Pubblicazione Trimestrale
ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto

Numero Monografico

a cura di M. Cappai, A. Davola, U. Malvagna, S. Vaccari

Ottobre / Dicembre
2025

DIREZIONE

Danny Busch, Guido Calabresi, Pierre-Henri Conac, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Giuseppe Ferri Jr., Raffaele Lener, Udo Reifner, Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi, Thomas Ulen

COMITATO DI DIREZIONE

Filippo Annunziata, Paoloefisio Corrias, Matteo De Poli, Alberto Lupoi, Roberto Natoli, Maddalena Rabitti, Maddalena Semeraro, Andrea Tucci

COMITATO SCIENTIFICO

Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Fulvio Cortese, Aurelio Gentili, Giuseppe Guizzi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Daniele Maffeis, Rainer Masera, Ugo Mattei, Alessandro Melchionda, Ugo Patroni Griffi, Giuseppe Santoni, Francesco Tesauro+

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

COMITATO ESECUTIVO

Roberto Natoli, Filippo Sartori, Maddalena Semeraro

COMITATO EDITORIALE

Adriana Andrei, Giovanni Berti De Marinis, Andrea Carrisi, Alessandra Camedda, Gabriella Cazzetta, Edoardo Cecchinato, Paola Dassisti, Antonio Davola, Angela Galato, Alberto Gallarati, Edoardo Grossule, Luca Serafino Lentini, Paola Lucantoni, Eugenia Macchiavello, Ugo Malvagna, Alberto Mager, Massimo Mazzola, Emanuela Migliaccio, Francesco Petrosino, Elisabetta Piras, Chiara Presciani, Francesco Quarta, Giulia Terranova, Veronica Zerba (Segretario di Redazione)

COORDINAMENTO EDITORIALE

Ugo Malvagna

DIRETTORE RESPONSABILE

Filippo Sartori

2025

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

La Rivista di Diritto Bancario seleziona i contributi oggetto di pubblicazione sulla base delle norme seguenti.

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione vengono assegnati dal sistema informatico a due valutatori, sorteggiati all'interno di un elenco di ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche, estratti da una lista periodicamente soggetta a rinnovamento.

I contributi sono anonimizzati prima dell'invio ai valutatori.

Le schede di valutazione sono inviate agli autori previa anonimizzazione.

Qualora uno o entrambi i valutatori esprimano un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche aggiunte e correzioni, la direzione esecutiva verifica che l'autore abbia apportato le modifiche richieste.

Qualora entrambi i valutatori esprimano parere negativo alla pubblicazione, il contributo viene rifiutato. Qualora solo uno dei valutatori esprima parere negativo alla pubblicazione, il contributo è sottoposto al Comitato Esecutivo, il quale assume la decisione finale in ordine alla pubblicazione previo parere di un componente della Direzione scelto ratione materiae.

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

Il presente fascicolo raccoglie gli atti del convegno «Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto» tenutosi presso l'Università di Trento il 6 e il 7 febbraio 2025

SEDE DELLA REDAZIONE

Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, via Verdi 53,
(38122) Trento – tel. 0461 283836

RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO
ANNO 2025 – FASCICOLO IV

SOMMARIO

GIANPAOLO EDORARDO BARBUZZI, Nuove frontiere della regolamentazione conformativa dei mercati: l'esperienza ACF 1

STEFANO MONTEMAGGI, Spunti evolutivi sull'arbitro bancario finanziario a 15 anni dal suo avvio..... 13

UGO MALVAGNA, Gli ADR del mercato finanziario quale strumento di *enforcement* della normativa di protezione del cliente: presupposti e conseguenze..... 31

MICHAELA PASSALACQUA, Poteri regolatori di tutela anticipata e vigilanza correttiva 49

ANTONIO DAVOLA, L'anticipazione della tutela nel settore bancario 65

ROBERTO LATTANZI, Protezione dei dati personali e strumenti di anticipazione della tutela: il potere di avvertimento 85

ANTONIO CASSATELLA, Le sanzioni delle amministrazioni indipendenti: dalla specialità delle funzioni alla specialità dei procedimenti, degli atti e del loro sindacato? Note introduttive 123

MONICA DELSIGNORE, Regolare sanzionando o sanzionare per regolare: è possibile un distinguo in concreto? 131

STEFANO VACCARI, Appunti sul potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: tra procedimento e processo 151

STEFANO L. VITALE, Tempo e potere amministrativo: il caso del termine della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust..... 183

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, I poteri di regolazione in una crescente fluidità di sistema 213

MARCO CAPPAI, Dalla legalità procedurale alla legalità cooperativa223

ELISABETTA LANZA, *The New Italian Competition Tool*: il rafforzamento delle indagini conoscitive condotte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato 259

CRISTIANO ARTIZZU, Il ruolo di ARERA tra funzione di regolazione e funzione di enforcement 283

GIANPAOLO EDOARDO BARBUZZI

Nuove frontiere della regolamentazione conformativa dei mercati: l'esperienza ACF

SOMMARIO: 1. Lo strumento ACF: caratteristiche e risultanze operative. – 2. Gli orientamenti ACF e la funzione conformativa del mercato. – 3. Le interazioni con altri Organismi e l'innovazione digitale.

1. *Lo strumento ACF: caratteristiche e risultanze operative*.

Operativo dal 2017, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) replica, pur con talune specificità, il modello organizzativo e funzionale proprio di altri organismi *Adr,* primo tra tutti l'Arbitro Bancario.

Il suo campo d'azione è quello della prestazione da parte degli intermediari autorizzati di servizi d'investimento nei confronti degli investitori *retail*; locuzione, quest'ultima, tendenzialmente onnicomprensiva, rimanendo da essa escluse solo le controparti qualificate e la clientela professionale.

Caratteristiche precipue dello strumento sono la sua accessibilità diretta e la sua gratuità per il ricorrente, oltre che la gestione totalmente dematerializzata degli atti del procedimento; procedimento in esito al quale, conclusa la fase del contraddittorio tra le parti, il Collegio, esaminate le risultanze istruttorie, assume un atto a carattere aggiudicativo-decisorio, ancorché non vincolante per le parti coinvolte.

Così richiamate, a grandi linee, le caratteristiche dello strumento, l'attività svolta dall'ACF nei suoi primi otto anni d'attività può essere così condensata: quasi 12.000 i ricorsi ricevuti, oltre 11.300 le decisioni assunte, con una percentuale di accoglimento dei ricorsi di poco superiore al 60%, per un ammontare complessivo dei risarcimenti sinora riconosciuti di oltre 165 milioni di euro ed un tasso di volontaria esecuzione delle decisioni da parte degli intermediari soccombenti di circa il 95%.

Il contenzioso portato sinora all'attenzione dell'ACF fa emergere almeno due caratteristiche che meritano di essere evidenziate: l'alta percentuale di utilizzo da parte dei ricorrenti della facoltà di farsi rappresentare da un procuratore (tipicamente, un avvocato) dinanzi all'Arbitro, pari a oltre il 65%, e la rilevanza economica degli interessi

coinvolti, tenuto conto che il valore medio delle controversie portate alla nostra attenzione è sempre stato, in questi anni, stabilmente al di sopra della soglia dei 60 mila euro.

Dai dati aggregati appena richiamati si possono trarre anche talune riflessioni di sistema.

Ritengo possa dirsi, anzitutto, che l'istituzione dell'ACF ha consentito di soddisfare una "domanda di giustizia" consistente, che ha finito con il valorizzarne la funzione di strumento alternativo ma, nello stesso tempo, anche complementare rispetto al sistema della giustizia civile.

Funzione alternativa, per aver intercettato e drenato una fetta di contenzioso che, in sua assenza, sarebbe stata con tutta probabilità portata all'attenzione del giudice civile, non foss'altro che per il peso economico delle controversie insorte, con ciò fattivamente perseguendo quell'obiettivo deflattivo tipico di ogni sistema *Adr*.

Ma funzione anche complementare, per essersi proposto come strumento tramite il quale hanno potuto trovare composizione anche quei casi di conflitti caratterizzati da valori economici tanto modesti da poter ragionevolmente ritenere, in una logica di costi/benefici, che ben difficilmente sarebbero stati portati all'attenzione di un tribunale, ove solo si ponga mente ai costi di accesso al sistema della giustizia.

Né può sorprendere, proprio avendo riguardo al valore unitario medio delle controversie sottoposte in questi anni all'ACF, che circa i 2/3 dei ricorrenti abbiano finito per optare per l'assistenza di un legale; percentuale che trova giustificazione anche alla luce del tuttora deficitario grado di alfabetizzazione finanziaria della popolazione, dovendosi ulteriormente tenere conto che la normativa in tema di mercati finanziari si caratterizza per tecnicalità di settore che non possono di certo dirsi alla portata della generalità degli investitori *retail*, anche ove di profilo medio quanto a livello di conoscenze finanziarie ed esperienze pregresse.

In tale contesto operativo, peculiare – e per molti versi improprio – è stato il ruolo che l'Arbitro è stato chiamato a svolgere a seguito delle crisi bancarie di oramai un decennio fa.

Mi riferisco alle banche risolte a fine 2015, alle due banche venete poste in liquidazione nel giugno 2017, a talune banche popolari di territorio che negli stessi anni si erano fatte promotrici di diffusi collocamenti di titoli azionari di diretta emissione presso una vasta

clientela *retail.*

Ebbene, quanto alle prime (banche risolte e banche poste in l.c.a.) un intervento legislativo del settembre 2018 ha eccezionalmente attribuito carattere di esecutività alle numerose decisioni (circa 1.000) assunte in materia dal Collegio ACF nel primo biennio di attività; il che ha consentito di riconoscere e liquidare, con grande tempestività e a favore dei risparmiatori risultati vittime di pratiche di *misselling,* ristori per oltre 30 milioni di euro.

Quanto alle evocate banche popolari, le numerose decisioni (anche qui, all'incirca 1.000) assunte nei loro confronti, in gran parte di soccombenza, non hanno, invece, potuto trovare un esito altrettanto satisfattivo in assenza di un intervento pubblico *ad hoc,* non foss'altro perché la loro massiva esecuzione avrebbe finito con il poter minare la stessa stabilità patrimoniale degli emittenti i titoli.

La diffusa e persistente situazione di illiquidità caratterizzante i titoli azionari interessati ha, oltretutto, pregiudicato la possibilità per i detentori di alienarli, ancorché a prezzi anche significativamente inferiori rispetto a quelli di collocamento, di fatto rendendoli "prigionieri" dell'investimento effettuato.

Da tali, auspicabilmente non replicabili, accadimenti si possono trarre alcune riflessioni utili *pro-futuro*.

Strumenti *Adr* quale l'ACF mal si prestano, in genere, a soddisfare esigenze di giustizia in presenza di crisi conclamate di operatori professionali, ovvero in situazioni che ne mettano comunque gravemente a rischio la continuità aziendale. In simili fattispecie le decisioni, non vincolanti, assunte da un *Adr* rappresentano, per loro natura, strumenti troppo deboli per consentire di dare effettivo e diretto ristoro a tutti quei soggetti che dovessero risultare danneggiati da reiterati comportamenti violativi del quadro normativo di riferimento.

Nello stesso tempo, tuttavia, non posso non evidenziare che l'attività svolta dall'ACF si è, nei fatti, rivelata anche in questi casi comunque foriera di una qualche utilità per i risparmiatori rimasti coinvolti, e ciò in almeno due contingenze: laddove la decisione ha consentito all'investitore *retail* e alla banca emittente di pervenire ad un accordo transattivo fondato sul pronunciamento ACF; ovvero, nei casi in cui, a fronte della mancata esecuzione della decisione, è stata avviata una successiva azione civile, che ha fatto registrare un utilizzo sostanzialmente confermativo, da parte del giudice adito, del

pronunciamento arbitrale.

Resta, in ogni caso, che gli strumenti *Adr* riescono a dare il meglio di sé laddove chiamati a pronunciarsi su quel genere di controversie che possono – direi – quasi fisiologicamente insorgere, in una relazione di tipo economico e in una logica di grandi numeri, tra un operatore professionale e un certo numero di consumatori suoi clienti, purché questo, per quanto appena detto, non finisca con il minare la stessa sopravvivenza sul mercato dell'operatore coinvolto.

2. *Gli orientamenti ACF e la funzione conformativa del mercato.*

Sin dall'avvio dell'attività il nostro Collegio si è proposto di perseguire un duplice e concorrente obiettivo: 1. proporre, con la decisione, una soluzione della controversia convincente sotto il profilo motivazionale, tanto da indurre le parti – entrambe le parti – a darvi spontanea esecuzione, facendo così venir meno i motivi del contendere e, auspicabilmente, recuperare anche il rapporto di fiducia evidentemente entrato in crisi; 2. delineare, con la stessa decisione, orientamenti applicativi della normativa di settore di portata più generale, quale utile guida per gli operatori professionali, così da sterilizzare a monte la conflittualità vertente su fattispecie analoghe.

Quanto al primo obiettivo, si è già detto dell'elevata percentuale di volontaria esecuzione delle decisioni da parte degli intermediari nei casi di soccombenza; né, per altro verso, si ha contezza che i ricorrenti, in caso di rigetto della loro domanda, l'abbiano sistematicamente riproposta dinanzi al giudice civile.

Il che porta a dire che la pronuncia ACF ha, di norma, un effetto tombale dei motivi del contendere.

Relativamente al secondo obiettivo può evidenziarsi che, ai sensi del Regolamento Consob disciplinante i procedimenti dinanzi all'ACF (delibera n. 19602/2016 e succ. mod.), gli intermediari sono chiamati a trattare i reclami presentati dalla clientela tenendo conto degli orientamenti elaborati dall'Arbitro. Il che non implica in sè alcun obbligo giuridicamente qualificato di conformazione in senso stretto, trattandosi piuttosto di previsione che intende favorire un processo di tendenziale e progressivo allineamento delle prassi e delle procedure interne degli intermediari alle linee applicative della normativa in tema di prestazione dei servizi d'investimento elaborate dall'Arbitro, quale

strumento che di per sé può abbattere il tasso di conflittualità e, per tale via, consolidare il rapporto di fiducia con la clientela.

Ebbene, ritengo a quest'ultimo proposito di poter affermare che il grado di attenzione, se non di piena *compliance,* degli intermediari rispetto agli orientamenti ACF sia divenuto, oramai, decisamente apprezzabile.

Lo traggo dall'esperienza maturata sul campo in questi anni, nel corso dei quali sono stati tutt'altro che rari i momenti di confronto dialettico con il mondo degli operatori professionali, proprio avendo riguardo a taluni orientamenti di portata generale elaborati dal Collegio arbitrale; orientamenti che hanno finito con il divenire, dunque, propri del *modus operandi* degli intermediari nella relazione con la clientela.

Cito in proposito due casi, per la loro valenza segnaletica.

L'operatività sui mercati finanziari si sta trasferendo sul *web*. Si tratta di processo irreversibile, in atto oramai da molti anni, che ha fatto emergere questioni nuove anche per quanto riguarda la tutela del contraente debole.

Ebbene, un principio oramai consolidato nell'ampia "giurisprudenza" ACF è che il grado di tutela dell'investitore *retail,* in caso di *trading on-line,* non possa che restare immutato rispetto ai canali tradizionali in uso fino a poco tempo fa.

Pertanto, il processo d'investimento via *web* va scandito, nei suoi vari *steps* procedurali, in maniera tale da garantire la effettiva messa a disposizione dell'investitore delle informazioni preventive necessarie per pervenire ad una scelta d'investimento effettivamente consapevole; ad es., mediante la previsione di una funzione bloccante, tale da consentire al cliente di poter finalizzare l'operazione solo dopo aver visualizzato la scheda informativa relativa allo strumento finanziario di suo interesse, ovvero dopo aver apposto un *flag,* con annessa dichiarazione di avvenuta presa visione della scheda, ovvero con ogni altro mezzo che consenta di conseguire una tale finalità.

Non è, dunque, sufficiente per l'intermediario, per andar esente da responsabilità in caso di contenzioso, fornire prova di aver reso disponibile l'informativa in una qualche sezione del proprio sito, perché questo presupporrebbe un *facere* da parte del cliente non sempre in concreto esigibile, soprattutto laddove trattasi di investitore *retail* sprovvisto di specifiche conoscenze e pregresse esperienze in campo finanziario e, soprattutto, nell'utilizzo degli strumenti telematici.

Un momento fondante della relazione cliente/intermediario è dato dalla redazione del questionario di profilatura.

Si tratta di atto necessariamente propedeutico a ogni scelta d'investimento, data la sua strumentalità rispetto alla valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza che l'intermediario è chiamato ad esprimere prima che il cliente disponga l'operazione.

Ebbene, con preoccupante frequenza sono stati registrati in questi anni casi di sistematica sottovalutazione, tanto da parte degli intermediari che degli stessi risparmiatori al dettaglio, delle implicazioni dell'atto.

Questo ha indotto il Collegio ad elaborare numerosi orientamenti in materia, che possono essere così condensati.

Il risparmiatore è chiamato a svolgere un ruolo attivo, anzitutto rendendo informazioni chiare e complete sul suo *status*, munito della consapevolezza di stare così concorrendo alla redazione della sua carta d'identità d'investitore e che la sottoscrizione del questionario è atto tutt'altro che privo d'effetti sotto il profilo giuridico, in forza del cd. principio di autoresponsabilità.

L'intermediario, per parte sua, è tenuto a mettere in campo tutta la diligenza professionale esigibile in base alla normativa di settore, sottoponendo al cliente un questionario ampio e dettagliato, tale da poter restituire un profilo attendibile, non limitandosi, dunque, a recepire acriticamente le informazioni resa dal cliente ma, piuttosto, intercettando e rimuovendo eventuali incompletezze rappresentative e incongruenze tra le varie informazioni rese.

Ora, con riguardo sia all'operatività *on-line* che alla redazione del questionario MiFiD, stiamo assistendo – come anticipavo poc'anzi – ad un progressivo allineamento delle prassi interne degli intermediari agli orientamenti appena richiamati; il che non può che essere foriero, a mio avviso, di apprezzabili risultati anche ai fini del contenimento della conflittualità in materia di investimenti finanziari.

Altro è a dire per quanto riguarda, invece, la chiamata ad un ruolo maggiormente proattivo da parte degli investitori *retail*, perché questo involge un ben più oneroso e massivo processo di alfabetizzazione finanziaria della popolazione che non può che partire, come sta accadendo, dalla scuola.

In ogni caso – per quel che è il ruolo che l'ACF è chiamato istituzionalmente a svolgere – anche su questo fronte non sono mancate

iniziative funzionali ad incrementare il livello delle conoscenze in materia finanziaria. Cito, tra le varie iniziative assunte in questi anni, la pubblicazione sul nostro sito, con cadenza mensile, di "pillole" informative sulle decisioni di maggiore rilevanza, redatte con uno stile redazionale che vuole essere accessibile anche per risparmiatori con un profilo non particolarmente evoluto, come anche l'attivazione due anni orsono di un Tavolo di confronto periodico con i nostri *stakeholders* (rappresentati dalle associazioni di riferimento tanto degli intermediari che dei risparmiatori), quale luogo di confronto funzionale alla realizzazione di iniziative congiunte che possano favorire la diffusione di una migliore cultura finanziaria tra i cittadini.

