER, J., TREBILCOCK, M. (2009). *Formalizing land tenure in First Nations: Evaluating the case for reserve tenure reform*. *Indigenous Law Journal*, 7(2), 45-122.

6 FLANAGAN, T., BEAUREGARD, K. (2013). *The wealth of First Nations: An exploratory study*, report, Fraser Institute, Centre for Aboriginal Policy Studies.

7 SIKOR, T., LUND, C. (2009). *Access and property: a question of power and authority*. *Development and Change*, 40, 1-22. doi: 10.1111/j.1467-7660.2009.01503.x

8 TRAUGER, A. (2014). *Toward a political geography of food sovereignty: transforming territory, exchange and power in the liberal sovereign state*. *The Journal of Peasant Studies*. 41, 1131-1152. doi: 10.1080/03066150.2014.937339

9 SHOEMAKER, J. A. (2021). *Fee simple failures: rural landscapes and race*. *Michigan Law Review*, 119, 1695-1756. doi: 10.36644/mlr.119.8.fee

10 HORST, M., MCCLINTOCK, N., BAYSSE-LAINÉ, A., DARLY, S., PADDEU, F., PERRIN, C., REYNOLDS, K., and SOULARD, C.-T. (2021). *Translating land justice through comparison: a US-French dialogue and research agenda*, 38, 865-880. doi: 10.1007/s10460-021-10202-4

The issue of constitutional regulation regarding the protection of land rights in Ukraine is relatively new in contemporary legal science. While general problems related to land relations regulation have been within the scope of these scholars, the question of constitutional protection in this area has been largely overlooked. Given this context, the aim of this research is to develop theoretical and legal principles for improving the legal mechanism for protecting land rights, especially in light of the completion of reform processes in the land sector.

The empirical basis of the study consists of Ukrainian land, environmental, natural resource, civil, commercial, and constitutional legislation regarding land ownership, legislation from other countries, international legal instruments, and the practice of applying current legislation in the field of land ownership regulation by state authorities and local self-government bodies.

3. Constitutional protection of land relations

Ensuring and protecting the right to land ownership for Ukrainian society has always been one of the most contentious issues, and it remains pertinent in contemporary societal and state development. Without comprehensive resolution at the highest governmental level of land and natural resource issues in the national interest – the interests of Ukrainian citizens – it is impossible to construct a democratic, sovereign, lawful, and prosperous Ukrainian state. Therefore, this thesis should be regarded as a fundamental element in the constitutional definition of the democracy and sovereignty of the Ukrainian state as a cohesive and inviolable entity within its existing borders.

In his book «The Social Contract» (1762), Jean-Jacques Rousseau developed the concept that the right of each individual to land is always subordinate to the right of the community to all land. At the same time, in justifying the idea of a social contract, the philosopher asserted that «the community, in accepting the property of private individuals, does not at all deprive them, but, on the contrary, only ensures legitimate ownership for them»¹¹ [11]. Such an approach forms the basis for reconciling societal and private interests in the legal framework for the implementation of land

11 ROUSSEAU, J.-J. (1762). *The Social Contract, or Principles of Political Right (Du contrat social)*.

ownership rights for the Ukrainian people.

The right to land ownership is constitutionally guaranteed. According to Part 1 of Article 14 of the Constitution of Ukraine, «land is the principal national asset under special state protection»¹². Simultaneously, Part 2 of Article 14 of the Constitution guarantees «the right to land ownership, stipulating that this right is acquired and exercised by citizens, legal entities, and the state exclusively in accordance with the law»¹³. Thus, the right to ownership is guaranteed by the state, considered an absolute right, and is under special state protection. The procedures for acquiring, exercising, and terminating land ownership rights are defined in the Land Code of Ukraine. The Land Code also outlines a system of guarantees for land ownership rights, including guarantees for the protection of land rights, compensation for damages to landowners and land users, and the resolution of land disputes.

According to Part 1 of Article 13 of the Constitution of Ukraine, «land, subsoil, atmospheric air, water, and other natural resources within the territory of Ukraine, the resources of its continental shelf, and the exclusive (maritime) economic zone are objects of ownership by the Ukrainian people»¹⁴. Thus, the Ukrainian people are recognized by law as a subject of land relations. It is evident that the concept of the Ukrainian people as landowners should be understood in a socio-political rather than a legal context. Consequently, Part 2 of Article 14 of the Constitution specifies that «the right to land ownership is acquired and exercised by citizens, legal entities, and the state exclusively in accordance with the law»¹⁵. Additionally, Article 142 of the Constitution establishes that «land may be owned by territorial communities of villages, settlements, cities, and city districts»¹⁶.

Moreover, since December 2019, the Constitutional Court of Ukraine has been considering three constitutional submissions requesting an official interpretation of the first sentences of Articles 13 and 14 of the Constitution of

12 Constitution of Ukraine. Dated 28 June 1996.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>

13 *Ibid.* Part 2 Art. 14.

14 Constitution of Ukraine. Dated 28 June 1996.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>

15 *Ibid.* Part 2 Art. 14.

16 *Ibid.* Art. 142.

Ukraine. This highlights the practical significance and objective necessity of defining the legal essence of these provisions of the state's Basic Law.

In general terms, the essence of this legal model is that land, subsoil, atmospheric air, water, and other natural resources within the territory of Ukraine, as well as the resources of its continental shelf and exclusive maritime (economic) zone, are objects of ownership by the Ukrainian people. The Ukrainian people are recognized as an independent subject of land and natural resource ownership rights and can exercise ownership, use, and disposal rights over land in the forms and within the limits specified by the state's Basic Law. These rights can be exercised either directly by the people or indirectly through authorized state and local government bodies acting on behalf of the Ukrainian people.

The aforementioned constitutional provision raises a series of theoretical and practical questions: First, can the people of a country realistically serve as a subject of ownership rights in general, and specifically as a subject of ownership rights to natural resources? Second, when and in what manner did the Ukrainian people transfer their ownership rights to natural objects and their resources to state authorities and local self-governance bodies? Third, the Constitution does not define the limits within which state authorities or local self-governance bodies can exercise ownership rights over natural objects and their resources.

This constitutional provision continues to spark intense debates among scholars of Ukrainian land law. As P. Kulynych notes, «any constitution, including the Constitution of Ukraine, is a politico-legal document that contains not only legal norms but also provisions of a political or politico-legal nature. According to the scientist, the constitutional provision stating «land is the property of the Ukrainian people» should not be seen as establishing a monopoly on land ownership or ascribing ownership to a single subject. Rather, it should be viewed as the state's declaration of intent to establish certain requirements (restrictions) on the acquisition and exercise of land ownership rights by individuals and legal entities in the interests of the

Ukrainian people»¹⁷. M. Shulga shares a similar view, arguing that the notion of the Ukrainian people as landowners should be understood only in a socio-political context. In the legal sense, it is unlikely that the people can be considered the owners of the specified natural resource¹⁸.

Moreover, the Constitution of Ukraine not only legally embodies the natural right of the Ukrainian people to land into a positive (legal) right of ownership but also obliges the state to ensure the special protection of land as an object of ownership and a principal national asset of the Ukrainian people (Article 14).

According to Article 13 of the Constitution of Ukraine, «the state guarantees the protection of the rights of all subjects of ownership and economic activity and ensures the social orientation of the economy»¹⁹. This provision specifies the content of the Ukrainian people's ownership right to land, as exercised by state authorities and local self-governance bodies, as well as the right of every citizen to use the natural objects owned by the Ukrainian people.

In exercising ownership rights over land on behalf of the Ukrainian people, the state, represented by legislative, executive, and judicial authorities, is obligated to fully protect the rights not only of landowners but also of land users who use land plots to meet their own needs.

The state ensures the protection of the rights of all subjects of ownership and economic activity and guarantees their equality before the law. This means that the conditions and scope for owners to exercise their powers are the same for all subjects, and their subjective rights are protected equally.

Article 41 of the Constitution, which regulates ownership relations in Ukraine, is of particular importance in clarifying the content of land ownership rights. The first three parts of this article define the rights of ownership: possession, use, and disposal, as well as its forms: private, communal, and state. Part 4 of the article states that «no one can be unlawfully deprived of

17 KULYNYCH, P. (2001). *Constitutional aspects of ownership of agricultural land. Problems of ownership and management in agriculture: monograph*. Kyiv, 216 p.

18 SHULGA, M. (1998). *Current legal problems of land relations in modern conditions*. Kharkiv, 224 p.

19 Constitution of Ukraine. Dated 28 June 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>

ownership rights and that the right to private property is inviolable»²⁰. The subsequent parts specify an exhaustive list of circumstances under which ownership rights can be forcibly deprived. These constitutional provisions fully apply to land ownership as well.

Given the fundamental importance of land as a strategic asset for any country, the regulation of ownership and use of land occupies a special place in all developed legal systems²¹.

Analyzing the provisions of the Constitution of Ukraine regarding land ownership rights, we believe they require improvement and amendments. This opinion has been formed through the analysis of the constitutions of several foreign countries: Lithuania, Slovakia, Slovenia, Croatia, Hungary, Romania, among others. The reference to the fundamental laws of these countries is driven by their proximity to Ukraine, certain common mentalities, and consequently, similarities in the legislative base on some critical points, in our opinion. Moreover, these countries have achieved economic development and have high-quality and effective legislative regulation of land relations, which can be considered by Ukraine when improving its national regulatory framework.

Upon conducting this research, we found that most of these neighboring countries protect the right to land ownership in their constitutions. According to Article 47 of the Constitution of the Republic of Lithuania «land can be owned only by citizens of the Republic of Lithuania and the state. Land parcels can be owned by a foreign state for the establishment of diplomatic and consular missions, in accordance with the procedure and conditions established by law». Article 54 of Lithuania's fundamental law prohibits the depletion of land and its subsoil. The state guarantees oversight to ensure the prudent use, restoration, and augmentation of natural resources²². A similar provision is found in the Constitution of Romania, specifically in Article 41, which enshrines and guarantees the protection of private property. Additionally, the Romanian Constitution prohibits foreigners and stateless persons from owning

²⁰ *Ibid.* Part 4 Art. 41.

²¹ FEDCHYSHYN, D., IGNATENKO, I., and BONDAR, □. (2019). *Protecting the rights of foreigners to investment-attractive land plots in Ukraine*. *Juridical Tribune*, 9(2), 317-329. <http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An9v2/4.%20Fedchyshyn,%20Ignatenko,%20Bondar.pdf>

²² Constitution of the Republic of Lithuania. Dated 25 October 1992. <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192>

land parcels²³.

The Republic of Hungary guarantees the right to ownership in its Fundamental Law²⁴. Article 4 of the Constitution of the Slovak Republic states that «mineral resources belong to the Slovak Republic, which guarantees their protection and preservation for the benefit of its citizens and future generations»²⁵. The Constitution of Kazakhstan explicitly prohibits restrictions on property rights. Article 39, paragraph 3, states that «in no case shall the rights and freedoms provided for by paragraph 2 of Article 26 of the Constitution be subject to restriction», and the specified paragraph includes the following provision: «Property, including the right of inheritance, is guaranteed by law»²⁶.

Article 48 of the Constitution of the Republic of Croatia guarantees the right to ownership and obligates property owners and users to care for the common good. Foreigners may acquire property under conditions prescribed by law. Article 52 establishes «land is under special protection of the state. The state guarantees the procedure for the use and exploitation of significant assets, such as land, by authorized persons and owners in accordance with the law»²⁷. The Constitution of Slovenia dedicates an entire article, Article 71, to the protection of land. It guarantees the existence of laws that prescribe procedures for the rational use of land and conditions for its exploitation. Special protection of agricultural land is legislatively enshrined²⁸.

The Spanish Constitution does not list property rights among the rights that may be suspended in the event of a declaration of a state of emergency or siege (Article 55). Consequently, property rights are exercised in full and are fully protected²⁹. This issue is similarly regulated in the constitutions of Cyprus

²³ Constitution of Romania. Dated 21 November 1991. <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania>

²⁴ Fundamental Law of Hungary. Dated 25 April 2011. <https://www.parlament.hu/documents/125505/138409/fundamental+law/73811993-c377-428d-9808-ee03d6fb8178>

²⁵ Constitution of the Slovak Republic. Dated 1 September 1992. <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>

²⁶ Constitution of the Republic of Kazakhstan. Dated 30 August 1995. <https://www.akorda.kz/en/constitution-of-the-republic-of-kazakhstan-50912>

²⁷ Constitution of the Republic of Croatia. Dated 22 December 1990. https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/inline-files/CONSTITUTION_CROATIA.pdf

²⁸ Constitution of the Republic of Slovenia. Dated 23 December 1991. <https://www.us-rs.si/media/ustava.pdf>

²⁹ Spanish Constitution. Dated 6 December 1978. <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/>

and Lithuania.

Part 4 of Article 41 of the Constitution of Ukraine proclaims that «the right to private property is inviolable and establishes that no one can be unlawfully deprived of their property»³⁰. These provisions are fundamental principles of guarantees for the protection of private property rights and fully correspond with Article 1 of Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11, which states that «every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of their possessions. No one shall be deprived of their possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law»³¹. These principles are enshrined in the constitutions of many European countries. For example, part 3 of Article 17 of the Bulgarian Constitution states: «private property is inviolable»³².

By declaring the principle of inviolability, part 5 of Article 41 of the Constitution of Ukraine establishes certain limitations regarding its exercise. Based on the logic of this provision, it can be observed that, on the one hand, «forced alienation of objects of private property rights may be applied only as an exception for reasons of societal necessity», and on the other hand, «only in conditions of wartime or a state of emergency». Thus, a situation has arisen that requires clarification of approaches to the criteria for legitimate restriction of the rights and freedoms of individuals and citizens enshrined at the constitutional level and bringing them into line with norms of international law.

Therefore, advanced European states have not only enshrined the right to property in their constitutions but have also defined its guarantees, including prohibiting the exhaustion of land, ensuring state supervision over its use, protection, and maintenance for the benefit of citizens, and protecting agricultural

[index.html?lang=en](#)

30 Constitution of Ukraine. Dated 28 June 1996.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=en#Text>

31 Council of Europe. (1950). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Dated November 4, 1950.
https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

32 Constitution of the Republic of Bulgaria. Dated 12 July 1991.
<https://www.parliament.bg/en/const>

lands, among others.

It is worth reminding that Article 13 of the Constitution of Ukraine declares that the state ensures the protection of the rights of all subjects of property and economic activity. It also enshrines equality before the law for all subjects of property rights without exception and guarantees the protection of their rights and freedoms. These fundamental provisions are of decisive importance for subjects of land legal relations. Thus, the Land Code of Ukraine guarantees and ensures equal conditions and methods of protection of the right of ownership and the right of use of specific land plots for individuals and legal entities. «A landowner or land user may demand the elimination of any violations of their rights to land, even if these violations are not related to deprivation of the right to own the land plot, and compensation for any damages incurred»³³.

It should be noted that according to the Constitution of Ukraine, human and citizen rights and freedoms are protected exclusively by the court, and everyone is guaranteed the right to appeal decisions, actions, or inaction of state authorities, local self-government bodies, officials, including in cases of land disputes.

Ukrainian legislation does not contain a normatively established definition of the category «protection of rights». In land legislation, protection of land rights is allowed by recognizing the right to a land plot, restoring the situation that existed before the violation of the right to a land plot, declaring the act of the executive authority invalid, compensating for damages, etc. A comparative analysis of legal norms of civil and land legislation on methods of protection of land rights allows for the following conclusions. Firstly, land legislation does not contain the entire list of methods of protection of violated rights, and the absence of legal norms regarding the use of methods of protection not specified in the Land Code does not prevent the use of protection methods established in civil legislation to protect rights to other real estate. Secondly, the Code contains articles on the most applicable methods of protecting land rights, defining the features of their application, but for the

³³ Land Code of Ukraine. Dated 25 October 2001.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14?lang=en> - Text

protection of land rights, methods such as declaring a disputed transaction invalid and applying the consequences of both its invalidity and the nullity of a transaction, declaring the decision of the assembly invalid; self-defense of rights, awarding of the obligation to perform in kind, etc.

Thus, legal protection of land rights is the activity of authorized subjects of land legal relations aimed at recognizing or restoring violated land rights, the protection of which is guaranteed by the state. A state can be considered civilized if it ensures the guaranteed status of property rights, including land rights.

4. Protection of land rights in the European Court of Human Rights

Ukrainian land legislation ensures the regulation and protection of property rights over land, provided that the owner uses their property lawfully and without violating the rights and interests of others. However, the essence of legal protection of property is interpreted differently in legal science and practice. The imperfection of land legislation has historically created and continues to create numerous issues in law enforcement, and national judicial precedents reflect varying methods of protecting property rights, sometimes in similar legal relations.

The highest law of Ukraine, in Article 55, part 4, of the Constitution of Ukraine, declares that «everyone has the right, after exhausting all national legal remedies, to seek the protection of their rights and freedoms in relevant international bodies to which Ukraine is a member or participant». The European Court of Human Rights (ECHR), while not serving as an appellate court, does not annul or review decisions of national courts. However, the ECHR can obligate the respondent state to take «general measures», such as amending legislation, influencing law enforcement practices, or ensuring that actions concerning the protection of property rights comply with existing legal procedures. These legal possibilities and mechanisms positively impact the Ukrainian judicial system and can progressively transform Ukrainian land legislation in the process of forming a national mechanism for protecting the rights of landowners.

The decisions and judgments of the European Court of Human Rights aim not only to protect the violated rights and interests of individuals but also serve as legal standards and a means for uniform understanding and interpreta-

tion of legal norms in the law enforcement activities of European states.

According to Article 46 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed on November 4, 1950, in Rome, and ratified by the Law of Ukraine on July 17, 1997, No. 475/97-VR, the practice of the ECHR is binding for our country. Article 17 of the Law of Ukraine «On the Implementation of Decisions and Application of the Practice of the European Court of Human Rights» of February 23, 2006, No. 3477-IV, stipulates that courts apply the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the practice of the European Court of Human Rights as a source of law in adjudicating cases.

Before analyzing the ECHR's case law on the protection of land ownership, it is essential to understand how and by what principles the Convention protects the right to property. It is noteworthy that the principles proclaimed by the Convention, namely the right to peaceful enjoyment of one's possessions and the wide margin of appreciation afforded to states in establishing laws, influence the formation of national precedent-based land law practices in any state. The right to property, including land, is enshrined in the First Protocol to the Convention.

The provisions of the Convention grant states a broad margin of appreciation in enacting laws deemed necessary for controlling the use of property in accordance with the general interest. This implies that states have considerable discretion in selecting the methods and means of legal protection, which national legal systems produce as forms of law application.