Il che, in definitiva, è una diversa, complementare e altrettanto efficace modalità attraverso cui perseguire la finalità conformativa del mercato.

3. *Le interazioni con altri Organismi e l'innovazione digitale.*

Benefici nella stessa direzione sono stati tratti in questi anni anche dalle oramai sistematiche forme di interazione con l'Arbitro Bancario Finanziario, con il quale è attivo dal 2020 un protocollo d'intesa stipulato tra i vertici della Consob e della Banca d'Italia.

La fattiva collaborazione tra i due sistemi, a livello sia di strutture di supporto che di Collegi giudicanti, rappresenta strumento che concorre in maniera apprezzabile al miglior perseguimento degli obiettivi assegnati ad entrambi gli Organismi; collaborazione che intende rendere utilità anche attraverso l'elaborazione di linee di indirizzo conformative rivolte agli operatori di mercato, che possano tenere conto dell'esperienza maturata dai rispettivi Collegi in sede di trattazione dei ricorsi della clientela.

In un tale contesto improntato ad una sistematica collaborazione e nella prospettiva di concorrere ad elevare i livelli dei servizi erogati agli utenti è stata di recente costituita una task force ACF/ABF, per l'individuazione di soluzioni tecniche funzionali alla progettazione di una infrastruttura informatica comune, che possa agevolare gli utenti nell'individuazione dell'Arbitro al quale di volta in volta rivolgersi, così da ridurre al minimo, se non azzerare, il rischio di conflitti di competenza che, ove negativi, finirebbero con il lasciare l'utente privo di tutele in una sede stragiudiziale.

Analoghe forme di collaborazione potranno essere definite anche con l'Arbitro Assicurativo, non appena reso operativo; con il che verrà a completarsi il *puzzle* degli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria, finanziaria e, per l'appunto, assicurativa.

Dalla definizione di efficaci forme di interazione tra i tre Organismi *Adr* non potranno che derivare – ne sono certo – ulteriori benefici in funzione conformativa delle prassi di mercato degli operatori professionali, con un effetto di ricaduta significativo anche ai fini di un coordinato esercizio delle funzioni di vigilanza proprie delle tre Autorità preposte (Consob, Banca d'Italia e Ivass), che potranno avvalersi di quanto emerso in sede di trattazione dei reclami e dei ricorsi della clientela.

Sempre a fini conformativi delle prassi di mercato, decisamente apprezzabili sono, a mio avviso, le utilità traibili anche da iniziative di interazione con il sistema della giustizia civile.

Noi dell'ACF seguiamo con ovvia e doverosa attenzione l'evoluzione della giurisprudenza in tema di prestazione dei servizi d'investimento e ritengo di poter affermare che i punti di convergenza valutativa e di argomentazione sono significativi e certamente prevalenti.

Sono rilevabili, tuttavia, ambiti in cui sono emerse in questi anni sensibilità diversamente graduate.

In tema di informativa precontrattuale, il nostro orientamento, piuttosto granitico oramai, è che l'intermediario debba mettere il cliente, e ciò a prescindere dal suo profilo d'investitore più o meno evoluto, in condizione di effettuare una scelta "in concreto" informata. Come dicevo, quello che per il nostro Collegio conta è che l'intermediario illustri chiaramente e preventivamente le caratteristiche e i rischi insiti nello specifico strumento finanziario, modulando le informazioni in base al livello di conoscenze ed esperienza del cliente, così da ingenerare autentica consapevolezza circa le implicazioni, anche solo potenziali, dell'operazione finanziaria che viene posta in essere.

Sul punto sono emerse in questi anni posizioni variegate in seno alla giustizia civile, soprattutto di merito, su cui a mio avviso sarebbe bene soffermarsi e confrontarsi.

In materia di contratti derivati, poi, l'orientamento ACF è che la

violazione da parte dell'intermediario di obblighi informativi non vada ad incidere sulla causa del contratto, non potendo dunque condurre alla sua nullità, rilevando semmai sotto il profilo risarcitorio. Come noto, la posizione delle SS.UU. della Suprema Corte è di segno apprezzabilmente diverso.

In punto di quantificazione del risarcimento, tendiamo a fare un uso non sporadico dell'art. 1227 c.c., che onera il creditore di porre in essere comportamenti attivi funzionali a mitigare l'entità del danno. Crediamo che un comportamento esigibile anche da parte di investitori al dettaglio sia quello di attivarsi per tempo, senza rifugiarsi *ex ante* in una passività d'azione che si tramuti, *ex post*, in iniziative di tipo rivendicatorio.

Ancora, in sede di accertamento del nesso di causalità tra evento e danno, il nostro approccio valutativo è di chiara intonazione pragmatica, mirando a valorizzare le risultanze di ogni controversia. Seguendo una tale impostazione, sono stati tutt'altro che rari i casi in cui il Collegio arbitrale si è espresso escludendo la sussistenza del nesso laddove il profilo dell'investitore era risultato particolarmente evoluto; tanto evoluto da poter ragionevolmente escludere che egli avesse operato in modo non consapevole, pur in presenza di comportamenti violativi ascrivibili all'intermediario. La Corte di Cassazione ha, come noto, fissato una presunzione legale di sussistenza del nesso di causalità, fatto salvo il caso che l'intermediario sia in grado – egli – di dimostrare che il cliente si sarebbe in ogni caso orientato nel senso di porre in essere l'operatività controversa.

Senza dilungarmi oltre, ritengo che su queste, come su altre tematiche, individuare sedi confronto in cui, con un approccio aperto e d'intonazione finalistica, possano essere criticamente vagliate posizioni non sempre del tutto allineate ma per le quali è possibile, perché no, un'attività di *fine tuning*, possa consentire di erogare un "servizio giustizia" munito, nel complesso, di un più elevato grado di certezze. Il che non può che recare benefici anche a fini conformativi delle prassi di mercato.

Prima di concludere, alcune brevi riflessioni sulle implicazioni della rivoluzione digitale in atto.

Sappiamo che quella attuale è stagione complessa e sfidante, capace di produrre innovazioni tecnologiche che appaiono tuttora prive di un orizzonte che sia alla portata del nostro sguardo e forse, proprio per questo, ancora più inquietanti e intriganti nello stesso tempo.

Per governarla e indirizzarla nelle giuste direzioni servono – ad avviso non solo mio – menti e occhi nuovi, capaci di coniugare innovazione tecnologica e tutela dei diritti, libertà d'espressione e responsabilità, informazione e verità dei fatti.

Pur doverosamente consci dei rischi, resta che la rivoluzione tecnologica in atto e, in particolare, gli strumenti di *AI* possono rendere utilità significative e non tutte necessariamente percepibili, come dicevo, sulla base delle nostre attuali conoscenze.

Penso, ad es., alla realizzazione da parte degli intermediari di ambienti "immersivi" di relazioni con la clientela, capaci cioè di mettere a disposizione degli investitori informazioni finanziarie strutturate, massimizzando a questo fine le utilità rivenienti proprio dall'utilizzo delle tecnologie digitali.

Un tale modo di relazionarsi può più efficacemente abbattere barriere di diffidenza, inculcare migliori consapevolezze nei risparmiatori al dettaglio e stimolarne un più attiva partecipazione al processo d'investimento; finendo, in ultima istanza, per rafforzare la fiducia dei cittadini sul corretto funzionamento dei mercati e in chi in essi professionalmente opera.

Ma utilità tangibili possono trarsi anche per quanto riguarda il potenziamento e la valorizzazione del processo di valutazione di adeguatezza e appropriatezza degli investimenti, le regole di *governance* dei prodotti, l'informativa precontrattuale, così da incrementarne il livello di trasparenza secondo i nuovi standard imposti proprio dall'innovazione.

Reingegnerizzare i processi operativi "pensando in digitale", mettendo così fine all'era dell'informazione cartacea, significa in definitiva costruire un nuovo sistema di relazioni che sia capace di coinvolgere in maniera financo empatica i risparmiatori. E sappiamo quanto la componente emotiva conti nelle scelte d'investimento di molti di essi.

Né vanno sottovalutati, infine, i benefici che le nuove tecnologie possono arrecare proprio a fini conformativi dei comportamenti e della regolamentazione dei mercati, che è l'argomento su cui si incentra il nostro convegno di quest'oggi.

Penso all'utilizzo, in ambito *Adr,* di strumenti di *AI* a fini di vaglio istruttorio ma anche quale supporto predittivo per la fase decisoria, ancorché presidiata da agenti umani.

Se ne avvantaggerebbe – io ritengo e concludo – l'intero sistema, anzitutto in termini di maggiore efficienza operativa; esso arrecherebbe, infine, migliori certezze applicative del quadro normativo di settore di cui beneficerebbero gli operatori professionali di mercato e gli investitori *retail*, rendendo in ultima istanza più competitivi e attrattivi i mercati finanziari, sia in ottica nazionale che europea.

STEFANO MONTEMAGGI

Spunti evolutivi sull'arbitro bancario finanziario a 15 anni dal suo avvio

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il *proprium* giuridico dell'ABF – 3. Tre possibili linee evolutive – 3.a Le barriere procedurali ai ricorsi delle imprese – 3.b. Una possibile lacuna: il ricorso rappresentativo degli interessi di una pluralità di consumatori – 3.c. ABF e Corte di Giustizia: un dialogo possibile?

1. *Introduzione*

A 15 anni dal suo concreto lancio deve constatarsi come il sistema "Arbitro Bancario Finanziario" (ABF) abbia saputo rispondere alle non poche sfide del tempo, senza rinunciare ai propri tratti genetici essenziali[1]. Anzi, l'ABF è divenuto, per molti versi, l'archetipo cui si sono ispirati *medio tempore* gli ADR istituiti da altre autorità di settore al fine di favorire la risoluzione stragiudiziale delle liti nei mercati regolati, segnatamente in materia di servizi di investimento[2] e, più di recente, in quella dei contratti assicurativi[3].

[1] Le opinioni espresse nel presente contributo sono riconducibili esclusivamente all'autore e non riflettono in alcun modo la posizione dell'Istituto di appartenenza. Si ringrazia il dott. Umberto Rosa per il confronto e per il contributo di ricerca bibliografica.

[2] Il riferimento è all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), previsto dal decreto legislativo n. 130 del 2015 in attuazione della direttiva comunitaria 2013/11/UE e implementato dalla Consob con la delibera n. 19602 del 4 maggio 2016. Similmente all'ABF, *mutatis mutandis*, si tratta di uno strumento di risoluzione delle controversie tra investitori *retail* e intermediari finanziari, attivabile in caso di violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione che gravano sugli intermediari nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio. Recentemente, la Consob ha riformato l'operatività dell'ACF con la delibera n. 21867 del 26 maggio 2021 con la quale sono state apportate modifiche al regolamento ACF, avvicinandone struttura e strumenti a quelli a disposizione dell'ABF.

[3] Con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy 6 novembre 2024, n. 215 è stato istituito l'Arbitro Assicurativo e sono state emanate, in attuazione dell'articolo 187.1 del codice delle assicurazioni private, le regole di svolgimento dei procedimenti dinnanzi allo stesso. L'articolo 13 del succitato regolamento ministeriale demanda all'IVASS l'adozione di disposizioni tecniche e attuative di dettaglio in materia di: i) adesione all'Arbitro Assicurativo; ii) procedura di selezione

2. *Il* proprium *giuridico dell'ABF*

Al netto di aggiustamenti e affinamenti via via innestati sul tessuto originale, soprattutto in tema di competenza temporale e per valore dell'ABF, strutturazione interna dell'organo decidente (con l'introduzione del collegio di coordinamento e con la messa in funzione di nuovi collegi territoriali), concreta esplicazione del contraddittorio nelle diverse fasi in cui si articola la procedura di ricorso all'ABF – sono rimasti immutati negli anni i caratteri fondativi del sistema[4], tra i quali si vuole qui rimarcarne tre in particolare:
i. l'autonomia dell'organo decidente rispetto alla Banca d'Italia, la quale ne nomina i componenti, senza che tuttavia si stabilisca tra quest'ultimi e l'Autorità un rapporto di immedesimazione organica, stante l'irriducibilità dell'attività decisoria dispiegata dai collegi alle funzioni assegnate dalla legge alla Banca d'Italia;
ii. il meccanismo di tipo reputazionale previsto a garanzia del tempestivo adempimento delle decisioni dell'organo decidente dell'ABF;

---

e nomina dei componenti del collegio; iii) modalità tecniche ed operative di svolgimento delle riunioni del collegio; iv) attività della segreteria tecnica; v) adempimenti per la presentazione del ricorso all'Arbitro Assicurativo; vi) adempimenti successivi alla decisione; vii) pubblicità dell'inosservanza della decisione.

[4] La dottrina sull'Arbitro Bancario Finanziario è ormai alquanto vasta. Senza alcuna pretesa di completezza, si ricordano, specie tra i più recenti: A. TUCCI, *L'arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione* in *Liber Amicorum Guido Alpa*, 2019; S. COTTERLI, *ABF e tutela del cliente bancario*, in *Banca Impresa Società* n. 2/2019, p. 307-318; R. CARLEO, *L'arbitro Bancario Finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzione*, 2019; G. LIACE, *L'arbitro Bancario Finanziario*, Torino, 2018; G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro Bancario Finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012; F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società* Vol. 30, n. 1, 2011), p. 83-91. Per una panoramica dell'evoluzione delle ADR in ambito bancario/finanziario: C. TABARRINI, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 1/2018, p. 239-262; E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, p. 660 ss.; M. PELLEGRINI, *Alternative Dispute Resolution in Italian Banking and Finance: Evolution and Goals*, in D. SICLARI (a cura di), *Italian Banking and Financial Law*, vol. IV, *Palgrave Macmillian*, 2015, p. 131 ss.

iii. la relazione di reciproca indipendenza, non già di indifferenza, tra l'attività decisoria dei collegi ABF e la vigilanza di tutela, anche di tipo regolamentare, affidata alla Banca d'Italia.

In estrema sintesi, in relazione ai tre punti evocati, acquista rilievo pregnante la circostanza che – diversamente rispetto a quanto può dirsi con riferimento ad altre autorità amministrative di controllo o di regolazione[5] – tra i compiti conferiti dalla legge alla Banca d'Italia non rientra quello di dirimere le controversie tra clienti e intermediari.

L'art. 128-bis del TUB – che *in subiecta materia* costituisce disposizione di vertice – si limita invero, secondo una consolidata tecnica delegificante, a riconoscere alla Banca d'Italia, con riferimento alla materia dei "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie" tra la clientela e gli intermediari soggetti alle disposizioni del Titolo VI del Testo Unico, un potere di proposta nei confronti del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) ai fini dell'adozione della relativa normativa secondaria, cui è rimessa la determinazione dei "*criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati*" e che al tempo stesso sia garantita "*la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*". Quanto alla Delibera del 29 luglio 2008 n.

[5] Si pensi all'Autorità di regolazione dei trasporti, la cui norma istitutiva (art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214 e s.m.i.) le assegna, *inter alia*, il compito di "*definire, in relazione ai diversi tipi di servizio e alle diverse infrastrutture, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto e* [di] *dirimere le relative controversie*" (cfr. comma 2, lett. e), delegandola a disciplinare, *"con propri provvedimenti, le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie* (..) *mediante procedure semplici e non onerose anche in forma telematica*" (cfr. comma 3, lett. h). Analogamente presso l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) si svolgono le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra clienti/utenti e operatori/gestori dei mercati regolati in forza di quanto previsto dall'art. 2, comma 24, della legge 481/1995 (che espressamente fa riferimento ai "*criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il Servizio*") e dall'art. 141, comma 6, lettera c), del Codice del consumo, che ha rimesso direttamente ad ARERA la disciplina del meccanismo ADR.

275 assunta dal CICR sulla base di detta delega, essa individua la Banca d'Italia quale autorità cui è affidata l'attività di avvio e di supporto organizzativo del sistema ABF, nonché la definizione delle regole di dettaglio per il suo funzionamento.

Viceversa, la cennata normativa secondaria riserva in modo esclusivo all'organo decidente, *i.e.* ai collegi, la competenza ad adottare in piena indipendenza – con riferimento a ciascun ricorso – la decisione (cfr. Delibera CICR, art. 6; v. anche Disposizioni applicative adottate dalla Banca d'Italia, Sezione VI, § 2 e 3). Al solo organo decidente spetta altresì pronunciarsi sull'eventuale richiesta di correzione della decisione che fosse presentata dal cliente o dall'intermediario, a fronte di omissioni o errori materiali o di calcolo della pronuncia (cfr. Disposizioni applicative, Sezione VI, § 5). Sempre ai collegi è rimessa la valutazione dell'eventuale inadempimento dell'intermediario alla decisione precedentemente assunta nei suoi confronti, cui consegue la necessaria pubblicazione dell'inottemperanza sul sito web dell'ABF nonché su quello dello stesso intermediario inadempiente (cfr. Disposizioni applicative, Sezione VI, § 4).

Del resto, le decisioni dei collegi ABF – in quanto prive di esecutorietà e dunque giuridicamente inidonee a produrre *ex se* effetti sulle situazioni giuridiche attive/passive dei soggetti litiganti – difettano all'evidenza delle caratteristiche minime per poter essere reputate espressione dell'esercizio di un qualsivoglia potere pubblico attribuito a un'autorità amministrativa. A ulteriore conferma di tale conclusione rileva altresì la considerazione che le decisioni dei collegi ABF non si riflettono nell'azione di vigilanza di tutela della Banca d'Italia alla stregua di fonte di orientamento privilegiata, men che meno cogente; come espressamente puntualizzato dalle disposizioni applicative dell'ABF (Sezione I, § 1), gli esiti di dette procedure stragiudiziali integrano "*il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo*", al pari di altri formanti esterni all'autorità, la cui autonomia di valutazione nel merito e di conseguente azione rimane piena.

Ciò, d'altro canto, non significa postulare l'estraneità delle decisioni dei collegi ABF al sistema dei presidi della vigilanza di tutela: senza pretesa di esaustività, basti rammentare che, a norma delle medesime disposizioni applicative dell'ABF (cfr. Sezione VI, § 1), gli

intermediari vigilati sono chiamati a considerare il diritto vivente dell'Arbitro Bancario Finanziario nella trattazione dei reclami formalizzati dalla propria clientela e che, in virtù della normativa in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari nonché di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti (cfr. Provvedimento della Banca d'Italia del 29.7.2009 e s.m.i., Sezione XI, § 3, ult. capoverso) il responsabile della funzione reclami di ciascun intermediario vigilato deve dar conto nella relazione annuale sui reclami delle "*pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'autorità giudiziaria che hanno definito in senso favorevole ai clienti questioni oggetto di precedente reclamo, ritenuto infondato*". Si tratta all'evidenza di meccanismi riconducibili al paradigma ormai classico del "*comply or explain*"[6], i quali non avrebbero ragion d'essere ove le decisioni ABF fossero espressione dell'esercizio di un potere pubblicistico della Banca d'Italia.

Del resto, in base alla normativa di riferimento, in capo a Banca d'Italia insistono funzioni diverse da quella di risoluzione extragiudiziale dei ricorsi e segnatamente funzioni: - di carattere normativo per l'implementazione del sistema ABF; - di nomina dei membri dei collegi, a garanzia della loro professionalità e reputazione; - di valutazione del rispetto da parte di detto sistema ADR dei requisiti di qualità prescritti dalla direttiva UE/2013/11; - di informativa al pubblico sulle attività svolte dall'Arbitro; - di natura ausiliaria, attraverso anzitutto il servizio di segreteria tecnica dei collegi.

In definitiva, il sistema ABF incorpora una precisa opzione normativa: quella di non riunire in capo a un medesimo soggetto

[6] Il meccanismo del *comply or explain* trova il suo originario sviluppo nell'ambito della *corporate governance*, dove si è affermato come alternativa all'imposizione di regole vincolanti, con il fiorire dei c.d. codici di condotta o di autoregolamentazione. Successivamente, questo strumentario ha avuto un ruolo di particolare rilievo anche nel contesto della vigilanza finanziaria europea. Invero, per le agenzie europee del settore bancario/finanziario (le c.d. ESAs), soprattutto a motivo dei limiti imposti dalla dottrina Meroni, il *comply or explain* ha rappresentato un mezzo di compensazione a fronte dei limitati poteri coercitivi inizialmente attribuiti loro (v. R. BÖTTNER, "*The comply-or-explain mechanism in the European Supervisory Authorities, or: Does Meroni allow nudging?*" in *The Legal Effects of EU Soft Law. Edward Elgar Publishing*, 2023 p. 176-192; K. SERGAKIS, "*Deconstruction and reconstruction of the comply or explain principle in EU capital markets*", in *Accounting, Economics and Law-A Convivium* 5.3 (2015), p. 233-288.).

istituzionale la funzione di vigilanza su determinati operatori di mercato e l'attività di decisione extragiudiziale delle liti tra detti operatori e i loro clienti.

L'esperienza empirica di questi 15 anni di operatività non restituisce elementi che giustifichino un ripensamento della cennata opzione, la quale attiene alle fondamenta del sistema in discorso.

Ciò, d'altra parte, non equivale a predicare l'immodificabilità dell'ABF e delle sue modalità di funzionamento.

3. *Tre possibili linee evolutive*

Sotto questo profilo, esistono – ad avviso di chi scrive – almeno tre fattori attualmente limitativi delle potenzialità dell'ABF, i quali meriterebbero una riflessione in chiave evolutiva delle regole e prassi ordinanti l'ADR in esame. Ci si limiterà qui a farne un cenno, nella consapevolezza di non poterne fare oggetto di una trattazione organica

3.a. *Le barriere procedurali ai ricorsi delle imprese*

La prima area di potenzialità inespressa dell'ABF – rispetto alla quale le norme di funzionamento del sistema sembrano giocare un ruolo non del tutto marginale – pare indubbiamente quella dei ricorsi delle imprese, intese come soggetti non consumatori. I dati annualmente pubblicati dalla Banca d'Italia nella relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario attestano come il contenzioso della specie sia sottodimensionato rispetto a quello riconducibile ai consumatori[7]. Che vi sia uno spazio di tutela inespressa sembra ricavarsi da un altro dato ufficiale pubblicato dalla Banca d'Italia*, i.e*. quello afferente i c.d. esposti inviati all'Autorità da non consumatori per segnalare criticità nei loro rapporti con intermediari vigilati: per quanto gli esposti della specie si mantengano su livelli inferiori a quelli presentati dai consumatori, la percentuale dei primi sul totale è significativamente

[7] Come risulta dalle appendici statistiche alle relazioni annuali relative al 2022 e al 2023, negli anni 2021, 2022 e 2023 i ricorsi delle imprese, rispetto al totale, hanno costantemente rappresentato una percentuale intorno al 5%. Solo il 4 per cento dei ricorsi ricevuti nel 2023 è stato avanzato da non consumatori: come riferito nella relazione, tra le aziende ricorrenti la maggior parte risulta essere di ridotta dimensione, con un numero di addetti inferiore a dieci nell'84 per cento dei casi.

maggiore rispetto al peso dei ricorsi delle imprese nel contesto ABF[8].

Al riguardo, è appena il caso di rammentare che, diversamente dalla regolamentazione di matrice UE, la normativa italiana in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti e contratti bancari è stata concepita con l'ambizione di introdurre un livello generale di tutele e presidi a favore dei clienti di banche e intermediari vigilati, indipendentemente dalla loro qualificazione alla stregua di consumatori, sul presupposto che nei rapporti/contratti bancari le asimmetrie tra le parti ben si possono generare anche a detrimento di soggetti che operano per scopi professionali. Quanto poi alla normativa sui servizi di pagamento e segnatamente sulle tutele azionabili dagli utenti di detti servizi, essa – anche a livello UE[9] – è storicamente improntata a un approccio non vincolato alla nozione rigida di consumatore.

Ciò detto, ci si limita a osservare come almeno due fattori, connessi a regole di funzionamento delle procedure ABF, potrebbero concorrere all'accentuazione di questo "effetto depressivo" del contenzioso delle imprese innanzi all'ABF: i) il limite di competenza per valore, fissato a 200mila euro in via generalizzata per qualsivoglia domanda diretta a ottenere una condanna dell'intermediario, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva del ricorrente; ii) ma soprattutto il tipo di istruttoria esplicabile nella procedura dinnanzi all'ABF, che non contempla la possibilità di disporre la consulenza tecnica d'ufficio.

Ora se è vero che l'espletamento di una CTU incide inevitabilmente sui tempi della procedura di risoluzione della lite, va del pari considerato che i vincoli rivenienti dalla direttiva 2013/11/UE quanto a durata massima del procedimento stragiudiziale[10] trovano applicazione

[8] Dalla relazione della Banca d'Italia sugli esposti relativa all'anno 2023 risulta che le segnalazioni delle imprese hanno rappresentato il 16% del totale. Percentuali ancora più alte sono state registrate negli anni immediatamente precedenti: 20% nel 2022, 22% nel 2021.

[9] Basti qui rammentare che l'art. 38 della direttiva (UE) 2015/2366 (PSD2) espressamente chiarisce che gli Stati membri possono applicare le disposizioni del titolo III della direttiva, relativo alla trasparenza delle condizioni e ai requisiti informativi per i servizi di pagamento, "*alle microimprese così come ai consumatori*".

[10] V. art. 8 della direttiva 2013/11/UE (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori), trasposto nell'ordinamento domestico attraverso l'art. 1 del d.lgs. 130/2015, che ha introdotto l'art. 141-quater all'interno del Codice del consumo. Segnatamente l'art. 141-quater, comma 3, del ridetto Codice prescrive che

con riferimento alle sole controversie dei consumatori, non già a quelle delle imprese, che invero risentono sovente di un più marcato livello di complessità, anche tecnica. Né sembra caratteristica essenziale dell'ABF quella dell'assoluta identità di procedura a prescindere dalla qualificazione soggettiva del ricorrente, come consumatore ovvero come non consumatore, tanto più che già la vigente normativa contempla in proposito un'asimmetria, sia pur limitatamente al profilo della composizione del collegio decidente[11].

3.b. *Una possibile lacuna: il ricorso rappresentativo degli interessi di una pluralità di consumatori.*

Un secondo possibile aspetto di rimeditazione in chiave evolutiva attiene all'insieme delle regole, anch'esse di tipo organizzativo-procedurale, che attualmente limitano la possibilità di introdurre davanti all'ABF una vera e propria *mass-litigation*, a fronte di condotte non conformi alle regole riflessesi in modo uniforme su una pluralità di clienti.

Recentemente l'ordinamento nazionale, a fini di allineamento alla disciplina UE, ancora una volta, di ispirazione consumeristica (direttiva UE n. 2020/1828), si è dotato della c.d. azione rappresentativa degli interessi dei consumatori, da proporre dinnanzi all'autorità giurisdizionale. In particolare, con il consueto obiettivo di contribuire al funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, il legislatore dell'Unione ha previsto che sia consentito a enti legittimati, all'uopo designati dagli Stati membri, di proporre azioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori al fine di ottenere da autorità amministrative o giurisdizionali nazionali provvedimenti inibitori e/o risarcitori nei confronti di professionisti che violino o risultino aver violato

le procedure ADR si concludano entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento del fascicolo completo della domanda da parte dell'organismo ADR.

[11] In particolare, a norma delle Disposizioni applicative adottate dalla Banca d'Italia, quando il ricorso è presentato da un consumatore, il collegio decidente consta di un componente nominato dall'autorità, ma designato dal CNCU (Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti). Viceversa, allorquando il ricorrente sia un'impresa, partecipa al collegio un componente designato da associazioni rappresentative del settore imprenditoriale.

disposizioni del diritto dell'Unione (e, nel caso di direttive, della relativa legislazione nazionale di trasposizione) tra quelle puntualmente elencate nell'allegato alla direttiva medesima: all'interno del quale rientrano non solo la direttiva 2002/65/CE, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, le direttive sul credito ai consumatori (CCD, ora CCD2, e MCD), la direttiva PAD, ma anche la direttiva (UE) 2015/2366, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. PSD2). In sede di trasposizione, il legislatore italiano, con il D.lgs. n. 28/2023, ha disciplinato l'azione rappresentativa degli interessi collettivi dei consumatori come uno speciale strumento processuale costruito sul paradigma del "*procedimenti collettivi*" ex artt. 840-*bis* e ss. del codice di procedura civile, con talune deviazioni sulle quali non è qui essenziale soffermarsi[12].

Ciò che, infatti, in questa sede, preme osservare è che l'ABF non conosce, allo stato, soluzioni procedurali analoghe, che consentano cioè la presentazione di ricorsi da parte di enti esponenziali, all'uopo legittimati, finalizzati a ottenere una tutela compensativa a favore di un gruppo di consumatori.

Ora, quando un intermediario – a dispetto dei presidi organizzativi vigilati dalla Banca d'Italia, anche sul versante della c.d. *product governance* – costruisca e/o distribuisca sul mercato un prodotto/servizio bancario o di pagamento difettoso (*i.e.* non conforme alle regole di riferimento) e il difetto ridondi in modo diffuso e omogeneo su una vasta platea di soggetti, la moltiplicazione di ricorsi individuali da parte dei singoli clienti incisi da quel difetto non sarebbe efficiente e non lo sarebbe neppure ove avvenisse sotto forma di una pluralità di ricorsi all'ABF.

Potrebbe obiettarsi che l'esempio testé evocato si colloca in un campo che non è propriamente quello di elezione dell'ABF, e più in generale degli ADR, quanto piuttosto delle autorità di controllo. Potrebbe, in tal senso, notarsi che la Banca d'Italia già dispone di poteri

[12] Per un approfondimento sulle azioni rappresentative dei consumatori, cfr. in dottrina, *ex multis*, G. DE CRISTOFARO, *Azioni rappresentative e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto alla approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 2022, p. 1010-1051.

inibitori/restitutori diretti a contrastare la propagazione di simili difetti di produzione/distribuzione[13]. D'altro canto, va rammentato che il *public enforcement* di cui al Titolo VI del TUB è subordinato, *inter alia*, all'accertamento di una o più violazioni delle regole dettate dal medesimo Titolo o comunque dalla relativa normativa secondaria implementativa; viceversa restano al di fuori del raggio di azione di detti poteri quelle violazioni massive – cui la direttiva UE n. 2020/1828 pure ha riguardo – afferenti regole diverse da quelle suindicate ma che ben potrebbero affliggere la contrattazione relativa a servizi bancari o di pagamento: basti pensare alle disposizioni in tema clausole abusive (direttiva 93/13/CEE).

E' indubbio che anche in quest'ultima materia la tutela amministrativa sia stata nel tempo rafforzata in capo all'AGCM[14]: d'altro canto, ciò non sembra deprivare di valenza il *private enforcement* che ben si potrebbe concretizzare innanzi all'ABF, prima ancora che in sede giurisdizionale. Del resto, i poteri dell'AGCM in tema di clausole abusive, per quanto ampi, non hanno una diretta finalità compensativa dei consumatori in ipotesi danneggiati dalla violazione massiva, sicché un'eventuale tutela compensativa di tipo collettivo, se non adeguatamente somministrata dall'Arbitro, non potrebbe che trovare soddisfazione attraverso la via giurisdizionale: il che però si tradurrebbe in un esito sub-ottimale, in quanto aprioristicamente rinunciatario rispetto alle potenzialità che l'ABF potrebbe, almeno in teoria, esprimere pure in detto contesto, previo adeguamento delle sue regole di funzionamento.

In altre parole, non parrebbe immeritevole di valutazione, in chiave prospettica, l'opzione di contemplare, anche a livello di *framework* ABF, la possibilità del ricorso introdotto *ab origine* da uno o più enti rappresentativi degli interessi dei consumatori, al ricorrere di condizioni di ammissibilità non dissimili a quelle stabilite dalla legge

[13] Sui poteri in questione cfr., da ultimo, L. ROBUSTELLA, *Misure preventive e restitutorie nell'ambito della vigilanza di tutela*, in "A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti dei workshops", in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 99, febbraio 2024, p. 251 e ss. Sia altresì consentito rinviare a S. MONTEMAGGI, *La vigilanza di tutela della Banca d'Italia: il disegno sistematico del TUB alla prova della legislazione UE*, *ibidem*, p. 235 e ss.

[14] Si fa riferimento alle competenze e ai poteri assegnati all'AGCM a norma degli artt. 27, 27-quater, 37-bis, 66 e 144-bis del Codice del Consumo (d.lgs n. 206/2005).

traspositiva della direttiva 2020/1828, pur avendo ben presenti i non insignificanti aggiustamenti che ciò imporrebbe sui rodati meccanismi ABF[15]; a partire da quello relativo alla composizione del collegio decidente, nel quale è attualmente previsto sieda – in caso di ricorso di un consumatore – un componente designato dalle associazioni consumeristiche: soluzione quest'ultima all'evidenza difficilmente conciliabile col principio di imparzialità a fronte di un ricorso introdotto da un ente rappresentativo riconducibile direttamente al mondo associativo dei consumatori.

3.c. *ABF e Corte di Giustizia: un dialogo impossibile?*

Venendo al terzo fattore di criticità, esso oggettivamente si appalesa – in un ideale crescendo – di gran lunga più sfidante rispetto ai due già passati in rassegna. Il limite in questione attiene all'assenza, ad oggi, di meccanismi concretamente testati di dialogo diretto tra l'ABF e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quale giudice chiamato a risolvere in via definitiva i dubbi interpretativi afferenti la normativa UE, oltre ovviamente quale unico giudice titolato a pronunciarsi, anche in via incidentale, sull'eventuale invalidità delle disposizioni di fonte UE e più in generale sugli atti delle istituzioni o agenzie dell'Unione.

L'avvio delle attività dell'ABF risale a un momento storico (era l'anno 2009) in cui i contratti bancari erano in larga misura governati da norme di diritto domestico, eccezion fatta per la direttiva 93/13/CEE

[15] Del resto, nell'ambito del trilogo attualmente in corso per la revisione della direttiva 2013/11/UE (sugli ADR dei consumatori), pare ampiamente condivisa la consapevolezza circa la necessità di promuovere il raggruppamento (c.d. *bundling*) di casi simili in un'unica procedura, in quanto funzionale a una maggiore efficienza nella risoluzione stragiudiziale delle liti. Già la proposta iniziale della Commissione (proposta del 17.10.2023: Doc. n. 14434/23 + all. COM(2023) 649 final) prelude a una sorta di procedura ADR collettiva: segnatamente l'articolo 5, paragrafo 2, lettera d) – nel testo proposto dalla Commissione – impegna gli Stati membri a garantire che gli organismi ADR "*possano raggruppare casi analoghi nei confronti di un professionista specifico in un'unica procedura, a condizione che il consumatore interessato ne sia informato e non vi si opponga*". Il Consiglio, nella posizione pubblica adottata il 20.9.2024 (Doc. n. 13398/24), va oltre, proponendo di semplificare il meccanismo di raggruppamento dei ricorsi attraverso l'eliminazione della condizione relativa al consenso del singolo consumatore interessato (cfr. par. 12 della posizione).

sulle clausole abusive; la PSD (*Payment Services Directive*) era appena comparsa sulla scena e sarebbe stata recepita in Italia nel marzo del 2010.

Per comprendere quanto il contesto normativo di riferimento sia radicalmente mutato basti considerare che nel giugno 2023 la Commissione ha presentato una proposta di regolamento sui servizi di pagamento (c.d. PSR), da adottarsi ai sensi dell'art. 114 TFUE, la quale aspira a introdurre regole uniche e direttamente applicabili, anche nei rapporti orizzontali, per quanto concerne i diritti e gli obblighi degli utenti e dei fornitori dei servizi di pagamento. Il testo adottato, in prima lettura, dal Parlamento UE nell'aprile 2024 conferma questo disegno ambizioso. Il PSR condivide molti obiettivi con la PSD3, come il contrasto alle frodi, la tutela dei consumatori, la parità di condizioni tra operatori e il miglioramento dell'accesso al contante e all'*open banking*, ma ha carattere direttamente applicabile per garantire massima uniformità, anche nell'*enforcement*, a livello di Unione[16].

Quanto alla materia dei contratti di finanziamento, su di essa insistono oggi due direttive specificamente dedicate: la *consumer credit directive* (CCD2) nonché la *mortgage credit directive* (MCD): la prima di recentissima emanazione a seguito di revisione della previgente versione. A un livello più trasversale si colloca, la direttiva n. 2023/2673, destinata a prendere il posto dell'abrogata direttiva 2002/65/CE, riguardante i contratti di servizi finanziari conclusi a distanza.

Va da sé che in dette materie le sentenze interpretative della Corte di Giustizia – già oggi a livelli più che considerevoli (basti pensare che i rinvii pregiudiziali vertenti sulla normativa di "*consumer protection*" hanno rappresentato nel 2024 il sotto-insieme più numeroso, dopo quelli in tema di "*freedom, security and justice*"[17]) – siano destinate ad assumere un rilievo sempre maggiore.

Tanto più che, in prospettiva, il diritto UE dovrebbe auspicabilmente

[16] In conformità con la procedura legislativa ordinaria ex art. 294 TFUE, il PSR è attualmente in sede di discussione presso il Consiglio dopo l'approvazione in prima lettura da parte del Parlamento europeo (v. EUR-Lex - ST_10664_2024_INIT - EN - EUR-Lex). Al medesimo punto del processo legislativo si trova anche la PSD3 (v. EUR-Lex - 52023PC0366 - EN - EUR-Lex).

[17] Cfr. CGUE, *Annual Report 2024 - Statistics concerning the judicial activity of the Court*. Si veda, in particolare, la tavola a p. 18-19.

evolvere anche in questo settore verso regole sempre più armonizzate, *rectius* uniformi, da introdursi ai sensi dell'art. 114 TFUE preferibilmente a mezzo di regolamento (non già di direttiva)[18], e con un orizzonte applicativo non confinato ai soli contratti dei consumatori o ai soli rapporti di finanziamento.