In the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the United Nations General Assembly in 1948, it is established that «no one shall be arbitrarily deprived of his property» (Article 17) ³⁴.

The Council of Europe, in Protocol No. 1 (1952) to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, similarly emphasizes in Article 1 that «natural and legal persons may be deprived of their possessions only in the public interest, in accordance with the law, and the general principles of international law». At the same time, it is necessary to consider

³⁴ Universal Declaration of Human Rights. Dated 10 December 1948. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

that international and European instruments, while protecting individual rights, grant states the right to restrict and expropriate property. For instance, in the aforementioned Protocol No. 1, the same Article 1, in its second part, states that a state has the right to «enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties»³⁵.

Therefore, the general principle of free use of property must always be considered in conjunction with the state's right to limit the use of property in accordance with the provisions of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ³⁶.

In our view, when developing a strategy for the protection of land ownership rights in Ukrainian courts, it is essential to consider that Article 1 of Protocol No. 1 encompasses three distinct norms to which the European Court of Human Rights (ECHR) attaches great importance in property rights cases. These norms serve as principles for the protection of land ownership. The Court examines these principles based on the circumstances of each specific case: the principle of peaceful enjoyment of one's property, respect for the right of property by society; the procedure for deprivation of property – no one shall be deprived of their property except in the public interest and under the conditions provided by law; and the state's authority to control the use of property in accordance with the general interest, often referred to as the «margin of appreciation», which allows for the introduction of laws necessary to achieve this legitimate aim.

In general, complaints about violations of property rights can be based solely on Article 1 of the First Protocol. However, such complaints are often submitted in conjunction with claims of violations of Article 6 of the Convention, «Right to a fair trial» or Article 13 «Right to an effective remedy» or both. A notable example in this context is the case of «Rysovskyy v. Ukraine»³⁷ decided on October 20, 2011.

35 Council of Europe. (1950). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Dated November 4, 1950. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

36 GOMIEN, D., HARRIS, D., and ZWAAK, L. (1996). *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Council of Europe Publishing.

37 European Court of Human Rights. (2011). Case of Rysovskyy v. Ukraine. (Application no. 29979/04). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-107088%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107088%22]})

The application of decisions involving foreigners and other states is often a subject of discussion. Analysis of judicial practice shows that courts are willing to apply such categories of decisions. For instance, in its decision of July 2, 2019, in case No. 48/340, the Grand Chamber of the Supreme Court referred to the ECHR decision in «Stretch v. the United Kingdom»³⁸ and in its decision of May 29, 2019, in case No. 761/20844/13-c, the court referred to the decision in «Brumărescu v. Romania»³⁹.

Further supporting this argument is the informational letter from the Higher Commercial Court of Ukraine dated April 22, 2016, in which the court stated: «Thus, in connection with the ratification of the Convention, its protocols, and the adoption of the Law of Ukraine «On the Execution of Decisions and Application of the Practice of the European Court of Human Rights», commercial courts in adjudicating cases within their jurisdiction should apply the Court's decisions and rulings in any case that has been before it»⁴⁰.

Considering all the aforementioned points, it is evident that the use of ECHR rulings in justifying various legal positions has become a standard practice. Thus, the analysis of ECHR decisions concerning land disputes is practically beneficial. To organize judicial decisions for analysis, they can be divided four groups: 1) land disputes concerning property protection (e.g., «Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine»⁴¹, «Vira Dovzhenko v. Ukraine»⁴², «Svitlana Ilchenko v. Ukraine»⁴³, etc.); 2) land disputes regarding errors of public authorities in land relations (e.g., «Rysovskyy v. Ukraine»⁴⁴, «Stretch v.

38 European Court of Human Rights. (2003). Case of Stretch v. The United Kingdom (Application no. 44277/98). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61173>

39 European Court of Human Rights. (1999). Case of Brumărescu v. Romania. (Application no. 28342/95). <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-58337%22%5D%7D>

40 Higher Commercial Court of Ukraine. (2016). On the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the jurisdiction and practice of the European Court of Human Rights. Information letter dated April 22, 2016 No. 01-06/1444/16. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/v1444600-16?lang=uk#Text>

41 European Court of Human Rights. (2018). Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine. (Applications nos. 846/16 and 1075/16). <https://hudoc.echr.coe.int/%20eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-183128%22%5D%7D>

42 European Court of Human Rights. (2019). Case of Vira Dovzhenko v. Ukraine. (Application no. 26646/07). <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-189146%22%5D%7D>

43 European Court of Human Rights. (2019). Case of Svitlana Ilchenko v. Ukraine. (Application no. 47166/09). <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-194183%22%5D%7D>

the United Kingdom»⁴⁵, «Borshchevskaya v. Ukraine»⁴⁶, etc.); 3) land disputes regarding access to justice in the protection of land rights (e.g., «Ponomarenko v. Ukraine»⁴⁷, «Sokurenko and Strygun v. Ukraine»⁴⁸, «Bochan v. Ukraine»⁴⁹); 4) land disputes regarding the right to respect for private life (e.g., «Grimkovskaya v. Ukraine»⁵⁰, «Religious community of Jehovah's witnesses of Kryvyi Rih's Ternivsky district v. Ukraine»⁵¹).

The analysis of national court practices shows that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and ECHR case law are applied in resolving land disputes and protecting land rights of various entities. Measures to control the use of land ownership should be carried out while maintaining a balance between public and private interests. The ECHR, in its decisions on property rights protection, assesses how balanced the legal act adopted by the national court is, addressing the protection of private individuals' rights and public interests. This assessment covers not only the actions (or inactions) of state bodies (including courts) but also the fulfillment of obligations by private individuals. However, the ECHR allows that the state may, in exceptional cases, limit private property rights in the name of maintaining public order.

It is noteworthy that in January 2024, the European Court of Human Rights published its statistical report for 2023, indicating that Ukraine ranked

44 European Court of Human Rights. (2011). Case of Rysovskyy v. Ukraine. (Application no. 29979/04). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-107088%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-107088%22]})

45 European Court of Human Rights. (2003). Case of Stretch v. The United Kingdom (Application no. 44277/98). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61173>

46 European Court of Human Rights. (2008). Case of Borshchevskaya v. Ukraine. (Application no. 9962/05). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-82975%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82975%22]})

47 European Court of Human Rights. (2011). Case of Ponomarenko v. Ukraine. (Application no. 1071/08). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-106672%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-106672%22]})

48 European Court of Human Rights. (2006). Case of Sokurenko and Strygun v. Ukraine. (Applications nos. 29458/04 and 29465/04). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-76467%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76467%22]})

49 European Court of Human Rights. (2015). Case Bochan v. Ukraine (No. 2). (Application no. 22251/08). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-152331%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-152331%22]})

50 European Court of Human Rights. (2011). Case of Grimkovskaya v. Ukraine. (Application no. 38182/03). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-105746%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105746%22]})

51 European Court of Human Rights. (2019). Case of Religious community of Jehovah's witnesses of Kryvyi Rih's Ternivsky district v. Ukraine. (Application no. 21477/10). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195539>

second in terms of the number of judgments issued. Of the 130 judgments, seven concerned violations of Article 1 of the Additional Protocol (protection of property rights), which is a small percentage compared to other types of cases. One of the most common types of complaints was the violation of property rights, although the number of such complaints has recently decreased⁵².

Thus, the protection of land rights at the European Court of Human Rights is an important and necessary element in guaranteeing human rights. When appealing to the ECHR regarding the protection of land rights, it is essential to remember the admissibility criteria, the three-part test, and the multifaceted nature of land relations to achieve the desired outcome in the case. Overall, the Court's decisions contribute to ensuring a fair trial and influence national legislation, improving the protection of citizens' rights, including those related to land issues.

In conclusion, it can be inferred that the European Court of Human Rights serves as a supranational judicial body in the realm of protecting violated rights, acting as a guarantor of the realization of rights and freedoms. The ECHR strives to maintain a balance between public and private interests in the resolution of property disputes.

At the same time, the judges of the European Court of Human Rights remind us that reducing the number of complaints to the ECHR primarily depends on the effective functioning of national Supreme Courts. These courts act as a filter at the national level and can independently correct errors arising in domestic judicial processes.

5. Conclusion

The formation of a land market is a crucial component for the successful socio-economic development of Ukraine. The need to improve the legislative framework in the field of land relations is particularly pressing at this stage of land reform. The fundamental principles of land relations are declared in the Constitution of Ukraine, according to which the right to land is an absolute right guaranteed by the state. However, despite the extensive system of legal

⁵² European Court of Human Rights. (2024). *Statistical reports*. <https://www.echr.coe.int/statistical-reports?fbclid=IwAR3Hn1bCgM55GZD4EMBjQQgU4qMltYaXnlBhTcJ9iVljetGdFVI8VivKmzQ>

norms regulating the sphere of land relations, not all constitutional principles are properly implemented.

As a result of our research, we have concluded that the issues of constitutional guarantees of the right to land ownership remain underexplored and require detailed analysis and substantiation. To form a high-quality legislative system, the state must strive for perfection and take examples from foreign countries that have effective and efficient legislative regulation of land relations.

A clear normative consolidation of the guarantees of the right to land ownership in the Constitution of Ukraine is crucial for the functioning of the system of protection of land ownership rights. Overall, the experience of EU member states is highly beneficial for Ukraine; however, its application must consider national specifics and the unique social relations within Ukraine.

A notable positive aspect of the national legislation is the presence of a system of guarantees for land ownership rights in the Land Code of Ukraine. These include guarantees for the protection of land rights, compensation for damages to landowners and land users, and mechanisms for resolving land disputes. However, these guarantees, in our view, should primarily be reflected in the Constitution of Ukraine.

The concept of protecting land ownership rights in the context of national and European standards requires extraterritorial and supranational recognition, adopting a transnational approach based on universal principles, standardized legal norms, and systematic legal solutions. When internal methods of protection are exhausted, and in the absence of reasonable legitimate procedures for the protection of land ownership rights, it is necessary to resort to international procedures.

When appealing to the European Court of Human Rights (ECHR) for the protection of land ownership rights, in addition to meeting the general admissibility requirements, it is crucial to consider the established standards of justice in the property (land law) sphere prevalent in European society. To enhance the application of positive ECHR practices in cases against Ukraine, the issue of the absence of effective legal remedies in land ownership disputes requires further scientific exploration. The development of adequate judicial means for the protection of land ownership rights in Ukraine, in accordance

with current standards and norms, is still in its early stages and requires dedicated comprehensive scientific research.

Integrating these guarantees into the Constitution would provide a stronger foundation for the protection of land ownership rights, aligning Ukraine's legal framework with both national needs and European standards. The continuous development of legal norms and judicial practices, informed by comparative analysis with European models, is essential for fostering a robust and effective system of land ownership rights protection in Ukraine.

SEZIONE III

FRANCESCA MITE
Professore Associato di diritto privato
Dipartimento di Giurisprudenza, Facoltà di Economia e Giurisprudenza dell'Università
Digitale Pegaso
francesca.mite@unipegaso.it

**L'INCERTO PERIMETRO DI OPERATIVITÀ DELL'ENTE
LOCALE NELL'AMBITO DELLA PRODUZIONE E
SOMMINISTRAZIONE DI ENERGIA ELETTRICA
ALTERNATIVA**

**THE UNCERTAIN SCOPE OF OPERATIONS OF THE LOCAL
AUTHORITY IN THE FIELD OF PRODUCTION AND SUPPLY OF
ALTERNATIVE ELECTRICAL ENERGY**

SINTESI

La pronuncia che si annota offre lo spunto per riflettere sul bilanciamento tra diversi valori e interessi in un terreno, quale quello delle fonti energetiche rinnovabili, ove tentativi di liberalizzazione sono messi in discussione dalla giurisprudenza. Il commento indaga la possibilità, per un Comune, di rivestire la qualità di «Soggetto Responsabile dell'Impianto», esternalizzando la realizzazione e la gestione dello stesso e fruendo della maggiorazione della tariffa dell'energia elettrica prodotta. Le principali tematiche affrontate sono due: la prima riguarda il cosiddetto autoconsumo di energia elettrica alternativa e la successiva vendita della stessa – in esubero – sul mercato; la seconda concerne il contributo incentivante corrisposto dal Gestore dei Servizi Energetici per l'energia stessa prodotta.

ABSTRACT

The decision in the comment allows to reflect on the balance between different interests in the renewable energy sector, where liberalization is often questioned by jurisprudence. The comment investigates the possibility for a Municipality to play the role of "Responsible Entity of the Plant", outsourcing the construction and management of the same and benefiting from the increase in the tariff of the electricity produced. There are two main issues addressed: the first concerns the so-called self-consumption of alternative electricity and the subsequent sale of the same – in surplus – on the market; the second concerns the

incentive contribution paid by the Energy Services Manager for the energy produced.

PAROLE CHIAVE: contratti di somministrazione; tariffe incentivanti; energia alternativa; fotovoltaico; Corte dei Conti

KEYWORDS: supply contracts; incentive rates; alternative energy; photovoltaic; court of accounts

INDICE: 0. Corte dei Conti Molise, Sez. I App., Sent. 26/11/2024, n. 242. - 1. Premessa. - 2 Il Comune come «Soggetto Responsabile dell'Impianto» e le tariffe incentivanti - 3. Brevi considerazioni in tema di contratti di somministrazione nell'ambito della pubblica amministrazione - 4. Conclusioni

0. Corte dei Conti Molise, Sez. I App., Sent. 26/11/2024, n. 242

Corte dei Conti Molise, Sez. I App., Sent., (data ud. 20/09/2024) 26/11/2024, n. 242 Pres. Enrico Torri, Rel. Fabio Gaetano Galeffi; *omissis*.

In tema di produzione di energia elettrica alternativa, i Comuni con una popolazione inferiore ai 5000 abitanti possono assumere la qualità di «Soggetto Responsabile dell'Impianto», e conseguentemente esternalizzare la realizzazione e la gestione dello stesso a soggetti terzi, fruendo finanche della maggiorazione della tariffa dell'energia elettrica prodotta pari al 5%, così come previsto dalla disposizione di cui all'art. 6 del Decreto Ministeriale del 19 febbraio 2007.

Fatto – Con atto di citazione del 6 giugno 2019, la Procura regionale Molise impugnava la sentenza n. 45/2022, depositata il giorno 01.12.2022, emessa all'esito del giudizio di responsabilità iscritto al n. 3897/E.L., con la quale la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la regione Molise, accoglieva parzialmente la domanda attorea e condannava i convenuti al risarcimento del danno in favore del Gestore Servizi Energetici S.p.A., per un importo pari ad Euro 460.000,00, comprensivi di rivalutazione monetaria, oltre il pagamento delle spese di giudizio.

Più nello specifico, nella pretesa risarcitoria avanzata in primo grado, gli appellanti contestavano ai convenuti un'ipotesi di danno erariale in relazione ad un comportamento asseritamente connotato dal colpa grave e caratterizzato dall'illegittima concessione ed affidamento dei lavori di realizzazione, di manutenzione e di gestione di un impianto fotovoltaico, consentendo al cessionario di incassare tariffe incentivanti maggiorate, spettanti, invece, di diritto all'ente locale, ma dai convenuti stessi ceduti al cessionario.

Tuttavia, il Giudice di primo grado, dopo aver preso in esame la natura

dell'operazione posta in essere dagli amministratori del Comune di Casalciprano, ha ritenuto non configurabile il danno asseritamente causato all'ente locale, con riferimento ai mancati introiti derivanti dalla vendita dell'energia elettrica quantificati in euro 554.379,74 poiché il Comune non poteva essere stato danneggiato dalla percezione dei proventi intascati dal privato, non avendo l'Ente diritto a tali proventi. Pertanto, ha ritenuto il Giudice di primo grado, nell'ipotesi in cui i proventi siano stati percepiti indebitamente dal privato, ciò dovrebbe essere semmai avvenuto in danno di *omissis*, che li ha erogati, e non del Comune. Il Giudice di primo grado ha, dunque, rigettato la domanda risarcitoria azionata a favore delle finanze comunali, avendola ritenuta infondata per inconfigurabilità, nel caso di specie, di un danno patrimoniale all'erario dell'Ente, nei termini prospettati nell'impianto argomentativo della Procura regionale e precisati nelle conclusioni in citazione.

Pertanto, l'ammontare del danno è stato ricondotto al totale dell'importo delle tariffe incentivanti corrisposte dal Gestore dei Servizi Energetici in conseguenza del predetto comportamento connotato da colpa grave, avendo il Comune ed i gestori indebitamente beneficiato delle tariffe maggiorate con l'interposizione del comune, traendo in errore il Gestore dei Servizi Energetici.

Il Giudice di *seconde cure*, a seguito della dichiarazione da parte del P.M. di non opporsi all'accoglimento dell'appello di controparte per mancanza di danno e colpa grave, annullava la sentenza impugnata.

Diritto – In via preliminare, va valutata l'ammissibilità dell'atto di intervento, a sostegno della posizione degli appellanti, da parte di *omissis* S.r.l.; al riguardo, osserva il Collegio che l'art. 85 del c.g.c.¹ dispone che chiunque inten-

¹¹ Decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 1741. Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Pubblicato nella Gazz. Uff. 7 settembre 2016, n. 209, S.O. In deroga a quanto disposto dal presente provvedimento, vedi l'art. 85, comma 5, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 aprile 2020, n. 27. sulle novità apportate dal d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, integrativo e correttivo del codice di giustizia contabile, con specifico riferimento alle modifiche in materia di principi generali dei giudizi innanzi alla Corte dei conti, nonché nelle fasi istruttoria e pre-processuale del procedimento di responsabilità erariale, si veda A. NAPOLI, *Il Codice di giustizia contabile ad un triennio dall'adozione: disposizioni integrative e correttive (d. legis. 7 ottobre 2019, n. 114)*, in *Studium Iuris*, n. 4, 1 aprile 2020, p. 435. Ad opinione dell'A, il decreto correttivo segna in definitiva un'ulteriore importante tappa nel senso del rafforzamento della giurisdizione contabile nell'attuale quadro costituzionale e sovranazionale, in un contesto di disciplina che rappresenta un ragionevole punto di

da sostenere le ragioni del pubblico ministero può intervenire in causa, quando vi ha un interesse meritevole di tutela, con atto notificato alle parti e depositato nella segreteria della Sezione. Dalla formulazione della predetta norma, è agevole argomentare che soltanto gli interventi svolti in favore della posizione della Procura erariale possono essere ammessi in giudizio. D'altra parte, E5E s.r.l. ha richiamato nel proprio intervento norme non conferenti: l'art. 160, riferito ai giudizi pensionistici, come si evince agevolmente dall'inquadramento della norma all'interno del c.g.c., e l'art. 185 che ammette l'intervento di coloro che potrebbero fare opposizione ai sensi dell'art. 200.