In un simile scenario, profondamente trasformatosi rispetto a quello delle origini, l'assenza di un canale di dialogo diretto tra l'ABF e la Corte di Giustizia, tramite il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, è fattore che con ogni evidenza limita le potenzialità del primo.

Orbene, si è dell'avviso che la nozione autonoma di giurisdizione nazionale elaborata dalla Corte di Giustizia non precluda, in via assoluta, la possibilità di arrivare a ricomprendervi un sistema come quello dell'ABF, subordinatamente all'adozione e implementazione di una serie di affinamenti, che tuttavia non sembrerebbero incompatibili con i tratti genetici essenziali dell'Arbitro.

In proposito, va ricordato che, secondo una costante giurisprudenza della CGUE, per valutare se l'organo di rinvio costituisca una "giurisdizione" ai sensi dell'articolo 267 TFUE – questione rientrante unicamente nel diritto dell'Unione – la Corte tiene conto di un insieme di elementi: 1. quali l'origine legale di tale organo; 2. il suo carattere permanente; 3. l'obbligatorietà della sua giurisdizione; 4. lo svolgimento in contraddittorio dei procedimenti dinanzi ad esso; 5. l'applicazione da parte dell'organo di norme giuridiche; 6. la sua indipendenza[19]. Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi a loro è pendente una lite e se essi sono stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale[20]. La legittimazione di un

[18] Cfr., in proposito, le considerazioni svolte dal Governatore della Banca d'Italia, Fabio Panetta, l'11.12.2023 nel suo indirizzo di saluto al convegno giuridico, organizzato dal Servizio Consulenza Legale dell'Istituto, "*A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): the test of time*" (testo disponibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2023/Panetta-11.12.2023.pdf: v. p. 3 e ss.).

[19] V., in tal senso, CGUE, sentenze del 30 giugno 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, pag. 395; ordinanza del 26 novembre 1999, RAI, C-440/98, EU:C:1999:590, punto 11, sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 51.

[20] V., in tal senso, CGUE, ordinanze del 5 marzo 1986, Greis Unterweger, 318/85, EU:C:1985:106, punto 4, e del 26 novembre 1999, RAI, C-440/98, EU:C:1999:590,

organo a rinviare alla Corte di Giustizia è quindi ricostruita alla luce di criteri tanto di tipo strutturale, quanto di tipo funzionale.

Si potrebbe opinare che l'ABF abbia già, almeno *in nuce*, caratteristiche in grado di renderlo conforme ai requisiti *sub* 1), 2), 4), 5) e 6), con l'avvertenza che una recente pronuncia della CGUE (sentenza 7 maggio 2024, nella causa C 115/22) ha ribadito una declinazione particolarmente stringente del requisito di indipendenza, qualificando l'inamovibilità dei membri dell'organo decidente quale presupposto imprescindibile dell'indipendenza, sicché la rimozione del membro deve essere riservata a casi eccezionali, qualora cioè il soggetto sia del tutto inidoneo a continuare a esercitare le funzioni a motivo di un'incapacità o di una grave violazione, nel rispetto di procedure appropriate stabilite da norme aventi origine legale.

Quanto al requisito relativo alla c.d. obbligatorietà della giurisdizione, la Corte di Giustizia lo ha storicamente inteso come ostativo al rinvio pregiudiziale da parte di collegi arbitrali istituiti in virtù del mero accordo delle parti. Costituisce, invero, principio consolidato della Corte quello secondo cui "*un tribunale arbitrale convenzionale non costituisce una giurisdizione di uno Stato membro*" ai sensi dell'art. 267 TFUE, "*perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro*"[21]. Una menzione merita il caso *Dorsch Consult* (C-54/96), nel quale la CGUE, con sentenza del 17 settembre 1997 – sollecitata dalla Commissione UE a escludere la natura di giurisdizione obbligatoria con riferimento alla c.d. "Commissione federale di sorveglianza" contemplata dalla legislazione tedesca stante la natura non esecutiva delle sue determinazioni – ebbe viceversa a sottolineare che "*il ricorso alla commissione di sorveglianza è obbligatorio per far valere una violazione delle norme applicabili in materia di aggiudicazione di appalti*". Peraltro, la Corte ha altresì avuto modo di chiarire che si configura una giurisdizione

punto 12; sentenza del 19 dicembre 2012, Epitropos tou Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825, punto 19, nonché ordinanza del 25 aprile 2018, Secretaria Regional de Saúde dos Açores, C-102/17, EU:C:2018:294, punto 33.

[21] Cfr., *ex multis*, CGUE, sentenza 27 gennaio 2005, nella causa C-125/04, *Denuit*.

obbligatoria, in grado di soddisfare i requisiti per l'esperimento della procedura *ex* Articolo 267 TFUE, anche quando una delle parti possa facoltativamente attivare un determinato organo giurisdizionale, senza che l'altra possa però opporvisi[22].

Orbene, già a normativa vigente la partecipazione alle procedure ABF è obbligatoria per gli intermediari vigilati. Segnatamente, per effetto del combinato disposto dell'art. 128-bis TUB, dell'art. 2 della Delibera CICR n. 275/2008 nonché dell'art. 144, comma 4, lett. a) del ridetto Testo Unico, la mancata adesione di un intermediario al sistema ABF costituisce illecito amministrativo sanzionabile dalla Banca d'Italia. Aggiungasi che, allo stato, non è dato nell'ordinamento italiano altro sistema stragiudiziale di tipo decisorio per le controversie in materia bancaria in grado di soddisfare la condizione obbligatoria di procedibilità di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010.

Residua cionondimeno il punto problematico circa la natura delle decisioni dell'ABF, in quanto non giuridicamente vincolanti per le parti, le quali possono dunque disattenderne le conclusioni senza la necessità di impugnare la decisione o di esperire altri rimedi o procedure. Tale difetto di vincolatività parrebbe stridere con la necessità che le decisioni prese dall'organo rimettente abbiano "natura giudiziale"[23], la quale si estrinseca nella qualità di poter assumere autorità di cosa giudicata[24]. Del resto, la Corte di Giustizia non si è sin qui confrontata *ex professo* con rinvii pregiudiziali provenienti da organi le cui decisioni siano intrinsecamente inidonee a produrre effetti vincolanti in diritto.

D'altro canto, a livello teorico, non sembrerebbe del tutto senza fondamento considerare come proprio l'intervento della Corte di Giustizia possa contribuire a colmare nel caso concreto tale difetto. Infatti, se si accetta – come è pacifico – che le pronunce interpretative

[22] C-109/88, *Danfoss*, par. 7. V. più recentemente C-377/13 - *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, *Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punto 28 nonché ordinanza nel caso C-555/13, *Merck Canada*, EU:C:2014:92, punto 18 e giurisprudenza ivi citata. Nel caso *Panicello* (C-503/15), la Corte ha rilevato come punto dirimente il fatto che la competenza di tali collegi arbitrali "*pur avendo carattere facoltativo, non dipendeva, tuttavia, dall'accordo delle parti*" (v. soprattutto par. 32).

[23] V., la già citata, sentenza del 19 dicembre 2012, *Epitropos tou Elegktikou Synedriou*, C 363/11, EU:C:2012:825, punti 27 e 28

[24] V. la già citata C-503/15, *Panicello*, para 34 e giurisprudenza ivi citata.

della Corte di Giustizia producano effetti *erga omnes*, in quanto esprimono una funzione nomofilattica che incide direttamente sulla portata della norma interpretata, allora una pronuncia dell'ABF che, a seguito del rinvio pregiudiziale, fosse "traspositiva" di tale decisione della Corte con riguardo al caso concreto potrebbe dirsi dotata di un'efficacia sostanzialmente vincolante. In particolare, la decisione dell'ABF, pur non essendo formalmente obbligatoria di per sé stessa, vincolerebbe comunque le parti nella misura in cui recepisse e applicasse l'interpretazione fornita dalla Corte a seguito del rinvio pregiudiziale sollevato dallo stesso ABF. Del resto, qualora una delle parti decidesse, nell'ipotesi tratteggiata, di adire l'autorità giudiziaria, il giudice nazionale sarebbe comunque tenuto a conformarsi all'interpretazione vincolante fornita dalla Corte di Giustizia, con la conseguenza che anche la pronuncia dell'ABF "implementativa" di tale interpretazione rispetto al caso concreto verrebbe ad essere vincolante per il giudice. Per quanto non preclusa *a priori*, tale via si appalesa complessa e del tutto inesplorata.

De jure condendo, potrebbe essere allora vagliata l'opzione di prevedere legislativamente che le decisioni dell'ABF divengano vincolanti e definitive una volta decorso un certo *tempus* senza che alcuna delle parti litiganti abbia adito l'autorità giudiziaria per riproporre il medesimo *thema*[25], a ciò affiancando l'introduzione di un procedimento di omologazione, tramite ad esempio decreto del Presidente del Tribunale del luogo ove ha sede il collegio ABF decidente, avente ad oggetto la decisione ABF divenuta vincolante e definitiva, volto a dotarla di efficacia esecutiva. Con un'avvertenza: a una simile evoluzione non dovrebbe accompagnarsi la rinuncia al meccanismo reputazionale che da 15 anni assicura elevati tassi di

[25] In proposito paiono rilevanti le considerazioni svolte dalla Corte di Giustizia nel già citato caso C-555/13, *Merck Canada Inc.*, con ordinanza del 13 febbraio 2014, là dove (par. 19) per motivare in ordine alla ricevibilità del rinvio annota: "*Nel procedimento principale emerge dalla decisione di rinvio che la competenza del Tribunal Arbitral necessário non risulta dalla volontà delle parti, bensì dalla legge n. 62/2011 del 12 dicembre 2011. Quest'ultima conferisce, infatti, a tale tribunale una competenza obbligatoria a dirimere in primo grado le controversie vertenti sui diritti di proprietà industriale concernenti i medicinali di riferimento e i medicinali generici. Inoltre, se la decisione arbitrale emessa da siffatto giudice non forma oggetto di un ricorso dinanzi alla corte d'appello competente, essa diventa definitiva e ha gli stessi effetti delle decisioni emesse dagli organi giurisdizionali ordinari*".

ottemperanza alle decisioni ABF da parte degli intermediari e che, dunque, dovrebbe essere preservato, al fine di segnalare al mercato quegli intermediari che abbiano deciso di non accettare il pronunciamento dell'Arbitro, preferendo rivolgersi comunque all'Autorità giudiziaria.

Nel caso in cui l'azione dinnanzi al Giudice civile fosse poi introdotta nel termine di decadenza di cui sopra, il procedimento di cognizione potrebbe assumere – per legge – le forme del rito semplificato, ferma la facoltà per il Giudicante di disporne la conversione nel rispetto della condizionalità stabilita dalla legge medesima. E con l'ulteriore previsione che il Giudice così adito possa motivare il proprio provvedimento decisorio attraverso il rinvio *per relationem* alla pronuncia dell'Arbitro.

Considerate la maturità, l'esperienza e l'autorevolezza acquisite dall'ABF nello specifico ambito del contenzioso bancario, un simile assetto non parrebbe *prima facie* irragionevole. In definitiva, i tempi sembrerebbero maturi per una riflessione che prenda in considerazione modelli più avanzati di interrelazione sinergica tra l'ABF e la giustizia civile, così da dischiudere nel contempo la via per un possibile dialogo diretto tra l'Arbitro e il Giudice dell'Unione, a beneficio *in primis* di una sempre maggiore stabilità ed effettività degli orientamenti del primo.

UGO MALVAGNA

Gli ADR del mercato finanziario quale strumento di *enforcement* della normativa di protezione del cliente: presupposti e conseguenze

SOMMARIO: 1. Gli ADR del mercato finanziario quale strumento di *enforcement* della disciplina di tutela della clientela. – 2. Rapporto tra ADR e gli altri strumenti di *enforcement* della disciplina di tutela. – 3. (*Segue*) Linee di evoluzione. – 4. Funzioni della trasparenza e modalità di esercizio dell'attività decisoria da parte degli ADR del sistema finanziario. – 5. Il problema dell'effettività

1. *Gli ADR del mercato finanziario quale strumento di* enforcement *della disciplina di tutela della clientela*

A far data dall'istituzione dell'Arbitro per le Controversie Assicurative, la disciplina del sistema finanziario annovera oramai, lungo tutti i comparti che lo costituiscono, un sistema di *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

In punto di collocazione sistematica di tali organismi, va in primo luogo osservato che, nell'assetto attuale, essi costituiscono parte integrante e organica del più ampio apparato di *enforcement* della normativa di tutela del cliente, *sub specie* in particolare delle regole di condotta che presidiano lo svolgimento, da parte di banche (o altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito), imprese di investimento e assicurazioni, della propria attività sul mercato.

Nel presente contesto, la nozione di *enforcement* intende designare quell'articolato insieme di strumenti che ricorrono (anche) nel diritto del sistema finanziario, con funzione di "attuazione" della disciplina sostanziale di conformazione dell'agire delle imprese sul mercato.

Essi sono costituiti, anzitutto, da istituti di natura pubblicistica le sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili da parte delle autorità amministrative di settore, gli ordini inibitori (anch'essi emanabili dall'Amministrazione) di cessazione di date modalità dell'offerta e, in un caso peculiare relativo al settore bancario, di restituzione alla clientela delle somme indebitamente percepite.

Ancora, vi rientrano strumenti di natura privatistica: così, le nullità di protezione o altre forme di inefficacia di patti, la spettanza del diritto al risarcimento del danno anche, in taluni casi, in forma di penali *ex*

lege.

Infine, vanno menzionate quelle forme di tutela di natura ibrida (tra il pubblico e il privato), quali le azioni collettive, a contenuto restitutorio o inibitorio, promosse dalle associazioni rappresentative degli interessi di utenti e consumatori ovvero anche di singoli soggetti che, agendo mediante un'azione collettiva, pongano le condizioni per l'estensione dell'efficacia soggettiva del relativo giudicato all'intera classe, così rendendosi occasionalmente portatori degli interessi collettivi che trovano tutela giuridica per il tramite della nozione di «diritto omogeneo», sui cui si organizza la disciplina di recente introdotta nel codice di procedura civile.

L'assunto della pertinenza degli strumenti di ADR alla disciplina di tutela del cliente (ossia, l'essere questi strumenti parte *sostanziale* della stessa normativa di trasparenza[1]) gode, a proprio sostegno, di un chiaro argomento di ordine interpretativo, che è fornito dalla collocazione delle disposizioni istitutive degli ADR del settore finanziario.

Quanto al settore bancario, il riferimento deve andare all'articolo 128-*bis* t.u.b. (rubricato «*Risoluzione delle controversie*»), il quale, da un lato, fonda l'obbligatorietà dell'adesione da parte degli intermediari a sistemi di risoluzione delle controversie, e, dall'altro, delega il CICR a regolare «i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati», nella prospettiva di «assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela» (delega esercitata con deliberazione 275 del 29 luglio 2008, mediante il quale si è provveduto all'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario – ABF).

Dal punto di vista della *sedes*, interessa in questa sede rilevare che la disposizione in questione è collocata all'interno del Titolo VI («*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*»), Capo III («*Regole generali e controlli*») del testo unico bancario[2], nel cui contesto va segnalata in particolare la norma

[1] Su cui cfr. già A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna-Roma, 2013, 3 ss.

[2] In questo Capo si trovano altresì gli ordini di restituzione, ma non le sanzioni amministrative pecuniarie che, anche per le violazioni della normativa di trasparenza,

dell'articolo 127 («*Regole generali*»). Il primo comma di tale articolo dispone, in particolare, che «le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5 [ossia «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia»], alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela». Va notato che tale norma, declinata in termini regolativi dei parametri di esercizio delle Autorità Creditizie (alla cui nozione evidentemente non si ascrive l'ABF), viene di fatto ad esprimere, altresì, l'intrinseca *ratio legis* dell'intero Titolo, col che la collocazione dell'ABF in tale Titolo non può non essere espressione della inerenza dell'organismo agli strumenti «della trasparenza bancaria»: non in termini di regola sostanziale attinente al rapporto contrattuale, bensì di strumento servente alla massima effettività della tutela apprestata dalle regole sostanziali di tutela.

Meno cristallina ma espressiva di una struttura normativa coincidente è la disciplina dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)[3]. L'articolo 32-*ter* t.u.f. si trova infatti collocato nel capo IV-*bis* («*Tutela degli investitori*») del Titolo II («*Servizi e attività di investimento*») della Parte II dedicata alla disciplina degli intermediari, dedicato alla prestazione dei servizi, che si compone di una norma in materia di *class action*, quella istitutiva dell'ACF, il cui contenuto ricalca pressappoco quello dell'art. 128-*bis* del t.u.b. (disponendo l'art. 32-*ter* t.u.f. che «i soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza […] nonché i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»; come pure che «la Consob determina, con proprio regolamento […] i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 1 nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati»; delega poi attuata con il

sono regolate all'art. 144 t.u.b. Occorre interrogarsi sugli eventuali impatti ricostruttivi derivanti da tale collocazione.

[3] Cfr. A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR Consob»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, I, 251.

Delibera n. 19602 del 4 maggio 2016), nonché una previsione in materia di sostegno finanziario pubblico all'accesso agli ADR.

Infine, il neo-costituto Arbitro per le Controversie Assicurative (ACA)[4] è istituito dall'art. 187.1 del Codice delle Assicurazioni, unico articolo del Capo II-*bis* («*Controversie*») del Titolo XIII («*Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*»), secondo una disposizione dal tenore in sostanza omologo alle norme istitutive degli ADR in precedenza considerati. In particolare, sussiste l'obbligo delle imprese e degli intermediari assicurativi di «aderi[re] ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione», attribuendo una delega – questa volta – al MISE e al Ministero della Giustizia, su proposta dell'Autorità di settore, di «determinare i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie […], i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, nonché la natura delle controversie, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione, trattate dai sistemi di cui al presente articolo». Al riguardo, si prevede altresì che «le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela». La delega è stata esercitata dall'IVASS con Decreto interministeriale 6 novembre 2024, n. 215[5].

[4] Su cui cfr., per un primo inquadramento, F. BARTOLINI, *L'Arbitro Assicurativo: prime riflessioni sul Regolamento attuativo (d.m. n. 215/2024)*, in *Giurisprudenza Arbitrale*, 2025, 134.

[5] Va ulteriormente segnalato che tanto la norma istitutiva dell'ACF quanto la norma istitutiva dell'ACA dispongono che la disciplina di funzionamento dell'ADR deve conformarsi ai principi, le procedure e i requisiti di cui alla parte V, titolo 2-*bis*, del Codice del Consumo (rubricato «*Risoluzione extragiudiziale delle controversie*»), il quale costituisce attuazione del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori. Rileva di questa disciplina, in particolare, l'art. 141-*quater* del Codice del Consumo, che esplicita il necessario «perseguimento», da parte dell'ADR, «delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà».