Anche l'art. 185 si colloca in un contesto non conferente rispetto al giudizio ora in esame, in quanto il presupposto dei casi di opposizione non ricorre nel caso di specie, riguardando la possibilità per un terzo di proporre opposizione contro la sentenza passata in giudicato o, comunque, esecutiva, pronunciata tra altre persone quando essa pregiudica i suoi diritti, oppure la possibilità per gli aventi causa e i creditori di una delle parti di proporre opposizione alla sentenza, quando la stessa è l'effetto di dolo o collusione a loro danno.

Si tratta di situazioni del tutto estranee alla vicenda in esame. Se ne deduce che, essendo l'intervento di E5E s.r.l. svolto in favore degli appellanti, l'intervento stesso deve essere dichiarato inammissibile per contrasto con l'art. 85 c.g.c., anche in ordine al regime delle spese, che conseguentemente non possono essere riconosciute.

Ciò, premesso, nel merito, la Sezione non può che valorizzare le dichiarazioni rese dalla Procura generale sia nelle conclusioni scritte del 22 luglio 2024, che nell'intervento orale in udienza, in ordine all'accoglimento dell'appello, in quanto la P.G. ha ritenuto non essere stata compiuta una valutazione dei vantaggi conseguiti dalla collettività amministrata e ha ritenuto mancante l'elemento soggettivo dell'illecito erariale in capo agli appellanti. Pertanto, avendo la Parte pubblica aderito alle conclusioni cui sono giunti gli appellanti, ne consegue l'accoglimento dell'appello che si rivela fondato in relazione ai punti di impugnazione formulati dagli appellanti, cui la controparte ha dato positivo riscontro per effetto di quanto dichiarato nell'atto conclusionale e nella discussione all'udienza pubblica.

equilibrio tra esigenze di tutela dell'Erario e tutela delle garanzie del presunto responsabile.

Restando assorbite tutte le altre questioni, argomentazioni ed eccezioni, le quali vengono ritenute non rilevanti ai fini della decisione o comunque inidonee a sostenere conclusioni di tipo diverso, l'appello va dunque accolto.

1. Premessa

La sentenza che qui si annota offre interessanti spunti di riflessione in tema di produzione e somministrazione di energia elettrica alternativa² da parte degli Enti Pubblici, e segnatamente pone la *quaestio iuris* relativa alla possibilità – o meno – per il Comune, di rivestire la qualità di «Soggetto Responsabile dell'Impianto», esternalizzando la realizzazione e la gestione dello stesso e fruendo della maggiorazione della tariffa dell'energia elettrica prodotta, pari al 5%, così come previsto dalla disposizione di cui all'art. 6 del Decreto Ministeriale del 19 febbraio 2007.

Pertanto, le tematiche principali da affrontare sono due: la prima riguarda il cosiddetto autoconsumo³ di energia elettrica alternativa e la successiva

2 In tema di energie rinnovabili, si vedano P. CHIRULLI, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra "RePowerEU" e direttiva RED III*, in *Rivista giuridica urbanistica*, n. 2/2024, p. 196 ss.; V. CAPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 5/2022, p. 1185 ss.; B. RAGANELLI, I. MAURO, *Incentivi e disincentivi alla realizzazione di investimenti nel settore delle energie rinnovabili: questioni in tema di affidamento e tutela*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 1/2024, p. 689 ss.; in tema di bilanciamento tra interessi sovente contrapposti allorché entrano in gioco le energie alternative, si veda F. BEVILACQUA, *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2024, p. 125 ss., il quale analizza la contrapposizione tra le politiche che promuovono, semplificano e facilitano la decarbonizzazione e la conversione dell'approvvigionamento energetico alle energie rinnovabili e quelle a protezione di altri interessi concorrenti, ma di natura ambientale, come la tutela del suolo, il paesaggio e l'agricoltura biologica o di qualità; e ancora, P. MARZARO, *L'ordinamento delle transizioni e la transizione dell'ordinamento: il paradigma delle energie rinnovabili*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3/2024, p. 186 ss.; B. CELATI, *La localizzazione degli impianti energetici da fonti rinnovabili nel difficile bilanciamento tra interessi locali e finalità di tipo sistemico*, in *Le Regioni*, n. 5/2023, p. 1025 ss.

3 Sul cosiddetto "autoconsumo" e sulle "comunità energetiche", si veda A. GIORDANO, *Le Comunità Energetiche nell'era della sostenibilità*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2024; M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 1/2024, p. 161 ss.; P. BRAMBILLA, *Le comunità energetiche e la sagacia di Pirandello*, in *ambientediritto.it*, p. 264 ss., secondo le cui riflessioni «I nuovi incentivi alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili, introdotti dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, presumibilmente saranno d'aiuto nella diffusione delle comunità energetiche rinnovabili sul territorio italiano. Rimangono, tuttavia, diversi aspetti controversi nella disciplina delle comunità energetiche, che meritano una riflessione più approfondita, dal momento che sollevano criticità tanto di ordine operativo, quanto di ordine sistematico»; A. BERLINGUER, D. PAPPADÀ, *Il percorso accidentato delle Comunità energetiche*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 2/2023, p. 595 ss., per i quali «se l'interesse da parte di enti, imprese e consumatori verso le comunità energetiche è

vendita della stessa – in esubero – sul mercato, mentre la seconda concerne il contributo incentivante dato dal Gestore dei Servizi Energetici⁴ per l'energia stessa prodotta. Per entrambe, tuttavia, è stata contestata al Comune la decisione di avere “speso” la propria qualifica di «Soggetto Responsabile dell'Impianto» al precipuo fine di percepire i contributi maggiorati dal Gestore dei Servizi Energetici, affidando al tempo stesso ad un privato tutta la costruzione e gestione dell'impianto e cedendo al concessionario anche tutti i crediti provenienti sia gli introiti della vendita di energia prodotta che quelli conseguiti dal Gestore

crescente, meno attento al fenomeno è apparso il nostro legislatore. La fase di sperimentazione, inaugurata con il decreto Milleproroghe 2019, non ha mantenuto lo slancio iniziale. Il recepimento delle direttive RED ["Renewable Energy Directive" - Direttiva sull'Energia Rinnovabile] II e IEM ["Directive on common rules for the Internal Market for Electricity" - Direttiva sul Mercato Interno dell'Energia] è avvenuto a fine 2021, oltre i termini previsti ed ha prodotto una situazione di "impasse" con conseguente stagnazione del fenomeno per l'assenza di regole chiare e definite la cui determinazione è spesso rimessa ad organi amministrativi con delicati rischi di eccessiva delegificazione. Le iniziative regionali, prese pur nella cornice di un quadro in divenire, mostrano, ad opinione degli Autori, come gli Enti più prossimi ai cittadini abbiano colto la connotazione territoriale delle comunità energetiche, anche come strumento di lotta alla povertà energetica ed allo spopolamento di alcune aree. La dimensione locale di queste realtà è confermata dall'esperienza ormai consolidata in alcuni Paesi del Nord Europa nonché dalle recenti iniziative di altri, come la Grecia, in cui è la conformazione geofisica (insularità diffusa) a spingere verso forme di autoconsumo locale, favorendo fortemente la presenza degli enti locali. Incentivi al fenomeno possono essere approntati anche attraverso la leva fiscale, chiamata ad adattarsi alla flessibilizzazione in atto di categorie come impresa e consumatore, connotate da nuovi aspetti: marginalità e vulnerabilità. Dunque, solo una visione, rinnovata e complessiva, del quadro giuridico consentirà di realizzare un habitat in cui le comunità energetiche potranno diffondersi ed operare; V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2/2023, p. 381 ss.; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2/2023, p. 385 ss.; G. PASSARELLI, G. PROIETTO, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 1 /2023, p. 139 ss., il quale approfondisce il tema de cosiddetto Decreto Energia sulla costituzione ed il funzionamento delle Comunità Energetiche che «...ha aperto nuove ed innovative prospettive per la partecipazione degli utenti della rete elettrica alla produzione ed al consumo di energia. Da una prima analisi della normativa, ancora in attesa di essere completata, sembrerebbe emergere l'intento del legislatore di voler favorire la partecipazione attiva di enti locali, imprese e cittadini a discapito invece degli operatori di settore e delle utility, il cui ruolo in questo processo di cambiamento appare ancora incerto. In tale contesto ancora sfocato gli A.A. si interrogano, anche proponendo soluzioni innovative, su quali possano essere gli strumenti civilistici messi a disposizione dall'ordinamento per garantire una partecipazione attiva, con particolare riferimento alla raccolta del capitale iniziale ed all'implementazione del modello disegnato dal legislatore in ottemperanza al cambiamento richiesto dalla transizione energetica»; P. LOMBARDI, A. SALZANO, E. CUPPARI, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili*, in *Diritto e società*, n. 4/2022, p. 927 ss.; M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giurisprudenza Italiana – Dicembre 2023*, p. 2761 ss.

⁴ Sull'ente in parola, si consiglia la lettura di A. PERSICO, *La partecipazione nelle comunità di energia rinnovabile*, in *federalismi.it*, n. 5/2024, p. 144 ss., ad opinione del quale «Le comunità di energia rinnovabile costituiscono un modello innovativo di produzione e consumo dell'energia, basato sul decentramento e sul coinvolgimento diretto dei cittadini nelle scelte in materia energetica, il quale tuttavia pone il

dei Servizi Energetici.

Più nello specifico, svolgendo un breve *excursus* della vicenda processuale, essa prende le mosse dalle contestazioni avanzate dalla Procura regionale del Molise che, a seguito dell'attività istruttoria svolta sulla base di due esposti presentati da alcuni vicini dell'area interessata, aveva ipotizzato un danno patrimoniale cagionato dagli amministratori dapprima a carico della concorrenza e del mercato, e quindi, a carico del Comune e, da ultimo, a carico del Gestore dei Servizi Energetici, in conseguenza di un comportamento connotato da colpa grave, poiché avrebbe usufruito delle tariffe incentivanti⁵ maggiorate con l'interposizione del Comune e traendo in errore il Gestore dei Servizi Energetici.

Eppure, la stessa Procura aveva precisato come l'Autorità di Vigilanza avesse pacificamente concesso al Comune la realizzazione di un impianto per la copertura del proprio fabbisogno energetico, sia per finalità di tutela ambientale sia in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, di talché il Comune avrebbe, da un alto, beneficiato dei risparmi connessi all'abbattimento del costo per l'acquisto dell'energia sul mercato, e dall'altro, usufruito degli incentivi

*tema di garantire un soddisfacente punto di equilibrio tra interessi particolari di natura imprenditoriale e interessi comuni riferibili alla collettività locale. In quest'ottica, il contributo analizza i requisiti e le caratteristiche della partecipazione nelle comunità di energia rinnovabile, anche alla luce dei chiarimenti e degli elementi di novità introdotti dai provvedimenti regolatori di ARERA [Autorità di regolazione per energia reti e ambiente] e dalle Regole Operative del GSE [Gestore dei servizi energetici]»; A. PADRI, *Il Gestore dei servizi energetici e la decurtazione degli incentivi*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2024, p. 561 ss.; A. COIANTE, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti complessità*, in *Federalismi.it*, n. 17/2022, p. 1 ss.; C. VANNI, F. TRIVERI, *I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2021, p. 2191 ss.*

⁵ Le tariffe incentivanti sono state introdotte nel 2005, sostituendo i cosiddetti "Certificati Verdi" al fine di promuovere l'utilizzo di fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica, e segnatamente è stata introdotta la possibilità di fruire di incentivi per l'installazione di impianti fotovoltaici, che verranno erogati in «Conto Energia», ovvero rivendendo l'energia elettrica prodotta in eccesso direttamente al gestore ad una tariffa incentivante. Per un maggiore approfondimento sulle modalità di funzionamento dell'impianto, si vedano G. GARIONI, G. CORRIERO, *Finanziare il fotovoltaico con il nuovo «Conto Energia»*, in *Ambiente e sviluppo*, 7/2007, p. 623 ss. Sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, si veda, altresì, M. RAGAZZO, *Il D.Lgs. 28/2011: promozione delle fonti energetiche rinnovabili o moratoria de facto?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2011, p. 636 ss. M. BASILAVECCHIA, *Se l'agevolazione diventa una trappola: il caso delle tariffe incentivanti nell'energia*, in *Corriere tributario*, n. 5/2020, p. 463 ss.; U. FANTIGROSSI, *Tariffa incentivante e impianti fotovoltaici integrati*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 4/2014, 593 ss. Sulle questioni di giurisdizione e competenza relative al tema delle tariffe incentivanti, vedasi D. AMOROSO, M.F. ORZAN, *Riparto di giurisdizione e regolamento preventivo sulle tariffe incentivanti nel settore energetico [nota a ordinanza: Cass. SS.UU., 20 luglio 2022, n. 22697]*, in *GT – Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 3/2023, p. 200 ss.

connessi alla relativa produzione nella misura maggiorata, fermo restando la qualifica di soggetto responsabile dell'impianto.

Tale ultima precisazione pare di non poco conto, posto che l'attribuzione in capo all'Ente Pubblico della qualità di "Soggetto Responsabile dell'Impianto" dovrebbe, peraltro, offrire la possibilità di esternalizzarne la gestione, purché detta qualità resti in capo al Comune stesso.

Eppure, a fronte di una previsione regolamentare che, al fine di incentivare forme di produzione di energia rinnovabile e di contenimento della spesa pubblica, consente ai Comuni di installare impianti di produzione di energia alternativa per soddisfare i propri fabbisogni (cd. "autoconsumo"), con meccanismi incentivanti e premianti da parte del Gestore dei Servizi Energetici, non è dato comprendere se tale facoltà sia stata riconosciuta agli enti locali anche al fine di produrre energia da immettere sul mercato, conseguendo incentivi necessari al ripianamento delle proprie spese di bilancio (costituendo il contenimento della spesa, un fine pubblico unitamente a quello comunque connesso alla produzione di energia green, rinnovabile e non inquinante). Pertanto, il discrimine tracciato dagli organi requirenti, così come contestato agli amministratori, sembra quello di ammettere, come previsto dal regolamento, la possibilità degli enti locali di produrre energia solo se ciò avviene attraverso impianti "chiusi" ovvero attraverso forme di autoconsumo, nel senso che l'energia prodotta sia consumata dallo stesso edificio comunale. Di conto, qualora tali impianti producano energia da immettere in rete, venduta a terzi, tale facoltà sembrerebbe non essere ammessa, in quanto in tal caso il comune si trasformerebbe in un operatore economico entrando in una economia di mercato demandata ai privati ed esorbitando dai propri fini e perimetri istituzionali.

Il tema, apparentemente chiaro sotto il profilo giuridico, diventa incoerente nel momento in cui lo si traspone sul piano economico e su quello merceologico, non soltanto in funzione di un uguale esigenza o interesse teleologico di contenimento della spesa, sia nel primo che nel secondo caso; quanto, soprattutto, nella considerazione che l'obbligo di circoscrivere la facoltà del comune di produrre energia solo per esigenze di autoconsumo, sconta l'illegalità tutte quelle volte in cui la struttura pubblica è chiusa (basti pensare, a titolo meramente esemplificativo alle scuole chiuse in estate) ed il fabbisogno di ener-

gia dell'edificio pubblico, non potendo assorbire l'energia prodotta, determinerebbe una dispersione della stessa che, ove invece venduta, potrebbe trovare ragione sia con l'applicazione di meccanismi compensativi che finanziari, volti all'efficientamento della politica energetica e del contenimento delle spese. In breve, è improbabile che il legislatore abbia potuto imporre il ricorso ad un sistema che disperde energia (pulita) e comporta maggiori spese.

Da ciò la logica conseguenza che non ha senso imporre impianto chiusi per autoconsumo, ma aperti, affinché mettendo in rete la maggiore energia prodotta rispetto al fabbisogno, la stessa possa essere recuperata sia sotto il profilo ambientale (sotteso alle politiche del Gestore dei Servizi Energetici) che finanziario, ovvero del contenimento e della maggiore stabilità dei bilanci pubblici degli enti locali.

Ovviamente, superato lo scoglio dell'immissione in rete e della possibilità di vendita di energia (della maggiore energia prodotta), da parte di un comune, entra in crisi l'intero sistema volto a precludere ad un ente l'esercizio di un'attività economica ed imprenditoriale demandata al mercato ed oggetto di privatizzazione.

Tanto più nel caso in cui, come nella fattispecie, l'operazione posta in essere dal comune, pur preservando in capo all'ente la qualifica di Soggetto Responsabile dell'Impianto, abbia demandato al privato l'intera operazione di costruzione e gestione dello stesso, unitamente alle consistenti anticipazioni economiche ed ai connessi rischi, preservando in capo all'ente solo i benefici, con conseguente assenza in capo all'ente di qualsivoglia rischio di esborso e con la sola certezza connessa al conseguimento di benefici economici.

2. Il Comune come «Soggetto Responsabile dell'Impianto» e le tariffe incentivanti

Alla luce di quanto esposto nel paragrafo che precede pare, dunque, opportuno fornire dapprima una cornice normativa al concetto di «Soggetto Responsabile dell'Impianto»⁶, ciò anche al fine di verificare la sussistenza – o me-

⁶ Sulla richiesta di concessione di tariffe incentivanti formulata dal Soggetto Responsabile dell'Impianto, vedasi L. PERGOLIZZI, *Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio* (Nota a sentenza: TAR Lazio, Roma, sez. III stralcio, 15 dicembre 2020, n. 13462), in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2021, p. 408 ss., la quale affronta il tema della previsione, contenuta nel d.m. 5 maggio 2011, secondo cui la richiesta della concessione della tariffa incentivante formulata dal soggetto responsabile

no – di eventuali limitazioni relative allo svolgimento di detta attività da parte di un Ente Pubblico.

Sul punto, l'art. 2, comma 1, lett. h) del D.M. 19 febbraio 2007⁷, statuisce che per soggetto responsabile si intende *“il soggetto responsabile dell'esercizio dell'impianto”*; ebbene, pare di tutta evidenza l'assenza di qualsivoglia limite o diniego in tal senso nei confronti dei Comuni, posto che dette limitazioni operano esclusivamente nei confronti dei soggetti regolatori, qualità certamente non attribuibile, nel caso che ci occupa, al Comune interessato.

Eppure, la *quaestio iuris* risulta ancora insoluta giacché è necessario, da un lato, verificare la possibilità per il Comune di beneficiare delle maggiorazioni previste per coloro i quali producono energia alternativa e, dall'altro, appurare la possibilità per il Comune di esternalizzare la gestione dell'impianto a terzi.