2. *Rapporto tra ADR e gli altri strumenti di* enforcement *della disciplina di tutela.*

Ferma questa generale riconducibilità degli strumenti di *alternative dispute resolution* alla materia degli strumenti di *enforcement*, va però subito notato che, accostandosi al tentativo di una più profonda configurazione della loro natura, emerge un dubbio di fondo che si riconduce all'incertezza in ordine al rapporto che essi instaurano con la giurisdizione, da un lato, e con la Vigilanza, dall'altro. In effetti, l'argomento della *sedes materiae*, ora speso, fonda l'interrogativo circa il *proprium* della tutela: più precisamente, cosa aggiunga – in termini di tutela – la presenza di un ADR, a fianco delle regole sostantive e delle regole relative all'*enforcement* privatistico e pubblicistico in senso stretto.

In questa prospettiva, ci si trova di fronte a un'alternativa duplice.

E infatti, o la tutela è costituita solamente dalla mera disponibilità di uno strumento di *adjudication* ad accesso facilitato, più economico, più rapido, se si vuole anche più specializzato rispetto alla giurisdizione ordinaria.

Oppure, l'inquadramento degli ADR del mercato finanziario in termini di strumento di *enforcement* della trasparenza – per meglio dire di istituto interno alla normativa di protezione della clientela – si esprime mediante una più stringente sua strumentalità agli obiettivi di tale normativa, non solo in termini di disciplina procedimentale, ma anche in termini di *modalità di esercizio*, da parte dei Collegi, della propria funzione decisoria nelle singole fattispecie sottoposte al loro vaglio.

Ora, la prima posizione (quella che esaurisce la funzione degli stessi nel solo fatto dell'accesso all'ADR) mi sembra da rifiutarsi, anzitutto per ragioni che attengono alla stessa configurazione di fondo degli istituti in questione.

A confutazione della prospettiva meramente giurisdizionale, va in primo luogo notato che la decisione dell'ADR non è vincolante per le parti, non fonda doveri di procedere in capo all'Autorità di settore, né esprime effettivi conformativi o vincolanti su alcun organo giurisdizionale. In effetti, gli ADR in questione, seppure istituiti «in seno» ad autorità amministrative indipendenti, non vi appartengono strutturalmente e, pertanto, non ne partecipano della natura giuridica.

Ne consegue che, affinché lo strumento dell'ADR abbia una propria reale funzione utile rispetto agli scopi perseguiti dalla disciplina cui appartiene, il dato dell'accesso al procedimento è, in sé, manifestamente insufficiente.

In questa stessa prospettiva, mette conto segnalare che, quando al momento dell'istituzione dell'ABF sorse in dottrina il dibattito sulla natura e sugli effetti giuridici delle sue decisioni, due studiosi molto acuti e però guidati da una logica tutta chiusa su – e tesa a esaurirsi ne – l'orizzonte del diritto di accesso alla giustizia si trovarono «costretti» a rinvenire l'essenza dell'ABF in una funzione predittiva delle future decisioni dell'autorità giudiziaria[6] – come a dire che ciò che in ultima istanza conta è solo la decisione giudiziale in quanto suscettibile di creare un giudicato sostanziale *ex* art 2909 c.c., di tal che la funzionalità dell'Arbitro è rapportata alla sua capacità predittiva di una (futura, ipotetica) decisione di un organo giurisdizionale. Ma sembra evidente che una simile ricostruzione non coglie la realtà del fenomeno: il rispetto delle singole decisioni degli ADR da parte degli intermediari non è conseguenza di una valutazione, da parte di questi ultimi, circa l'«accuratezza» delle «previsioni» formulate dall'Arbitro, muovendosi piuttosto su altre e diverse logiche. In altri termini, non è utile pensare questi ADR come meri surrogati del contenzioso, e tanto meno come strumenti deflattivi[7].

In secondo luogo, e sempre in relazione al rapporto con la giurisdizione ordinaria, non può non darsi rilievo – ai fini qui in considerazione – all'evoluzione della legislazione e della prassi giurisprudenziale, in punto di *enforcement* della normativa di trasparenza. Questa è in orientata nel senso di fornire soluzioni volte a raggiungere un più stretto nesso tra i diversi strumenti di *enforcement* proprio al fine di conseguire un più efficace perseguimento degli

[6] C. CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1653; IIDEM, *L'"arbitrato bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, 186.

[7] Per questa ragione, risultano insoddisfacenti quelle posizioni ricostruttive che inscrivono la dimensione giuridica dei provvedimenti nell'ambito dell'attività amministrativa dell'autorità di riferimento del singolo ADR. Cfr. ad es. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, 87.

obiettivi di *policy* cui tale normativa mira. Tale evoluzione manifesta la percezione – da parte del formante legislativo e di quello giurisprudenziale, nei termini sunteggiati *infra*, n. 4 – del fatto che la mera messa a disposizione dello strumento di tutela non è sufficiente allo scopo normativo perseguito con l'istituzione dell'ADR in quanto non esprime, di per sé sola, un adeguato rapporto tra la struttura e la funzione: se l'accesso alla giustizia qui serve anche e principalmente a realizzare gli scopi della normativa di protezione del cliente (nell'ottica della *regulation by litigation*; qui, si potrebbe dire, *regulation by adjudication*) allora questi strumenti devono adeguare le loro regole di funzionamento al più efficace perseguimento di questi scopi.

Al riguardo può infatti osservarsi che il modello per così dire "generale" vigente nell'ordinamento positivo è quello della piena autonomia e separazione di ogni singolo procedimento (e quindi, sul piano degli effetti sostanziali, provvedimento) in cui si esprima l'esercizio di un mezzo di *enforcement* della disciplina, per quanto *in thesi* relativo alla medesima fattispecie, intesa come prassi d'impresa seriale. Così, dal punto di vista processuale, l'impugnazione della sanzione amministrativa segue la propria strada, mentre da parte loro i singoli giudizi civili, fondati sul medesimo presupposto di fatto posto alla base della sanzione (si pensi, ad esempio, a una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata per la deduzione, da parte di una banca, di contratti con clausole nulle per violazione della normativa di trasparenza, rispetto ai singoli procedimenti intesi ad accertare la nullità di tali clausole) continuano a fare storia a sé, sia nel rapporto tra loro sia in relazione al procedimento di impugnazione del provvedimento derivante dall'esercizio dello strumento di *enforcement* pubblicistico[8].

Tale separazione risponde a evidenti ragioni di ordine tecnico-giuridico attinenti alla disciplina processuale, e in particolare alla

[8] Cfr. Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, reperibile su *Dejure*, dove si legge che «public enforcement e private enforcement non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita». E infatti, «gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente "punitiva" ed "afflittiva" e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati», a fronte di una funzione essenzialmente riparatoria svolta dallo strumento di tutela privatistico. Col che, in definitiva, «si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti».

diversità nell'oggetto e nelle parti che corre tra i vari procedimenti, la quale osta – secondo i principi di fondo della materia processualistica e del giudicato sostanziale, che a loro volta discendono da come i diritti di difesa dei soggetti trovano sistemazione nella disciplina processuale – a una logica di propagazione di effetti.

Senonché, resta in fatto che in assenza di possibilità di coordinamento dei diversi piani processuali, è inevitabile il rischio di un comportamento sclerotico della giurisprudenza, che di per sé può risultare in un difetto di efficacia conformatrice degli strumenti di *enforcement* (o comunque in una ridotta efficacia conformatrice degli stessi). E infatti, nella misura in cui il piano dell'*enforcement* pubblicistico e di quello privatistico divergano nei contenuti precettivi che enucleano, difetta un chiaro incentivo nei confronti dell'impresa a conformarsi a una data regola.

3. *(Segue) Linee di evoluzione*

Proprio in risposta a tali problemi, nei tempi più recenti si va facendo strada – non tanto e non solo nel settore finanziario, ma altresì in altri mercati regolati dove le autorità amministrative hanno poteri sanzionatori che riguardano l'attività[9] – una diversa linea interpretativa, che interessa sia il formante legislativo (e qui il riferimento va anzitutto alla disciplina relativa al risarcimento del danno *antitrust* nelle cc.dd. azioni di "*follow on*": cfr. l'art. 7 del decreto legislativo n. 3/2017; su un diverso piano, sembra suggerire un implicito coordinamento tra lo strumento pubblicistico e quello privatistico l'art. 128-*ter*, co. 1, lett. a) t.u.b. in materia di ordini di restituzione ai clienti di somme indebitamente percepite dai clienti[10]) sia il formante giurisprudenziale

[9] Così, *inter alia*, in relazione alle sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in funzione di autorità *antitrust*) per violazione del divieto di accordi restrittivi della concorrenza rispetto alle azioni di risarcimento del danno (o di nullità dei contratti a valle), nonché in tema di accertamento di vessatorietà delle clausole dei contratti con i consumatori ai fini dell'adozione di ordini inibitori da parte dell'Autorità rispetto ai singoli contratti.

[10] Sul tema, cfr. F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, n. Suppl. n. 3 al n. 1, 2022 (2022), 2; L. ROBUSTELLA, *Misure preventive e restitutorie nell'ambito della vigilanza di tutela*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 99, febbraio 2024, 251.

(in specie con riferimento all'attribuzione di efficacia di «prova privilegiata» alle decisioni dell'AGCM, in relazione a illeciti antitrust e in relazione all'accertamento di vessatorietà di clausole contenute in contratti con i consumatori)[11].

Da qui, la suggerita emersione di un principio a spetto più ampio, ed anzi di un principio di portata generale[12], volto a fondare sul piano positivo il massimo raccordo – nei limiti consentiti dall'ordinamento – tra i diversi strumenti convergenti sulla medesima fattispecie (da concepirsi nei termini sopra descritti).

In conseguenza di ciò, se tutti gli strumenti di *enforcement*, inclusi quelli la cui esistenza è in sé non dipendente dalla normativa di trasparenza (come invece quelli del settore finanziario, per le dinamiche illustrate al par. 1 che precede), richiedono di essere «adattati» al miglior perseguimento dello scopo regolativo che vi è sotteso, non avrebbe senso sottrarvi un istituto (quale appunto l'ADR di settore) che esiste in funzione o, per meglio dire (alla luce della collocazione delle norme istitutive dei vari organismi sopra illustrata), *trova la sua ragione giustificatrice solo nell'ambito* della normativa di protezione del cliente e negli obiettivi di *policy* ivi sottesi.

4. *Funzioni della trasparenza e modalità di esercizio dell'attività decisoria da parte degli ADR del sistema finanziario*

Se si ammette la natura *normativamente necessitata* di una stretta strumentalità tra regole e logiche di funzionamento degli ADR del settore finanziario, da un lato, e scopi della normativa di protezione del cliente, dall'altro, bisogna allora interrogarsi sulle *specifiche modalità* con cui gli ADR possano e debbano contribuire al raggiungimento degli obiettivi di *policy* della normativa di trasparenza, non solo e non tanto sul piano della disciplina del procedimento, quanto piuttosto in termini di approccio alla lettura della fattispecie concreta e all'applicazione del diritto, nell'esercizio dell'attività decisoria (*adjudication*).

[11] Cass., 22 maggio 2019, n. 13846; nonché Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, entrambe reperibili su *Dejure*; con riferimento all'accertamento di vessatorietà, cfr. Cassazione 31 agosto 2021, n. 23655, in *Foro it.*, 2022, I, 1, 277.

[12] Sul punto sia consentito rimandare all'analisi condotta in U. MALVAGNA, *Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2023, Suppl. II, 140.

A propria volta, un simile interrogativo ne fonda uno di natura preliminare, e precisamente quello inteso a domandarsi quale sia o quali siano, nello specifico, l'obiettivo o gli obiettivi di tutela cui il generale operare dell'ADR deve conformarsi. Ciò rimanda, in essenza, all'identificazione delle funzioni delle normative di protezione del cliente, e più precisamente al rapporto che in esse si instaura tra la tutela del singolo cliente, da un lato, e la tutela di un dato ordine o assetto del mercato nel suo complesso, dall'altro: dove il primo obiettivo mira a fornire al singolo cliente, in via effettiva, una elevata protezione (in questa prospettiva, la tutela del cliente ha natura «finale», ossia è concepita come valore il cui perseguimento si giustifica in sé), mentre il secondo obiettivo si rapporta alla tutela del cliente in termini meramente riflessi, ossia concepisce la tutela del cliente come mero strumento per il perseguimento dell'obiettivo finale della protezione, ossia l'istituzione e il mantenimento di un dato livello di qualità complessiva del mercato.

Nella seconda prospettiva evocata, il perseguimento della tutela del cliente si presta a essere inquadrato in termini di strumento di allocazione sull'impresa di costi connessi con la *non compliance*, quando rilevata e "sanzionata" (ossia, i costi conseguenti all'attivazione degli strumenti di *enforcement*). La prospettiva della soggezione a tali «costi di produzione» artificiali, facendo leva sul parametro dell'economicità che costitutivamente definisce l'impresa, funge in essenza da incentivo verso la conformità dell'agire dell'impresa. In altri termini, la tutela del cliente è qui mero momento di verifica del rispetto da parte dell'impresa delle regole conformative dell'attività e quindi, in considerazione del fatto che il *focus* è qui naturalmente posto su condotte avente una dimensione di *larga serialità*, dell'essere l'impresa dotata sul piano generale di una organizzazione[13] adeguata al fine di

[13] Vengono cioè in rilievo i dati dell'oggettivazione organizzativa e della standardizzazione operativa che qualificano l'impresa come organismo produttivo. Tali connotati, che danno corpo alla nozione giuridica e allo statuto dell'imprenditore (l'organizzazione dell'attività *ex* art. 2082 c.c.), rispondono all'esigenza di assicurare un agire economicamente razionale dell'organismo produttivo, inteso nel senso di un agire connotato dalla permanente calcolabilità dei costi e dei ricavi dell'attività, dal che consegue possibilità di quantificare ogni azione dell'impresa in termini di rapporto costi-benefici, nel perseguimento – prima ancora della lucratività – del metodo economico. L'insieme di questi dati si esplica nella preordinazione programmatica delle modalità di estrinsecazione dell'attività, e quindi sottende

assicurare la conformità a una data disposizione o un dato insieme di disposizioni.

In sintesi, qui conta primariamente la volontà di sindacare – ed eventualmente sanzionare, ove difforme dal diritto – le scelte conformative di un prodotto o un servizio, meramente «attuate» mediante i singoli rapporti negoziali, con limitati o nulli spazi di discrezionalità rispetto alla predeterminazione che sia stata effettuata *ex ante* e in via generale rispetto a una data fattispecie a contenuto seriale o, se si vuole, una data prassi d'impresa, che si sostanzia nella predeterminazione delle modalità secondo cui l'impresa agirà in relazione a determinate circostanze di fatto ricorrenti in via seriale[14].

Se l'esistenza di questa potenziale duplicità assiologica è ben percepita nella letteratura che ha indagato la materia della trasparenza e, più in generale, della protezione della clientela, si tratta qui di comprendere se e come essa rilevi rispetto al tema delle logiche di funzionamento degli ADR qui in esame, in particolare rispetto alle modalità di esercizio, da parte degli organismi, della propria attività decisoria.

A questo riguardo, ritengo che tale nesso sussista e che, più precisamente, esso si atteggi nei termini seguenti.

In premessa, va rilevato che non vi possono essere dubbi in ordine al fatto che gli ADR in questione vadano ascritti a una prospettiva conformativa dell'agire delle imprese finanziarie alla disciplina di settore: in questo senso non può non osservarsi che l'istituzione di tali ADR in seno alle autorità di vigilanza del settore (Banca d'Italia, Consob e IVASS) ha un peso tutt'altro che marginale nella percezione degli intermediari in ordine all'esistenza di un possibile (anche se, nei

l'esistenza di una dimensione strutturale stabile dell'impresa, cioè una definizione formalizzata di ruoli, compiti e processi decisionali cioè allocativi delle risorse dell'impresa. L'organizzazione dell'attività si esprime così, all'interno dell'apparato produttivo aziendale, nella definizione di precetti interni d'azione che hanno la caratteristica della generalità (in quanto dettati in relazione a tutti gli eventi di un dato tipo).

[14] Da questo punto di vista, non sussiste peraltro una specifica differenza tra il caso in cui tale scelta di conformazione attenga alla definizione di contenuti contrattuali, ovvero si esprime nella scelta di adozione di date condotte materiali – precontrattuale, di adempimento di obblighi di prestazione, ovvero anche prive di proiezione negoziale.

fatti, non formalmente sussistente in maniera organica[15]) raccordo tra ADR e vigilanza di tutela.

Senonché, l'aspetto problematico consiste nel determinare se tale prospettiva conformativa sia *l'unica dimensione di rilevanza* dell'ADR, ossia laddove l'ADR venga reso strumento di una *esclusiva* logica di *compliance*, che inevitabilmente si rivolge alla complessiva organizzazione e azione dell'intermediario su un piano di definizione di processi e regole di azione di tratto generale, secondo una logica di vasta serialità.

Laddove si fornisse risposta positiva a tale quesito, allora tali organismi troveranno il proprio baricentro in una collocazione più prossima alla *vigilanza di tutela* e quindi saranno orientati, in essenza, a far emergere prassi seriali irregolari e fornire linee guida generali sulle stesse[16].

In tal caso, ci si dovrebbe allora interrogare se la vigente disciplina degli ADR sia del tutto coerente con tale funzione o se, piuttosto, vi siano delle aree di opportuno intervento che consentano un più efficace raccordo tra l'attività di tali organismi e l'azione della Vigilanza di tutela.

Al riguardo, vanno considerati una serie di profili disciplinari, che definiscono il «modello» di ADR positivamente esistente.

In primo luogo, in termini di organizzazione interna all'Autorità, non risultano allo stato formalizzati i rapporti tra la Segreteria Tecnica

[15] Raccordo organico che, ad esempio nel settore bancario, vada oltre la semplice circostanza per cui le Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle Controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari del 18 giugno 2009 stabiliscono tra l'altro che «le procedure interne adottate dall'intermediario devono assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami: - si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei Collegi pubblicato su internet ai sensi della sezione IV, paragrafo 2; - valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai Collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi» (Sezione VI – Procedimento e decisione, Paragrafo 1. Avvio del procedimento). Nei medesimi termini, si vedano il Par. 1 – Premessa, pag. 109, nota 1, il Par. 1-*bis* – Procedure di governo e controllo sui prodotti, pag. 110, nota 4, il Par. 3 – Reclami, pag. 123.

[16] Quindi, parafrasando i contributi di Consolo e Stella citati alla nota 6, potremmo dire che questi ADR hanno, o ci si aspetta che abbiano, una funzione "predittiva" non già delle decisioni giudiziali ma dell'azione della vigilanza di tutela.

dell'Arbitro, da un lato, e la Vigilanza di Tutela o il Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria, dall'altro.

In secondo luogo, a fronte di una torsione degli ADR verso una logica di piena strumentalità alla Vigilanza di Tutela, sorge l'interrogativo in ordine alla composizione dei Collegi. Occorrerebbe infatti interrogarsi, in questa prospettiva, circa l'opportunità di ricorrere ad arbitri che non siano funzionari della rispettiva Autorità. In effetti, il tradizionale ricorso ad esperti esterni (in particolare, ad accademici) intende segnalare una «alterità» dei Collegi rispetto all'Autorità in seno alla quale essi sono istituiti. Ma tale alterità perderebbe molto del proprio significato se agli ADR venisse in ultima istanza riconosciuta l'esclusiva funzione qui considerata.

Ancora, nello scenario qui ipotizzato, un più organico raccordo strutturale tra ADR e Vigilanza di Tutela beneficerebbe senza dubbio dell'adozione di meccanismi di vincolatività formale delle decisioni adottate dai Collegi, che invece mal si concilierebbe con la configurazione dell'ADR come «indipendente» dall'attività della Vigilanza di tutela. In questo senso, nella misura in cui la decisione dell'ADR esprime la posizione dell'Autorità, il suo mancato rispetto integra in automatico – quanto meno nella prospettiva dell'Autorità stessa – i presupposti di una violazione della normativa di trasparenza. Col che, si darebbe anche l'opportunità di realizzare un rapporto diretto tra l'esecuzione delle decisioni dei Collegi e i mezzi di *enforcement* della normativa di trasparenza, e in via segnata le sanzioni amministrative pecuniarie o gli strumenti a contenuto ripristinatorio, tra cui in specie – con riferimento al settore bancario – gli ordini di somme *ex* art. 128-*ter* t.u.b.

Infine e più in radice, una riflessione andrebbe dedicata all'approccio di fondo che dovrebbe connotare l'analisi e la decisione delle fattispecie sottoposte alla valutazione dell'ADR. In particolare, nel contesto di una ricostruzione dell'agire dei Collegi in ottica meramente regolatoria o di *compliance*, nei termini testé considerati (ossia, di rilevare e correggere fenomeni di violazione della normativa di trasparenza), l'attività decisoria dovrebbe far prevalere questa logica di standardizzazione a una logica che sia invece più attenta a valorizzare le specificità e la singolarità di ogni singola fattispecie contenziosa, secondo quello che è invece l'approccio più consentaneo alle decisioni giudiziali o arbitrali. In tale scenario, l'ADR si limiterebbe a fare

anzitutto applicazione della disciplina di settore, incluse – oltre alle fonti nazionali ed europee – le linee guida delle autorità del settore[17], avendo invece rilievo marginale se non nullo l'applicazione diretta della disciplina del diritto privato generale e, in specie, delle relative clausole generali. In altri termini, l'attività di *adjudication* sarebbe orientata alla definizione delle controversie secondo una *logica regolatoria*.

Soluzioni opposte alle tematiche ora considerate andrebbero invece fornite laddove si ritenesse che gli ADR del comparto finanziario rivestano invece, oltre alla funzione sopra descritta, una ulteriore funzione: ossia, laddove si ritenga che essi intendano costituire strumenti intesi a dotare, in ogni singola fattispecie concreta, il cliente di tutela elevata e superiore rispetto a quella in tesi ottenibile mediante l'accesso alla giustizia ordinaria.

Secondo questa prospettiva, insomma, il ruolo del meccanismo di risoluzione delle controversie attingerebbe a un duplice livello: da un lato, strumento di emersione e correzione di prassi illegittime su larga scala, dove la tutela del singolo cliente assume dimensione strumentale o riflessa (cfr. *supra*, n. 4.1); dall'altro, mezzo connotato (anche) dalla funzione di fornire al cliente un grado superiore di protezione, in modo da fungere da strumento di progressivo e costante incremento della tutela, così perseguendo, circolarmente rispetto al primo obiettivo, un obiettivo di incremento progressivo della qualità del mercato nel suo complesso.

Tale collocazione ricostruttiva, dove gli ADR restano organicamente e funzionalmente organismi che si collocano «in disparte» rispetto alle relative Autorità, risponde a mio avviso alla logica sottesa alla relativa

[17] Per un esempio di questo approccio, si veda ad esempio il concetto di «violazione massiva» di cui alla disciplina del Fondo Indennizzo Risparmiatori, istituito al fine di riconoscere un indennizzo ai risparmiatori che abbiano subito un pregiudizio ingiusto «in ragione delle *violazioni massive* degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza, ai sensi del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». Cfr. in particolare la delibera della Commissione Tecnica del Fondo Indennizzo Risparmiatori assunta nella seduta del 19 dicembre 2019, volta alla tipizzazione delle violazioni massive, reperibile su Diritto del Risparmio (https://www.dirittodelrisparmio.it/wp-content/uploads/2019/12/Linee-guida-per-la-tipizzazione-delle-violazioni-massive-TUF.pdf).

creazione (e in particolare alla creazione dell'ADR «decano», ossia l'Arbitro Bancario Finanziario), ma non sempre alla realtà degli ADR poi nel tempo affermatasi, che risulta più connotata da una logica di «normalizzazione» (se non addirittura, in taluni casi, di conservazione), che da una logica progressista.

Senonché, al fine di potere effettivamente assolvere in maniera organica e sistematica a tale ulteriore compito, occorre che sia protetta in massima misura la separazione e indipendenza dell'agire dei Collegi rispetto alla Vigilanza (come pure, a ben vedere, rispetto alla giurisprudenza, stante appunto la non vincolatività delle decisioni). In altri termini, si tratta di garantire in via effettiva la necessaria collocazione «disorganica» degli ADR, che promuova un loro agire indipendente e che non subisca la pressione e il peso derivante dall'equivoco che l'ADR «parli a nome» della Vigilanza di tutela, o che debba necessariamente esprimere posizioni allineate alla giurisprudenza dominante.

Se tale fosse la ricostruzione da prediligersi, ne conseguirebbe la necessità che le decisioni dei Collegi non si connotino per la logica regolatoria in precedenza considerata (*supra*, n. 4.3), dovendo invece essere orientate (anche) al descritto obiettivo di incremento progressivo del livello di tutela del cliente, secondo un approccio che valorizzi le specificità di ciascuna fattispecie concreta e promuova una lettura di queste fattispecie che sia programmaticamente orientata alla protezione del cliente[18].

In tale contesto, le esigenze regolatorie di conformazione cedono il passo a obiettivi di standardizzazione delle decisioni adottate dai singoli ADR, giacché la decisione del singolo caso da parte dell'organismo non può ridursi alla mera verifica dell'aderenza dell'operato dell'intermediario alle prassi generali o alle linee guida interpretative

[18] Osserva già A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 3: «mettere insieme queste due constatazioni (l'ABF è strumento di trasparenza e di competenza generale, per sé, sui contratti bancari») significa evidenziare un aspetto di importanza particolare, perché atto a fornire la chiave di approccio alla materia. Se mai lo è stata (ma così non è), oggi, comunque, la trasparenza dei contratti bancari non è semplicemente il *nomen* di insieme delle norme, più o meno sparse, che danno corpo al relativo titolo del testo unico: non è una nozione, cioè, che si identifica ed esaurisce in un simile ambito. Al fondo essa esprime, piuttosto, un modo di considerare – un modo di *leggere normativamente* – i contratti bancari».

elaborate dalle autorità di settore; essa deve piuttosto configurarsi come momento di valutazione sostanziale dell'interazione tra regole di settore, principi del diritto privato generale, condotta dell'impresa e circostanze concrete della fattispecie considerata (incluse, in particolare, le condizioni soggettive del cliente e il concreto svolgersi della vicenda fattuale alla base del contenzioso), secondo un approccio orientato alla massima protezione compatibile con l'ordinamento.

Ciò implica, tra l'altro, la necessità di integrare nella valutazione anche quegli elementi di fatto che contribuiscono a definire il grado effettivo di vulnerabilità del cliente, la sua concreta comprensione della natura del prodotto o del servizio concretamente rilevante, come pure la reale incidenza delle eventuali omissioni informative o irregolarità comportamentali dell'intermediario: esigenza di valutazione di tali elementi che, di per sé, sottrae l'attività del Collegio ad approcci totalmente «massivi».

Un simile modello di *adjudication* richiede dunque un equilibrio consapevole tra esigenze di efficienza regolatoria e finalità di protezione individuale. Equilibrio che, lungi dal tradursi in un mero tecnicismo decisionale, costituisce l'essenza stessa della funzione degli ADR come strumenti vitali dell'apparato di tutela della clientela.

In tale contesto, le esigenze regolatorie di conformazione dell'agire degli intermediari assumono rilievo non già come limite, bensì come parametro interpretativo che coesiste con – e non prevale su – l'obiettivo di assicurare la più ampia protezione possibile al cliente, in coerenza con la *ratio* che fonda, positivamente, l'istituzione stessa degli ADR.

5. *Il problema dell'effettività*

L'adozione di un modello di funzionamento degli ADR orientato al duplice obiettivo sopra delineato si confronta inevitabilmente con il tema dell'effettività, che rappresenta la sfida strutturale più rilevante per tali organismi. L'effettività della tutela non può essere misurata soltanto in termini teorici o astratti, ma deve emergere nella concreta capacità dell'ADR di costituire uno strumento realmente accessibile, utile e idoneo a incidere sul comportamento degli intermediari.

Da un lato, infatti, un organismo che offra un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito dalla giurisprudenza ordinaria

rischierebbe di vedere ridotta la propria capacità attrattiva: il cliente non avrebbe incentivo a rivolgersi all'ADR se da esso potesse attendersi una protezione più debole. Dall'altro lato, un organismo che adottasse decisioni costantemente più avanzate rispetto agli orientamenti dei giudici civili – o comunque significativamente più onerose per gli intermediari – potrebbe vedere compromessa la propria efficacia pratica, nella misura in cui gli intermediari fossero indotti a non conformarsi alle decisioni, riducendone l'impatto reale.

La tensione tra questi due poli – attrattività per il cliente ed effettiva adesione da parte dell'intermediario – non può essere risolta mediante un generico allineamento agli indirizzi della vigilanza o della giurisprudenza, poiché ciò snaturerebbe la funzione stessa degli ADR e ne ridurrebbe drasticamente la capacità innovativa.

Al contrario, tale tensione deve essere governata nel tempo attraverso la costruzione progressiva di autorevolezza e credibilità: solo un organismo percepito come tecnicamente competente, coerente nelle proprie decisioni e capace di calibrare l'intervento tutela in modo ragionevole e calibrato sulle specificità di ciascuna singola fattispecie può raggiungere un effettivo equilibrio tra esigenze di tutela del cliente e sostenibilità degli obblighi posti a carico dell'intermediario.

In definitiva, l'effettività non è il risultato di una scelta normativa astratta, ma l'esito di un processo evolutivo che richiede costanza, coerenza e capacità di dialogo istituzionale.

In effetti, operare un ADR non è un'attività meramente applicativa della norma, ma un'opera interpretativa che si colloca a metà strada tra tecnica e *policy*: un'arte, più che una scienza, che richiede la consapevolezza della delicata funzione di mediazione tra tutela individuale, qualità complessiva del mercato e "sostenibilità" dell'azione regolatoria.

MICHELA PASSALACQUA

Poteri regolatori di tutela anticipata e vigilanza correttiva*

SOMMARIO: 1. Forme anticipate di tutela nel diritto processuale. – 2. La tutela oggettiva mediante *enforcement* pubblico. – 3. La vigilanza correttiva. – 4. La vigilanza collaborativa. – 5. Sui poteri anticipatori nei mercati regolati.

1. *Forme anticipate di tutela nel diritto processuale*

L'esigenza di anticipare la tutela di interessi protetti è assai nota nel nostro ordinamento, palesandosi a fattor comune delle moderne democrazie, soprattutto allo scopo di offrire una protezione effettiva ai diritti della persona e ai valori di rilievo costituzionale, come ad esempio l'ambiente, il risparmio, la riservatezza. Il primo riscontro di questa tendenza si rinviene certamente nelle norme processuali, con riferimento in particolare agli strumenti cautelari nelle loro svariate declinazioni.

Nel diritto processuale civile si distingue – non senza ampi contrasti su confini e utilità – tra misure cautelari anticipatorie e conservative.

Solo le prime si risolvono in un'anticipazione, anche parziale, degli effetti della sentenza sul diritto cautelato.

Mentre, per le seconde, il bene cautelato non è compreso nel contenuto del diritto sostanziale da tutelare[1], ma ha natura meramente strumentale rispetto all'azione principale. Esemplificando, ciò avverrebbe, secondo taluni[2], nella revoca degli amministratori infedeli di s.r.l. chiamati a risarcire il danno arrecato alla società stessa (art. 2476, comma 3, c.c.).

---

* Il presente contributo, in una diversa versione, è destinato al Liber amicorum di Antonella Antonucci.

[1] L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 2, 790-791.

[2] Dà conto delle diverse posizioni della letteratura in tema, G. SCOGNAMIGLIO, *Azione sociale di responsabilità e revoca giudiziale degli amministratori*, in C. IBBA, G. MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, vol I, Milano, 2020, 1942 ss.

Questo dibattito di matrice processuale sulle suddette categorie dottrinali[3] è d'interesse, perché consente di aprire la riflessione sull'esistenza di strumenti di diritto sostanziale di anticipazione della tutela.

Il solo tratteggiarsi del tema sottende la crisi dei "rimedi" giurisdizionali[4]. Tanto che in ambito privatistico si sta sempre più affermando l'idea di affrontare il problema della tutela delle situazioni soggettive «in termini di incentivi ottimali e di internalizzazione delle esternalità della condotta»[5]. Ciò conduce a ritenere i rimedi civili «come tecniche di controllo del mercato, strumenti di indirizzo sociale alternativi e complementari al diritto pubblico»[6].

2. *La tutela oggettiva mediante* enforcement *pubblico*

Il contesto descritto ha finito per accrescere le aspettative di successo e, al contempo, per ampliare lo spazio di intervento della tutela oggettiva, cioè svincolata dalla dimensione soggettiva della

[3] In verità, la processualistica da tempo evidenzia la necessità di prevedere un'azione inibitoria generale e autonoma, svincolata dai presupposti cautelari, idonea a imporre al convenuto un obbligo di non fare. Un simile strumento (si pensi all'*injunction* inglese) è infatti presente in altri ordinamenti, in particolare in quelli di *common law*.

[4] Sulla distinzione tra rimedi civilistici e pubblicistici e la difficoltà di classificare gli interventi delle *Authorities* mancanti della «mediazione di un provvedimento di un'autorità giurisdizionale», A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, in questa *Rivista*, 2020, suppl. 1, 79 ss.

[5] Come ha rilevato F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, suppl. 1, 16.

[6] *Ibidem*.

controversia[7], rafforzando il *public enforcement*[8], tradizionalmente rimesso al diritto amministrativo punitivo, che però difetta di valenza preventiva in senso stretto. L'amministrazione punitiva[9] opera, infatti, mediante il ricorso successivo a sanzioni amministrative, le quali svolgono certamente anche una funzione di general-prevenzione, come del resto quasi ogni sovrastruttura giuridica sa fare, basti pensare all'istituto del risarcimento del danno.

Inoltre, l'esperienza dell'intervento pubblico di tutela è andata a rafforzarsi per impulso esterno all'ordinamento nazionale.

Nella regolazione dei mercati, lo stesso diritto europeo si è avvalso, invero, della peculiarità dei poteri delle Autorità amministrative di

[7] Per altro verso, scrive F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 14, «nel settore bancario, si assiste sempre più frequentemente ad un utilizzo dei rimedi di diritto privato per realizzare, primariamente, finalità normative, orientate cioè a garantire efficienza e competitività del mercato. Che la tutela del "diritto soggettivo" degrada a mero effetto pratico della loro applicazione. Di per sé l'affermazione è sorprendente perché rovescia la prospettiva classica che attribuisce all'autorità pubblica l'ufficio di tutelare direttamente e immediatamente interessi generali». Più in generale, sull'integrazione tra *public* e *private enforcement*, si rimanda alle interessanti riflessioni di U. MALVAGNA, Enforcement *privatistico e pubblicistico nella normativa di trasparenza*, in AA. VV., *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023):* The Test of Time, Quaderni di ricerca giuridica di Banca d'Italia, Atti dei workshops, vol. 99, febbraio 2024, 269 ss., spec. 277 ss.

[8] Con riferimento ai nuovi "superpoteri" dell'Agcm (*ex* art. 1, comma 5, d.l. 10 agosto 2023, n. 104, conv. con l. 9 ottobre 2023, n. 136), M. LIBERTINI, *Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra* public *e* private enforcement *nel diritto antitrust*, in *Diritto civile e tutela del mercato*, A. ARGENTATI (a cura di), Roma, 2024, 16, 14-15, scrive: «il diritto antitrust si allontana ulteriormente dal modello originario, strettamente punitivo, per assumere sempre più la fisionomia di uno strumento di regolazione correttiva, su base oggettiva, di disfunzioni dei mercati. Si tratta di un'evoluzione che pone problemi tecnici ed applicativi immensi, ma che, a mio parere, deve essere guardata con favore e assecondata con impegno dagli interpreti». Per approfondimenti sull'evolversi di questa tendenza che ha radici risalenti, si rinvia a A. ANTONUCCI, *Poteri vecchi e nuovi dell'Agcm nei confronti delle imprese, con particolare riferimento all'attività bancaria*, in *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle P.A. e delle imprese*, in V. DOMENICHELLI, G. ROMAGNOLI (a cura di), Napoli, 2015, 37 ss.; G. ROMAGNOLI, *I poteri conformativi ed orientativi di Agcm*, *ivi*, 11 ss.

[9] In tema, ampia e approfondita la riflessione di G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020; da ultimo, si veda anche N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024.

settore[10] di diretta emanazione comunitaria, per garantire un'attuazione del diritto eurounitario non più in chiave normativa mediante la disciplina secondaria, ma attraverso un *enforcement* prettamente pubblicistico[11] che sa affrancarsi da quello giurisdizionale, maggiormente dipendente dalle tradizioni giuridiche – culturali e costituzionali – degli Stati membri[12].

[10] Su cui si rinvia a M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, 588 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; ID., *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2020, 1, 51 ss.

[11] Su tale aspetto, in verità, la dottrina non è pacifica, nel senso che non manca chi riconduce all'alveo privatistico simili provvedimenti autoritativi, ritenendo che l'«autorità amministrativa sia titolare di poteri di intervento modellati sui tradizionali rimedi privatistici», ne dà conto A. TUCCI, *op. cit*., 82-83, richiamando L. DELLA TOMMASINA, *Violazione dell'obbligo di o.p.a. e tutela degli azionisti esterni*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2014, 761; si conforma a quest'ultima soluzione anche L. ROBUSTELLA, *Misure preventive e restitutorie nell'ambito della vigilanza di tutela*, in AA. VV., *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023)*, cit., 262. Di contro, vi è chi ha preferito parlare di «*administrative enforcement*» del diritto privato, cfr. H.W. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in *European Review of Private Law*, IV, 2015, 498, sempre richiamato da A. TUCCI, *op. cit.* Si concorda assolutamente con l'impostazione di quest'ultimo, secondo cui «All'ampliamento dei poteri e delle finalità dell'azione delle autorità amministrative corrisponde soltanto in apparenza un rafforzamento delle situazioni soggettive o, quanto meno, non nel senso "tradizionale", di tutela dei diritti su iniziativa del titolare, poiché l'autorità si trova a dover contemperare una pluralità di interessi, nell'esercizio di quello che resta pur sempre un pubblico potere».