Con riferimento al primo aspetto, è la normativa testé enunciata che fugge ogni dubbio, e segnatamente, l'art. 2, comma 1, lett. h), stabilisce che il soggetto responsabile dell'impianto ha il diritto di *«richiedere e ottenere le tariffe incentivanti»*, sicché, anche con riferimento a detta circostanza, pare superflua ogni ulteriore considerazione, posto che nel citato D.M. non sono presenti particolari dinieghi in tal senso né, tantomeno, è presente una normativa speciale in materia che proibisca ai Comuni la possibilità di beneficiare delle tariffe incentivanti⁸: d'altronde, sarebbe contrario alla *ratio* di una normativa che «promuove» la

dell'impianto fotovoltaico realizzato in base a d.i.a. deve essere corredata anche da una "dichiarazione della competente amministrazione comunale attestante che la d.i.a. [Denuncia di Inizio Attività Edilizia] costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto". Il giudice amministrativo riconosce la legittimità di tale previsione, sotto il profilo della compatibilità con il principio di non aggravamento e con le regole della semplificazione amministrativa, in particolare, quelle che disciplinano l'istituto della dichiarazione di inizio attività, facendo ricorso ad una prospettiva di tipo formalista, che, argutamente l'A. reputa sottendere essere anche la più "garantista", fondata sulla riemersione, sul piano del procedimento per la concessione della tariffa incentivante, dell'interesse funzionale al governo del territorio. I diversi compendi argomentativi selezionati dall'A. offrono lo spunto per riflettere sul bilanciamento tra diversi valori e interessi in un terreno, quale quello delle fonti energetiche rinnovabili, ove aneliti di liberalizzazione e semplificazione sono puntualmente messi in discussione.

⁷ Decreto Ministeriale del 19 febbraio 2007, il quale stabilisce *Criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, in attuazione dell'articolo 7 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 23 febbraio 2007, n. 45.

⁸ Sempre in tema di tariffe incentivanti, vedasi LAURA PERGOLIZZI, *Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio* (Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13462), in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2/2021, nonché ALDO PARDI, *Il gestore dei servizi*

produzione di energia alternativa, introdurre dinieghi nei confronti degli enti pubblici.

Ma vi è di più. L'art. 3 del D.M. 19 febbraio 2007, intitolato *«Requisiti dei soggetti che possono beneficiare delle tariffe incentivanti»*, prevede la possibilità, in capo agli enti pubblici, di beneficiare delle tariffe incentivanti e, segnatamente, sancisce a chiare lettere che *«Possono beneficiare delle tariffe incentivanti di cui all'art. 6 e del premio di cui all'art. 7: a) le persone fisiche; b) le persone giuridiche; i soggetti pubblici; i condomini di unità abitative e/o di edifici»*.

Inoltre, è bene precisare come il Comune potesse inserirsi nel mercato della produzione di energia rinnovabile anche in virtù del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n.387, di attuazione alla Direttiva 2001/77/CE, e del D. Lgs. 3 marzo 2011, n.28, di attuazione della direttiva 2009/28/CE, in particolare, l'art. 23, comma 3.

Più nello specifico, detta normativa aveva espressamente previsto e autorizzato, per i piccoli Comuni, seppure in forza di disposizioni legislative e regolamentari in via di assestamento, la possibilità di inserirsi nel mercato della pro-

energetici e la decurtazione degli incentivi, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2024, 561, il quale, opera un'interessante classificazione alla luce del D.M. 5 luglio 2022 (cosiddetto Quinto conto energia), e segnatamente: *«Una specifica ipotesi di decurtazione è prevista poi per gli impianti fotovoltaici che beneficiano delle tariffe incentivanti previste dal D.M. 5 luglio 2012 del Mise (c.d. Quinto conto energia). Gli incentivi sono riconosciuti a tre tipologie tecnologiche di impianti fotovoltaici: quelli suddivisi per tipologie installative, ovvero impianti su edifici o altri impianti, quelli integrati con caratteristiche innovative e quelli a concentrazione. Ciascuna tipologia tecnologica può accedere alle tariffe incentivanti previste, rispettivamente, negli allegati 5, 6 e 7 del decreto ministeriale»*; L. ANIBALLI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e gli interventi rimodulatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2022, p. 481 ss., la quale, partendo dalla sentenza della Corte costituzionale, Corte cost., Sent., 24/01/2017, n. 16, sulle previsioni c.d. "spalma-incentivi" introdotte dall'art. 26, D.L. 24 giugno 2014, n. 91, che ha disposto una rimodulazione degli incentivi riconosciuti sulla base di convenzioni ventennali ai titolari di impianti fotovoltaici di grandi dimensioni che ne aveva in precedenza riconosciuto la legittimità rispetto alle previsioni costituzionali, evidenziandone la rispondenza all'interesse pubblico in termini di bilanciamento equo dei diversi interessi in rilievo e valorizzandone la prevedibilità da parte di un operatore economico prudente e accorto, si sofferma sulla sentenza della Corte di Giustizia, Corte giustizia Unione Europea Sez. V, 15 aprile 2021, n. 79, che ha confermato tale valutazione evidenziando che il legittimo affidamento, seppur meritevole di tutela, recede di fronte all'esercizio di un potere discrezionale delle autorità nazionali, soprattutto quando la modifica normativa avrebbe potuto essere in linea di principio preveduta. Il diritto fatto valere dai gestori degli impianti, quindi, non costituisce una posizione giuridica acquisita tutelabile in base al diritto europeo.

duzione di energia rinnovabile, confermando la piena legittimità della procedura di concessione e di erogazione dei contributi in favore dei piccoli comuni; e tale conformità aveva trovato conferma nell'analisi svolta dalla stessa Autorità di Vigilanza.

E ancora, la normativa di riferimento consente espressamente ai Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti di intervenire nel settore della produzione di energie alternative in qualità di Soggetto Responsabile dell'impianto e, conseguentemente, «*esternalizzando la realizzazione e la gestione*» dello stesso, «*così fruendo finanche della maggiorazione della tariffa dell'energia prodotta (5%)*».

Dunque, trattasi di una previsione che non soltanto non ha espresso un disfavore per un intervento dell'ente locale nel settore della produzione dell'energie rinnovabili, ma che ha previsto espressamente un incentivo al precipuo fine di valorizzare e premiare, e non già disincentivare, tale modello di intervento con la previsione, addirittura, di una maggiorazione tariffaria⁹.

Inoltre, l'art. 2, comma 173, della L. n. 244/2007¹⁰ ha riconosciuto agli enti comunali con popolazione inferiore a 5000 abitanti la facoltà di usufruire delle agevolazioni e dei contributi concessi dall'ordinamento a tutti coloro che avessero realizzato e gestito impianti di produzione di energia rinnovabile. Detta normativa rinvia, a sua volta, ai limiti ed alle modalità di cui al Decreto del Ministero delle Attività Produttive 19 febbraio 2007, e segnatamente alle disposizioni di cui agli artt. 6 e 12 dello stesso, nella parte in è stato individuato un tetto massimo di spesa, cioè un budget complessivo da riconoscere ai soggetti richiedenti, ed un tetto massimo da raggiungere mediante la produzione di energia rinnovabile.

In particolare, l'art. 12 del citato Decreto Ministeriale ha fissato l'«*Obiettivo di potenza nominale da installare*», prevedendo che «*1. L'obiettivo nazionale di potenza nominale fotovoltaica cumulata da installare è stabilito in 3000 MW entro il 2016*», mentre il precedente art. 6 ha previsto le «*Tariffe incentivanti e periodo di diritto*», statuendo che l'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici, realiz-

⁹ Questo l'orientamento del Giudice di *prime cure* chiaramente enunciato nella sentenza impugnata.

¹⁰ Legge 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge finanziaria 2008).

zati in conformità al presente decreto ed entrati in esercizio nel periodo intercorrente tra la data di emanazione del provvedimento e il 31 dicembre 2008, ha diritto ad una tariffa incentivante che viene riconosciuta per un periodo di venti anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto.

L'obiettivo all'incentivazione delle fonti rinnovabili è, pertanto, perseguito dalla normativa nazionale ed europea¹¹ all'interno di un ben determinato perimetro produttivo ed economico finanziario, in relazione alla potenza nominale e alla tipologia di determinati impianti (di cui al precedente art. 2 del citato Decreto) ed a prescindere dai soggetti che li abbiano proposti e/o realizzati come, infatti, previsto dall'art. 3 del medesimo Decreto Ministeriale, nella parte in cui ha individuato, all'art.3, tra i «*soggetti che possono beneficiare delle tariffe incentivanti*», sia "...a) le persone fisiche; sia b) le persone giuridiche; sia c) i soggetti pubblici; sia d) i condomini di unità abitative e/o di edifici».

Con precipuo riferimento al secondo aspetto e, segnatamente, alla possibilità – o meno – per il Comune di esternalizzare la produzione e la gestione dell'energia rinnovabile prodotta, pare superflua ogni ulteriore considerazione, posto che non esiste alcuna norma volta a precludere, agli enti locali, di esternalizzare la realizzazione e gestione materiale dell'impianto a soggetti terzi.

Ad ogni buon conto, preme evidenziare come la scelta di esternalizzare e demandare a soggetti terzi la gestione e realizzazione dell'impianto sia perfettamente coerente con i principi di economicità ed efficacia che orientano le pubbliche amministrazioni, posto che l'affidamento dell'impianto determina certamente un notevole contenimento dei costi e la riduzione – o finanche l'azzeramento – dei rischi, anche economici, che derivano dalla complessità dell'attività svolta, nonché garantisce il perseguimento di un utile certo mediante la pattuizione di un corrispettivo, senza alcun onere o rischio in tal senso ⁽¹²⁾.