[12] Ascrive alla fine della comitologia e alle più recenti esperienze di armonizzazione massima imposte dal diritto europeo la scelta di rimettere l'*enforcement* all'«azione delle autorità amministrative preposte al "governo" di quei mercati», A. TUCCI, *op. cit.*, 84, il quale aggiunge «La crescente attribuzione alle autorità di vigilanza di strumenti di *enforcement* modellati su quelli tradizionalmente affidati alla tutela civilistica – non soltanto di carattere inibitorio, e con una tendenza espansiva, verso modelli di tutela collettiva – assume, dunque, un diverso significato, se inquadrata nel contesto di una strategia di politica del diritto, volta a contrastare le tendenze "centrifughe" dei singoli Stati membri».

3. *La vigilanza correttiva*

Sebbene in un quadro ancora piuttosto frammentario, sta così emergendo una tutela anticipatoria rispetto a quella civilistica, peraltro diffusasi anche in altri ordinamenti[13], o – come autorevole dottrina ha scritto – una "vigilanza di tutela"[14].

Detta cura anticipata, a mio avviso, concettualmente si affianca alla risoluzione alternativa della controversia (*Alternative Dispute Resolution* ADR)[15] che pure muove dalla crisi della giustizia ordinaria e dal rafforzarsi del diritto europeo[16], condividendo con essa alcuni presupposti correlati all'effettività.

Volendo cercare di ancorare il ragionamento alle categorie giuridiche, gli strumenti di vigilanza correttiva si manifestano talvolta in provvedimenti anticipatori del tradizionale rimedio risarcitorio e del più generale controllo giurisdizionale, sovente sono invece espressione

[13] Si pensi al sistema americano fondato nel *Banking Act* del 1933 per fronteggiare la crisi del '29, dove i poteri amministrativi di vigilanza, costruiti sulla clausola generale della «*safety and soundness*», si rivelano stringenti, contemplando da quasi un secolo interventi cautelari come il potere di *removal*, su cui *infra* nel testo; per approfondimenti in chiave comparatistica, F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della "sana e prudente gestione"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, 2, 144 ss.

[14] F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 20-22.

[15] Sulle *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*), M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 1; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione, (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004, 56, 404; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 261; N. SOLDATI, *Autorità di settore e organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie e finanziarie*, Milano, 2013; R. LENER, A.F. POZZOLO (a cura di), *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR). L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF): primi passi e prospettive*, Milano, 2017; P. SIRENA, *Tutela dei diritti fondamentali e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, 95 ss.

[16] In modo molto condivisibile, scrive A. TUCCI, *op. cit.*, 91 «i sistemi di ADR in ambito finanziario s[o]no, al contempo, organismi decisori di controversie, secondo diritto, e istituzioni della trasparenza e dell'informazione dei clienti, che integrano e completano il sistema delle fonti, "orientando" le condotte degli attori del mercato, anche a prescindere da una controversia attuale o, comunque, dalla sua definizione».

di poteri autonomi, finalizzati al perseguimento di interessi diversi da quelli posti alla futura attenzione del giudice[17].

Questo modo di "provvedere" sui mercati avviene con molteplici mezzi di conformazione delle condotte degli operatori economici.

Particolarmente diffusa è l'inibitoria amministrativa, che può ormai contare su una certa tradizione[18].

Nel settore finanziario, uno degli esempi più significativi è rappresentato dal potere riconosciuto a Esma, Eba (per i depositi strutturati) e Autorità di vigilanza nazionali (Consob e Banca d'Italia) di proibire o restringere la negoziazione e il collocamento dei titoli (c.d. *product intervention power*), introdotto dalla direttiva 2014/65/Ue (MiFID II, *Market in Financial Instruments Directive*) e dal regolamento (Ue) n. 600/2014 (MiFIR, *Markets in Financial Instruments Regulation*), al fine di tutelare gli investitori, preservare la stabilità finanziaria e garantire l'ordinato funzionamento dei mercati. Poteri analoghi di *product intervention* di Eiopa e Autorità nazionali competenti (Ivass) si riscontrano nel settore assicurativo agli articoli 16 e 17 del regolamento (Ue) n. 1286/2014 (PRIIPs - *Packaged Retail and Insurance-based Investment Products*).

[17] Si pensi, ad esempio, ai poteri di *product intervention* e di *removal* su cui *infra* nel testo. In materia antitrust, già M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, avvertiva che il *public enforcement* dell'Agcm è preposto alla protezione di interessi non coincidenti con quelli tutelati dal giudice ordinario.

[18] A tratti divertente la ricostruzione di F. MERUSI, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 2-3, 579 ss., spec. 584 ss. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, 112-113, considera l'azione inibitoria un rimedio a disposizione delle Autorità indipendenti «per violazione di norme di diritto pubblico dell'economia, includendovi il diritto antitrust». In origine, è nelle discipline amministrative che si va affermando il potere inibitorio, così avviene in generale per le attività sottoposte a controllo *ex post* all'esito di processi di liberalizzazione, per cui l'autorizzazione viene sostituita da un titolo abilitativo "semplificato", cui è associata l'inibizione dell'attività in caso di esito negativo del controllo. Il caso più noto è quello del mercato dell'edilizia. In ambito privatistico, il rimedio inibitorio va fatto risalire alla materia consumeristica come normata dal diritto europeo, lo evidenzia S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di* civil law*: il caso italiano*, in *Jus civile*, 2019, 6, 724; sulle più recenti evoluzioni di questi poteri inibitori, S. MONTEMAGGI, *La vigilanza di tutela della Banca d'Italia: il disegno sistematico del Titolo VI del TUB alla prova della legislazione Ue*, in AA. VV., *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023)*, cit., 247 ss.

L'illustrato intervento inibitorio, nei mercati regolati, finisce per sostanziarsi in un vero e proprio potere correttivo, capace di andare a integrare i contratti[19].

L'inibizione rientra nei più ampi e pur diffusi poteri d'ordine (si pensi alle attribuzioni di Consob, nel caso di violazione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto[20]), che giungono fino ad imporre la restituzione in via amministrativa di somme di denaro (cfr. art. 128 *ter*, comma 1, lett. a), TUB[21])[22].

---

[19] Riconduce anche ai poteri incidenti sull'organizzazione dei soggetti la capacità di influire sulla conformazione del contratto, G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, 41-42. Più in generale, sul tema, si veda da ultimo il contributo di A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario*. *I poteri di condizionamento delle autorità di vigilanza*, Bari, 2025, *passim*, il quale distingue tra condizionamento contrattuale diretto e indiretto, quest'ultimo non operante sul contenuto dell'accordo, bensì nella fase precontrattuale o nella sua esecuzione.

[20] Art. 110, co. 1 *bis*, TUF. Simili poteri sono definiti da A. DAVOLA, *op. cit*., 387, «trasformativi o determinativi», ad indicare la loro capacità di positivo orientamento dei comportamenti. Medesima qualificazione l'A. riserva al sindacato di Agcm sulle clausole vessatorie (su cui *infra* nel testo). Del resto, già A. FRIGNANI, *op. cit*., 113, osservava che la stessa inibitoria antitrust da ordine di *non facere* o di smettere ben presto si converte in un contenuto positivo.

[21] In tema, se si vuole, M. PASSALACQUA, *Misure inibitorie. Commento sub art. 128* ter, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, III, IV ed., Padova, 2018, 2431 ss.; da ultimi: S. MONTEMAGGI, *op. cit.*, 235 ss.; L. ROBUSTELLA, *op. cit*., 258 ss.

[22] Di recente hanno fatto molto discutere gli ordini di restituzione basati sulle disposizioni della legge 481/1995 facenti capo ad Arera e Agcom (art. 2, comma 20, lett. d). In specie, la Corte di Giustizia ha ritenuto conforme al diritto eurounitario l'attribuzione ad una Autorità nazionale di regolazione del potere di ordinare alle società di restituire ai loro clienti finali la somma corrispondente a quanto versato da questi ultimi in applicazione di una clausola contrattuale considerata illegittima, anche nel caso in cui l'ordine di restituzione sia fondato sulla violazione di obblighi di trasparenza tariffaria (sentenza del 30 marzo 2023, causa 5/22, *Green Network*). In tema cfr. la nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. VII, del 2 gennaio 2024, n. 39, Presidente *Sestini*, dove si ribadisce: «come esattamente rilevato dalla sentenza appellata, "anche al fine di garantire in concreto una tutela effettiva alla parte debole del rapporto contrattuale dei servizi di telefonia, ovvero all'utente del servizio" l'intervento di regolazione può pertanto comprendere adempimenti – aventi contenuto non sanzionatorio ma ripristinatorio delle posizioni giuridiche lese dalla violazione delle regole del libero mercato regolato di riferimento – automatici e generalizzati nei confronti di tutti gli utenti». Sulla questione, si rinvia ai maggiori approfondimenti di M. DELSIGNORE, *Regolare sanzionando o sanzionare per regolare: è possibile un distinguo in concreto?*, in questo fascicolo della *Rivista*.

Simili poteri regolatori e di tutela anticipata si stanno diffondendo nel mercato bancario[23].

Sintomatico è il provvedimento di rimozione di membri del consiglio di amministrazione della banca[24], introdotto dal regolamento Ue n. 1024/2013, istitutivo del *Single Supervisory Mechanism* (SSM), evocativo di uno dei poteri cautelari tipici del diritto processuale, accordato a protezione del diritto sostanziale in ottica conservativa[25]. Lo strumento assume qui una valenza che considererei di certo squisitamente anticipatoria, a tutela però di interessi almeno in parte diversi da quelli che possono poi essere oggetto di tutela giurisdizionale.

E infatti, autorevole dottrina per prima intervenuta in materia ha ricondotto tali potestà a interventi anticipatori, da tenersi distinti per «contesto e prospettiva» dalla interdizione temporanea, «misura sanzionatoria prevista dall'art. 67, par. 2, lett. d) CRD IV e dal conseguente art. 144 *ter*, comma 3, TUB, che ha antecedente remoto nell'art. 91 l.b.»[26].

---

[23] Per il diritto italiano, si veda l'art. 53 *ter* del TUB, dove si annoverano provvedimenti specifici di inibizione (ordini di non fare o di smettere) nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario: la restrizione delle attività o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi; la fissazione di limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale; per le banche che beneficiano di eccezionali interventi di sostegno pubblico, possono inoltre essere fissati limiti alla remunerazione complessiva degli esponenti aziendali. Non a caso, considera il settore bancario «luogo d'indagine privilegiato dell'anticipazione della tutela» a causa della valenza preventiva che connota la stessa vigilanza prudenziale, A. DAVOLA, *L'anticipazione della tutela nel settore bancario*, in questo fascicolo della *Rivista.*

[24] Tratta le diverse ipotesi di *removal* e la discrasia tra disciplina europea e normativa italiana di recepimento A. ANTONUCCI, *I poteri di* removal *degli esponenti aziendali nell'ambito del* Single Supervisory Mechanism, in *Banca imp. soc.*, 2016, 1, 39 ss.

[25] Cfr. *supra* § 1 sulla revoca degli amministratori infedeli di s.r.l.

[26] A. ANTONUCCI, *I poteri*, cit., 41. La giurisprudenza ha poi dato seguito a questa qualificazione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, Presidente *Montedoro*, precisando che «la finalità della misura di *removal* non è quella di affliggere il titolare della carica, quanto di preservare la stabilità e la sana gestione della banca», a prescindere dagli effetti sulla persona fisica dell'esponente aziendale,

Il provvedimento, manifestazione di vigilanza prudenziale a protezione del valore della stabilità finanziaria, ha dunque natura preventiva e correttiva di intervento precoce e non direttamente afflittivo-repressiva.

Nondimeno, la prassi applicativa conferma quanto acutamente osservato da chi, attento conoscitore del settore bancario, preannunciava, all'indomani dell'introduzione del nuovo potere d'intervento, il suo probabile fallimento nel nostro ordinamento[27].

In verità, la trasposizione nazionale della norma europea, oltre ad avere duplicato la fattispecie[28], ne ha ampliato l'ambito applicativo[29], e soprattutto, l'ha collocata in un tessuto normativo inadatto a ospitarla. Ciò in quanto, diversamente dal sistema nord-americano, nel quale – come si è ricordato[30] – gli *administrative enforcement orders* esistono nel settore bancario fin dal 1933, la vigilanza di Banca d'Italia si fonda su un'occhiuta informale *moral suasion*[31], che peraltro difficilmente può essere esercitata nelle aule giudiziarie[32], luogo di elezione di provvedimenti così ingerenti nelle sfere individuali dei destinatari.

---

insufficienti a ricondurre la misura all'alveo delle sanzioni in senso stretto (conforme la decisione di primo grado sul medesimo caso del Credito di Romagna, Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 1 febbraio 2017, n. 1627). Sulla natura non sanzionatoria del provvedimento di sostituzione si è pronunciata anche la giurisprudenza ordinaria, Corte di appello di Milano, 2019, n. 71 e n. 382.

[27] A. ANTONUCCI, *I poteri*, cit., 49-50.

[28] Art. 53 *bis*, lett. e) e 67 *ter*, del TUB.

[29] Ne dà conto A. ANTONUCCI, *I poteri*, cit., 41 ss. L'Autrice, infatti, ricorda come il legislatore nazionale evita la «riproduzione della norma presente nel quadro europeo, ma ne riformula ambito soggettivo d'incidenza e presupposti», con l'estensione a tutti gli esponenti aziendali, (laddove la norma sovranazionale si riferiva solo ai membri del c.d.a.) e il richiamo al pregiudizio della sana e prudente gestione. Su quest'ultimo requisito italiano, in particolare, l'A. nutre «perplessità sull'ostinata salvaguardia di una clausola generale tipica dell'ordinamento nazionale, che probabilmente si avvia ad esaurire la sua originaria funzione di chiave di dosaggio della discrezionalità del sistema, nonché sull'opportunità di inserire elementi di distonia in un concerto normativo che dovrebbe orientarsi all'omogeneizzazione».

[30] Cfr. *supra* nota 13.

[31] Con sapiente sagacia scrive A. ANTONUCCI, *I poteri*, cit.: «le norme sul *removal* a me paiono formalizzare un potere che si è sempre adoperato, in maniera più indolore ed efficiente, in via di *moral suasion*».

[32] Su cui magistralmente F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Lo Stato*, 2018, 10, 433 ss.

4. *La vigilanza collaborativa*

Più puntuale il ricorso alla c.d. vigilanza collaborativa, al momento espressamente formalizzato solo nella regolazione dei contratti pubblici, consistente in un controllo concomitante allo svolgimento dell'attività della stazione appaltante: dal suo avvio all'esecuzione del contratto. Il contenuto di questo potere sembra molto simile al parere di precontenzioso[33], strumento alternativo di risoluzione delle controversie, pacificamente considerato «non autoritativ[o], volt[o] ad orientare e non ad imporre»[34]. Probabilmente anche per questo il nuovo Codice dei contratti pubblici lo ha reso, come in origine, non vincolante[35].

La vigilanza collaborativa opera in una fase preventiva rispetto al conflitto, perseguendo finalità educative e amministrative. Essa si configura come una "cerniera" tra le ADR e la vigilanza di tutela, orientandosi, più che alla correzione, al supporto dell'attività vigilata. Pare dunque sostanziarsi in un intervento molto più invasivo della semplice *moral suasion*. A mio avviso, l'intento di vigilare collaborando segna un mutamento culturale che muove dall'originaria funzione consultiva, ricollocata in una dimensione epurata da qualsiasi forma di cogenza dell'intervento regolatorio. Il tratto saliente è che la parte privata si rivolga spontaneamente all'Autorità, all'insegna della fiducia nel suo operato.

A ben vedere, interventi di questo tipo si riscontrano in ordine sparso nelle maglie dell'ordinamento, sebbene non sempre catalogati nell'espresso *nomen iuris*. Un chiaro esempio di vigilanza collaborativa

[33] Di cui adesso all'art. 221, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023. In tema si veda M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 1, 569-570, la quale richiama la giurisprudenza che lo ha considerato come «un contributo utile all'orientamento dei comportamenti degli operatori del settore», cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2503.

[34] *Ibidem*, dove l'Autrice riconosce al parere di precontenzioso, vincolante o meno, una funzione di regolazione (*regulation by litigation*), cfr. anche *supra* nota 15.

[35] L'art. 211, comma 1, del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 obbligava «le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

è l'interpello "volontario" delle imprese all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per vagliare l'eventuale vessatorietà di clausole contrattuali unilateralmente predisposte[36].

5. *Sui poteri anticipatori nei mercati regolati*

La maggior parte delle ipotesi approfondite nei due paragrafi che precedono è manifestazione di vigilanza pubblica settoriale.

Nondimeno, a conferma della pervasività dell'inibitoria amministrativa, si ricordi come essa sia ormai diffusa in svariati contesti, divenendo uno strumento sempre più spesso impiegato dalle *Authorities* per orientare in generale il mercato anche per i comparti non sottoposti a regolazione specifica.

Si pensi, ad esempio, all'inibitoria dell'Agcm volta a contrastare le pratiche commerciali scorrette[37] di qualsiasi impresa, o ai poteri di avvertimento[38] e ingiunzione[39] dell'Autorità per la protezione dei dati personali.

Non vi è dubbio che tutte le misure suddette siano anticipatorie, perché intendono offrire protezione dai rischi di danno futuro[40]: da qui l'analogia iniziale con le misure cautelari (*supra* § 1). Difatti, nell'esperienza giuridica del diritto europeo e nazionale, l'inibitoria amministrativa si associa spesso al principio di precauzione[41].

---

[36] Introdotto dal c.d. decreto liberalizzazioni (d.l. 1/2012, con l. 27/2012) all'art. 37 *bis* del Codice del consumo (*d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, secondo cui «le imprese interessate hanno facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori».

[37] In argomento, di pregio le valutazioni di A. ANTONUCCI, *Poteri vecchi e nuovi*, cit., 51 ss., dove la stessa osserva come strumentari di questo tipo consentano l'emersione di "linee di *policy*" delle Autorità, su cui si tornerà *infra* nel testo.

[38] Art. 58, par. 2, lett. a), regolamento (Ue) 679/2016 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *General Data Protection Regulation* - GDPR. In tema R. LATTANZI, *Protezione dei dati personali e strumenti di anticipazione della tutela: il potere di avvertimento*, in questo fascicolo della *Rivista*.

[39] Art. 58, par. 2, lett. c)-h) e j), regolamento (Ue) 679/2016, cit.

[40] In tema, F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 23.

[41] Elaborato in seno al diritto internazionale pattizio, transitato nel diritto europeo, dapprima grazie agli orientamenti pretori e poi tramite inserimento nel Tfue; pur avendo massima applicazione in materia ambientale e di tutela della salute, nessuno dubita più della sua valenza di principio generale del diritto europeo, dunque

L'aspetto più interessante di questi strumenti di tutela anticipatoria, a mio avviso, va ricondotto alla loro capacità di acquisire una dimensione preventiva nell'ottica di tutelare l'interesse protetto dalla norma di attribuzione del potere all'Autorità di vigilanza, finendo per garantire l'assetto degli interessi contemplati dalla legge sostanziale. In questo modo i poteri anticipatori guadagnano autonomia sia rispetto ad eventuali decisioni giurisdizionali, sia in relazione ad altre possibili manifestazioni della funzione di vigilanza, ad esempio *sub specie* di regolazione mediante normazione secondaria.