11 In coerenza con l'obiettivo, di interesse nazionale, della produzione di energia da fonti rinnovabili, cfr. il D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 199, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili", e, in particolare, il suo articolo 26. La citata direttiva è stata da ultimo modificata ed aggiornata dalla direttiva 2023/2413, c.d. Red, Renewable Energy Directive, che pone obiettivi ancora più impegnativi, con obbligo di recepimento entro il 31 maggio 2025. Pubblicata nella G.U.U.E. 31 ottobre 2023. La cd. RED III (in quanto terza direttiva UE in materia di promozione dell'uso delle fonti energetiche) prevede una serie di novità per gli Stati membri in tema di energie rinnovabili, in particolare per quanto riguarda la loro promozione e l'aumento della loro quota nel mix energetico dell'Unione.

12 Il che pare perfettamente in armonia con quanto deliberato dall'Ente Locale, e conseguentemente approvato dall'Autorità di Vigilanza. Più nello specifico, dalla delibera è

3. Brevi considerazioni in tema di contratti di somministrazione nell'ambito della pubblica amministrazione

Ciò posto, la sentenza che qui si commenta offre, altresì, la possibilità svolgere alcune brevi considerazioni generali circa i contratti di somministrazione¹³ e produzione di energia nell'ambito della pubblica amministrazione giacché, essendo una prestazione a carattere continuativo¹⁴, dovrebbe essere sottoposta al cosiddetto impegno automatico di spesa.

Sul punto, non si può non richiamare la normativa di riferimento e, se-

chiaramente emerso che la tipologia di esternalizzazione prescelta era stata già integralmente stabilita e fissata nei precedenti atti deliberativi posto che in quest'ultimi l'amministrazione, dopo avere «Rilevato che la Legge 244/2007 (Legge Finanziaria 2008) all'art. 2, commi 143 e seg. prevede incentivi alla produzione di energia elettrica mediante impianti alimentati da fonti rinnovabili (certificati verdi, tariffa fissa omnicomprensiva) ed individua gli enti locali quali "soggetti responsabili" dell'impianto ai sensi del D.M. 19.02.2007 nonché beneficiari dei flussi di ricavo provenienti dall'esercizio dell'impianto»; e dopo avere «Dato atto che l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici genera due tipologie di ricavi: il "Conto Energia" che è il sistema di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici. Gli incentivi vengono erogati dal GSE (Gestore Servizi Energia) in "Conto Energia", cioè sulla base dell'energia elettrica prodotta. Tale incentivo è assicurato per 20 anni; la vendita all'ENEL dell'energia prodotta dall'impianto»; aveva già «Dato atto altresì che è possibile sfruttando il "Conto Energia" far ricorso (da parte della Pubblica Amministrazione) allo strumento del "Finanziamento Tramite Terzi" per la realizzazione, di interventi di produzione di energia elettrica tramite impianti fotovoltaici», con la conseguenza che, dopo avere specificamente «Rilevato ancora che attraverso lo strumento del "Finanziamento Tramite Terzi" si vuole realizzare un impianto fotovoltaico anche in assenza di contributi pubblici a fondo perduto, mediante investimenti attivabili con capitale privato cedendo al soggetto finanziatore il "Conto Energia»; aveva approvato e «Preso atto che con questo meccanismo l'Amministrazione Comunale, senza impegnare fondi propri, si assicura nel contempo il raggiungimento dei seguenti benefici: - nessun onere finanziario da investire; - nessun onere nella gestione dell'impianto; - miglioramento ambientale (riduzione delle emissioni di gas inquinanti in atmosfera); - realizzazione di un entrata economica dovuta alla vendita dell'energia prodotta per un periodo minimo di 20 anni; - messa a disposizione di una tecnologia efficiente».

13 Sui contratti di somministrazione di energia elettrica, vedasi F. POLETTINI, *Il contratto di somministrazione di elettricità e di gas naturale: verso il tramonto della libertà di forma?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 1 gennaio 2017, p. 99, il quale analizza le dinamiche con cui la libertà negoziale in questa categoria contrattuale ha cominciato ad incrinarsi, attraverso l'inizio dell'attività regolatoria emanata dall'AEEGSI dopo la sua costituzione, e successivamente con una significativa spinta in questa direzione attraverso le norme contenute nel d.lgs. n. 206/2005; sull'interazione dialettica tra autoregolamentazione pattizia ed etero regolamentazione normativa e sulla produzione normativa delle authorities che, concorrendo direttamente a forgiare una porzione più o meno ampia e significativa del contenuto contrattuale, si pone come fonte di disciplina della fattispecie negoziale e, dunque, come limite all'autonomia delle parti., vedasi M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 919; V. CITARELLA, *Contratto di somministrazione di energia elettrica*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2012, p. 320 ss.

14 Questo il chiaro insegnamento della Suprema Corte, Cass. civ., Sez. III, Ordinanza 14.03.2024, n. 6934, secondo cui: «Il prezzo della somministrazione dell'energia elettrica pagato annualmente o a scadenze inferiori all'anno configura una prestazione periodica con connotati di autonomia nell'ambito di una causa petendi continuativa; pertanto, la necessità dell'adesione dell'amministrazione per la cessione del credito è limitata al periodo in cui i contratti sono in corso di esecuzione».

gnatamente, la disposizione di cui all'art. 183, comma 2, TUEL¹⁵, ai sensi della quale «*Con l'approvazione del bilancio e successive variazioni, e senza la necessità di ulteriori atti, è costituito impegno sui relativi stanziamento per le spese dovute: a) per il trattamento economico tabellare già attribuito al personale dipendente e per i relativi oneri riflessi; b) per le rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti, interessi di preammortamento e ulteriori oneri accessori nei casi in cui non si sia provveduto all'impegno nell'esercizio in cui il contratto di finanziamento è stato perfezionato; c) per contratti di somministrazione riguardanti prestazioni continuative, nei casi in cui l'importo dell'obbligazione sia definita contrattualmente. Se l'importo dell'obbligazione non è predefinito nel contratto, con l'approvazione del bilancio si provvede alla prenotazione della spesa, per un importo pari al consumo dell'ultimo esercizio per il quale l'informazione è disponibile*».

Pertanto, è proprio la lett. c) della disposizione appena enunciata che sancisce l'obbligo in capo all'ente pubblico di sottoporre all'impegno di spesa dette tipologie contrattuali a prestazione continuativa. E le conseguenze per la mancata osservanza del predetto obbligo risultano tutt'altro che prive di risvolti pratici e giuridici.

Più nello specifico, sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte statuendo che «*Gli atti degli enti locali che comportano un obbligo contrattuale nei loro confronti sono validi e vincolanti solo se accompagnati dal relativo impegno di spesa, in caso contrario ne deriva la nullità della deliberazione che autorizza il compimento dell'atto sia del successivo contratto stipulato*»¹⁶.

4. Conclusioni

Volendo trarre delle brevi considerazioni finali, pare perfettamente legiti-

15 Art. 183, comma 2, Decreto legislativo 18/08/2000, n. 267. Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Pubblicato nella Gazz. Uff. 28 settembre 2000, n. 227, S.O. Per le nuove disposizioni in materia di città metropolitane, province e unioni e fusioni di comuni, vedi la L. 7 aprile 2014, n. 56.

16 Così Cass. Civ., Sez. III, Ordinanza del 21 giugno 2024, n. 17197, secondo cui : «*L'avvenuta somministrazione o erogazione del bene o servizio oggetto del rapporto negoziale tra l'ente locale e il terzo contraente non è sufficiente per qualificare tale rapporto come direttamente impegnativo per l'ente locale in assenza dell'impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria*», precisando però che «*In tema di assunzione d'impegni ed effettuazione di spese da parte degli enti locali, qualora la richiesta di prestazioni e servizi non rientri nello schema procedimentale di spesa previsto dalla legge, non sorgono obbligazioni a carico dell'ente ma dell'amministrazione o del funzionario responsabile, i quali rispondono con il proprio patrimonio*».

tima e virtuosa la condotta del Comune che, prescindendo dalle modalità con cui produce o reperisce energia elettrica e, fermo restando il rispetto delle modalità contrattuali e il mantenimento della qualità di «Soggetto Responsabile dell'Impianto», esternalizzi la realizzazione e la gestione dello stesso e fruisca della maggiorazione della tariffa dell'energia elettrica prodotta.

D'altronde, l'esternalizzazione a soggetti terzi della gestione e realizzazione dell'impianto pare perfettamente coerente con i principi di economicità ed efficacia che orientano le pubbliche amministrazioni, considerato che da ciò deriva certamente una notevole riduzione dei costi e dei rischi, garantendo il perseguimento di un utile certo mediante la pattuizione di un corrispettivo.

Sarebbe, oltretutto, completamente contrario alla *ratio* di una normativa che incentiva la produzione di energia alternativa, introdurre dinieghi volti a impedire lo svolgimento di detta attività nei confronti degli enti pubblici.

Pertanto, bene ha fatto la Corte dei Conti con la pronuncia che qui si annota a riconoscere all'ente locale la possibilità di operare nel mercato, tenuto conto del bilanciamento degli interessi che entrano in gioco, nonché delle logiche di mercato e delle scelte del legislatore sempre più orientate verso la produzione e la distribuzione di energie alternative.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Vol. XV