In definitiva, gli strumenti di anticipazione della tutela, sempre più diffusi nella regolazione dei mercati, non sono strutturati per assicurare gli effetti di un provvedimento successivo o di una tutela giudiziale, ma godono di una loro indipendenza concettuale e operativa, divenendo strumento di disciplina degli interessi in campo[42]. Insomma, attraverso di essi l'Autorità vigila, regolando gli interessi in gioco[43].

Del resto, l'attribuzione a una autorità amministrativa di funzioni di ricomposizione degli interessi lesi è un fenomeno che si riscontra in diversi ordinamenti giuridici[44].

---

pienamente integrato nell'ordinamento nazionale. Cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1091; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 413 ss.; più di recente, M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. dell'economia*, 2016, 2, 411 ss.

[42] Come ricorda M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, 2, 173, richiamando la sentenza n. 13/2019 del giudice costituzionale sulla negazione della legittimazione dell'Agcm ad essere parte nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, pacifico è che la natura del potere attribuito alle autorità sia «una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco».

[43] Con riferimento all'inibitoria consumeristica S. MAZZAMUTO, *op. cit*., 725, ritiene che assuma «carattere di intervento regolativo del mercato». Nella stessa materia, teorizza il ruolo pretorio dell'Agcm, nella tutela amministrativa preventiva avverso clausole vessatorie inserite nei contratti standardizzati, A. ANTONUCCI, *Poteri vecchi e nuovi*, cit., 48-50, ritenendo tali poteri di tutela amministrativa manifestazione di una «potestà conformativa penetrante», «frutto di un'attività svolta in maniera rapida, diffusamente accettata e condivisa».

[44] Muovendo dai poteri inibitori di cui all'art. 128 *ter* del TUB, lo ricorda anche F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 28.

Nella descritta evoluzione, il *public enforcement* non è dunque confinabile ad un risvolto compenetrato nel c.d. diritto privato regolatorio[45], a sua volta fondato sull'idea che mercati sufficientemente competitivi non annoverino esternalità e producano un benessere sociale grazie al diritto dei rapporti intersoggettivi. Questo rassicurante quadro trascura infatti come spesso la realtà che il consumatore è costretto ad affrontare sia assai meno soddisfacente.

In detto contesto, la vigilanza di tutela si candida a conseguire un ruolo distinto rispetto ai classici rimedi, sovente inadeguati ad offrire tutela effettiva, sia per l'assorbenza ed estensione di un intervento giurisdizionale sempre più spesso lento e dagli esiti incerti, sia perché offrono una difesa troppo frammentaria all'interesse pubblico sotteso, sia perché – per dirla alla Denozza – il potere conformativo delle *Authorities* si presta meglio di altri ad atteggiarsi a strumento di *policy*[46]. In altre parole, il potere amministrativo di regolazione dei mercati, per come è strutturato, consente di affrontare un determinato problema non attraverso principi e diritti, bensì mediante «l'elaborazione di opportune politiche»[47]. Si perseguono così obiettivi di *policy*, senza rinnegare l'indipendenza delle Autorità che deve saper emergere anche rispetto agli interessi spiccatamente egoistici in cui spesso si sostanziano i bisogni del mercato.

Al variare degli strumenti di tutela – giurisdizionale e di *private enforcement*, ovvero di vigilanza correttiva e dunque di *public enforcement* – non mutano tanto gli effetti giuridici del rimedio rispetto

[45] Chiamato, secondo P. SIRENA, *Tutela dei clienti e regolazione del mercato trent'anni dopo l'emanazione del Testo unico bancario*, in AA. VV., *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023)*, cit., 124, a sottoporre «l'esercizio del potere privato che si struttura appunto mediante lo svolgimento dell'attività imprenditoriale ad alcuni limiti inderogabili, i quali sono finalizzati alla prevenzione e alla neutralizzazione dei rischi di fallimento del mercato». In tema, si veda anche P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

[46] Rimando alla lucidissima relazione conclusiva della Giornata di studi promossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in collaborazione con l'Associazione Civilisti Italiani, sul tema *Diritto civile e tutela del mercato*, svoltasi a Roma in data 22 novembre 2023, adesso pubblicata in collana, svolta da F. DENOZZA, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, in *Accademia*, 2024, 4, 219 ss.

[47] *Ivi*, 224.

al diritto cautelato, quanto l'estensione dell'interesse che si vuole proteggere[48]. L'intervento correttivo sa infatti astrarsi dal singolo rapporto giuridico, proprio perché si ascrive ad una dimensione regolatoria di tipo *ex ante*. Quello che cambia profondamente quindi è l'inserimento del rimedio nel governo del settore o del mercato[49], superando definitivamente l'archetipo di una neutralità[50] dei regolatori indipendenti rispetto all'assetto degli interessi antagonistici coinvolti nel caso concreto[51].

Ad ogni modo, la paventata evoluzione del *public enforcement* si completerà al meglio se si insinuerà almeno un «momento

[48] Utilissima, sebbene parzialmente divergente l'opinione di F. SARTORI, *ult. op. cit*., 31, laddove scrive «a me pare, il legislatore affida all'autorità un rimedio di protezione che si sostituisce e concorre con quelli di diritto privato. Ne consegue che, *ratione materiae*, gli strumenti di *public* e *private enforcement* non operano più su piani autonomi e distinti, ma si sovrappongono condividendo natura, struttura e finalità. Su questa linea, radicalizzando un pò il ragionamento, possiamo quindi concludere che si assiste a un rovesciamento di prospettiva: i rimedi di diritto privato vengono selezionati per realizzare principalmente finalità di deterrenza e tutelare l'interesse pubblico dell'efficienza e della concorrenza del mercato, le misure di diritto pubblico, per converso, vengono predisposte al fine di assicurare consistenza e pienezza al diritto soggettivo del cliente».

[49] Se ho ben compreso, ammette la possibilità delle Autorità di essere «partecip[i] nella definizione dell'indirizzo politico-economico», nel ruolo di mediatori tecnocratici di saperi specialistici, sovente mutuati da scienze non giuridiche, S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, 793 ss. e spec. 803. Si veda anche, R. MANFRELLOTTI, *La tutela della concorrenza come attività di programmazione economica ex art. 41, co. III Cost*., in *Economia pubblica*, 2024, 2, 263 ss.

[50] «Infatti, per il giudice costituzionale esse, "al pari di tutte le amministrazioni", sono portatrici di "un interesse pubblico specifico" e non sono "in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della [..] attività istituzionale"», M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità*, cit., 173-174. Ben ricostruisce il concetto di potere neutrale, differenziando tra attività giudiziaria e attività normativa, M. AVVISATI, *Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità*, in *Federalismi*, 2020, 20 ss., per poi dar conto del susseguirsi e talvolta sovrapporsi di diverse opinioni sulla neutralità delle *Authorities*, 22 ss.

[51] Convincenti le valutazioni di M. DUGATO, *Indipendenza e diritto amministrativo*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 463-464 sul «ristretto [..] spazio delle funzioni amministrative neutrali (Sandulli, 1964)».

giurisdizionale»[52]. È vero che il profilo autoritativo è comunque rappresentato dal regolatore di settore, trascendendo la controversia meramente privatistica; tuttavia, le nostre *Authorities*, proprio perché difettano dell'indipendenza e terzietà tipica del giudice[53], non sono attrezzate dalla legge allo svolgimento di funzioni latamente paragiurisdizionali e scontano il complesso di difettare di una espressa legittimazione costituzionale.

Questi poteri anticipatori si diffondono e rinforzano nei mercati regolati, probabilmente perché la loro connotazione repressiva e anticipatoria è particolarmente congeniale al veloce ripristino dell'equilibrio violato dal comportamento difforme.

Tali misure sono una limitazione conformativa del diritto di impresa, che ne esce funzionalizzato alla cura di un interesse pubblico. Per la vigilanza collaborativa la peculiarità è proprio nel tentativo di adeguare al caso concreto il potere pubblico in assenza di gerarchia; va anche detto che tale esperienza sembra astrattamente passibile di essere riproposta in altri settori ed esercitata verso privati, vigilati o meno.

In alcuni casi, penso soprattutto all'inibitoria, ma anche ad altri tipi di ordini dell'autorità, questi strumenti condividono con l'apparato sanzionatorio, una connotazione punitiva di tipo interdittivo (mi pare rinvenibile sia nell'art. 128 *ter* TUB, sia nell'art. 58, comma 2, lett. a) del GDPR), o talvolta un carattere ripristinatorio-reale (l'ordine di restituzione di somme indebitamente percepite di cui all'articolo citato del TUB o della legge generale sui servizi di pubblica utilità).

L'intrinseca contraddittorietà di una tutela preventiva, la quale difficilmente dovrebbe potersi qualificare repressiva, ha probabilmente contribuito, nelle prassi applicative, a cercare di accentuare la valenza conformativa dell'intervento anticipato rispetto alla condotta illegittima o illecita. L'intervento pubblico prova così ad affrancarsi da una dimensione afflittiva, riuscendo a valorizzare il profilo regolatorio, chiamato a suggerire comportamenti in conformità. Da qui ascesa e

[52] Lo evidenzia benissimo F. SARTORI, *ult. op. cit*., 28-30, nel ricordare l'esperienza della *Federal Trade Commission* statunitense.

[53] Rileva la mancanza di «indipendenza genetica e funzionale rispetto alle eventuali influenze esercitate da forze esogene ed endogene, nonché di "terzietà", e quindi di indifferenza, in ordine ai diversi interessi impattati dall'esercizio delle rispettive funzioni», M. AVVISATI, *op. cit.*, 19 ss.

possibile fortuna della vigilanza collaborativa[54], nella parte in cui prende le mosse da un accordo fiduciario raggiunto tra pubblico e privato, a prevenire, in autonomia d'impresa, future afflizioni dell'autorità.

[54] Ritengo erroneo escludere la vigilanza collaborativa dalla regolazione, relegandola in un mondo di mezzo tra «l'attività di regolazione (a monte) e l'attività di controllo (a valle)», come sostiene P. LOMBARDI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici*, in *Ceridap*, 2022, 4, 47.

ANTONIO DAVOLA

L'anticipazione della tutela nel settore bancario

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari – 2. La funzione dell'anticipazione della tutela nei mercati vigilati – 3. Il settore bancario come luogo d'indagine privilegiato dell'anticipazione della tutela – 4. Anticipazione della tutela e poteri conformativi nel comparto bancario – 5. L'anticipazione della tutela attraverso le regole di organizzazione e di prodotto – 6. Anticipazione della tutela e conformazione della contrattazione – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Notazioni preliminari*

Il settore bancario ha mostrato, nel corso del suo sviluppo, una crescente familiarità con modelli di anticipazione della tutela: il passaggio dalla vigilanza strutturale a quella prudenziale ne rappresenta, probabilmente, la manifestazione più evidente[1]. Tuttavia, qualora si voglia tentare di ricondurre entro una trattazione organica le diverse manifestazioni che concorrono a definire i contenuti di questo fenomeno, ci si trova immediatamente a confrontarsi con alcuni punti critici; si tratta di punti che, peraltro, è essenziale sciogliere in via preliminare, quantomeno ai fini della corretta identificazione e interpretazione del perimetro operativo che ci si propone di considerare.

Innanzitutto, nel momento in cui si parli di anticipazione della tutela, bisogna chiedersi rispetto a quale momento debba occorrere l'intervento, affinché possa parlarsi di "anticipazione" in senso proprio. In merito a questo aspetto sembra si possa quantomeno concordare – pur riconoscendo che in tal modo si accoglie una locuzione *de minimis* del fenomeno – sul fatto che, in via di principio, in concetto di

[1] Cfr. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2019, 52; S. AMOROSINO, *Art. 14*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, con la collaborazione di M. PELLEGRINI, M. SEPE e V. TROIANO, Padova, 2018, 182; C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati*, Bari, 2003, 95 ss.; per un inquadramento dei caratteri della vigilanza prudenziale v., *ex multis*, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 117 ss.; S. AMOROSINO, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1996, 1, 71 ss.; V. TROIANO, *Le banche e gli intermediari finanziari*, ibidem, 177 ss.; M. PERASSI, *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *Banca borsa tit. cred*., 1995, I, 676.

anticipazione debba identificare un momento antecedente rispetto a quello dell'accertamento della violazione, posto che a partire da quest'ultimo si sostanzierebbe non tanto l'esigenza di un'anticipazione della tutela quanto, piuttosto, della tutela di per sé. L'anticipazione, dunque, occorrerebbe in un momento cronologicamente anteriore a quello dell'insorgenza del presupposto dell'intervento correttivo ovvero sanzionatorio.

Si tratta però, come poc'anzi detto, di un'interpretazione *minimal* del concetto; essa, tuttavia, consentirebbe già di ricomprendere nello spettro del fenomeno "anticipazione della tutela" tutti quei poteri che potrebbero definirsi – anche qui, ricorrendo ad una locuzione non del tutto appropriata – "cautelari", ossia attraverso i quali, in presenza di un *fumus* idoneo a suggerire la possibile lesione degli obiettivi della vigilanza, l'autorità possa intervenire per scongiurare la concretizzazione di quella che potremmo definire una "aspettativa di violazione" e prevenire il prodursi delle sue conseguenze[2].

Una simile lettura appare, del resto, coerente con la natura stessa dell'anticipazione della tutela, nonché con un'interpretazione teleologicamente orientata dell'istituto. Essa risulta, tuttavia, in parte insufficiente: nel momento in cui il tema dell'anticipazione della tutela non sia analizzato isolatamente ma, piuttosto, contestualizzato all'interno della più ampia questione dei modelli di regolazione conformativa osservabili nei mercati sottoposti al controllo di autorità *lato sensu* economiche, diviene possibile spingersi più avanti (o meglio, "più indietro"). Si manifesta, in altri termini, la possibilità che un'anticipazione della tutela in prospettiva regolatoria identifichi qualcosa di diverso (ed ulteriore) all'esercizio di un potere manifestantesi esclusivamente in relazione all'accertamento di una potenziale violazione e, dunque, alla sua prevenzione. La differenza tra le due ipotesi è evidente, specialmente in considerazione delle finalità che l'anticipazione della tutela si propone di raggiungere, e del modo di manifestarsi della stessa: costitutivo-regolatoria in un caso, correttivo-reattiva nell'altro.

[2] V. M. PASSALACQUA, *Art. 128-ter*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, 2436; v. altresì C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

2. *La funzione dell'anticipazione della tutela in funzione regolatoria nei mercati vigilati*

Pensare a forme di anticipazione della tutela in prospettiva (non esclusivamente correttivo-reattiva, quanto piuttosto) regolatoria, con particolare riferimento al settore bancario, è possibile perché – intuitivamente – il fatto che in tale contesto gli attori del mercato si trovino ad operare all'interno di un mercato vigilato (espressione che pare, in via generale, preferibile rispetto a quella di mercato regolato[3]); il particolare contesto nel quale si svolgono le interazioni tra clienti-risparmiatori e operatori bancari rende, in un certo senso, immanente e costante l'esigenza di tutela: un settore vigilato è, infatti, tale proprio perché ontologicamente necessitante di un controllo sull'operato dei suoi attori, al fine di preservare gli interessi generali sottesi al suo corretto sviluppo[4].

Tale considerazione è sufficiente, infatti, a legittimare la presenza di uno scarto concettuale tra le forme di anticipazione della tutela nei mercati vigilati e la lettura "riduzionista" che si è esposta in precedenza, la quale invece è applicabile alla totalità dei mercati. Se, infatti, anche nei mercati vigilati si parlasse di anticipazione della tutela in prospettiva cautelare, da questo deriverebbe giocoforza la considerazione per cui, una volta accertata la presenza di un *fumus*, l'obiettivo dell'intervento dell'autorità sarebbe (*rectius*, dovrebbe essere) sostanzialmente la riduzione *in pristino* dell'assetto previgente, mitigando eventuali pregiudizi prodottisi *medio tempore* e scongiurando la definitiva concretizzazione della lesione dell'utilità delle parti coinvolte, nonché degli obiettivi di interesse pubblico sottesi al buon funzionamento del settore.

---

[3] Si consenta in merito un rinvio a A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario. I poteri di condizionamento delle autorità di vigilanza*, Bari, 2025, in part. 79 ss.

[4] *Ex multis* M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur*., 2010, 71; G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir*., 1970, 448; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 25; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, in part. 145 ss.; F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti, Milano*, 1993.

Accogliendo questa prospettiva, in altre parole, l'anticipazione *della tutela* andrebbe a sovrapporsi, concettualmente, ad un'anticipazione *dei mezzi* che sarebbero esperibili – dal danneggiato o, per quanto di interesse in questa sede, dall'autorità – rispettivamente a proprio vantaggio o per il perseguimento di obiettivi della vigilanza (a seconda che si faccia riferimento al *private* o al *public enforcement*[5]), tutt'al più ricorrendo a forme di adattamento sulla base del concetto specifico e delle modalità nelle quali l'anticipazione risulterebbe più idonea a raggiungere il proprio scopo. Di conseguenza, l'anticipazione avrebbe il medesimo effetto dell'intervento successivo (il contrasto alla condotta lesiva) ma, ovviamente, risulterebbe più efficace in quanto occorrente prima del definitivo concretizzarsi dell'evento e del consolidamento dei suoi effetti[6].

In questa accezione, dunque, la locuzione "tutela" in quanto oggetto dell'intervento anticipatorio sarebbe utilizzata esclusivamente in senso strumentale: essa andrebbe a riferirsi essenzialmente a un rimedio che sarebbe, in assenza di una disposizione attributiva espressa accessibile (al danneggiato, o all'autorità) solo successivamente al verificarsi dell'evento lesivo: l'anticipazione della tutela sarebbe, nella sostanza, l'anticipazione dello strumento protettivo.

Come premesso, laddove tale interpretazione appare convincente ove riferita al "mercato" in generale, nel contesto dei mercati vigilati sembra possibile, di contro, fare riferimento ad una diversa ricostruzione del fenomeno dell'anticipazione della tutela basata, in particolare, su un intendimento del concetto di "tutela" nei termini di "protezione", non delle parti, ma del mercato stesso. Più nello specifico, il concetto di tutela (e della sua anticipazione) individuerebbe, in tale contesto, la protezione dei valori sottesi all'esistenza stessa del mercato

[5] V. A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione*, in *Riv. dir. banc*., 2022, suppl. fasc. I, 90 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei*

settori regolati, in *Riv. dir. banc*., 2023, suppl. fasc. II, 144; O. CHEREDNYCHENKO, *Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2015, 4, 632; H.W. MICKLITZ, *Rethinking the Public/Private Divide*, in M. MADURO (a cura di), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014.

[6] Cfr. E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000.

vigilato, alla cui preservazione le autorità sono deputate[7]. Non si farebbe, dunque, riferimento ad un intervento che – pur intercorrendo in un momento antecedente alla sanzione – avrebbe natura reattivo-correttiva ma, piuttosto, ad un'azione destinata a conformare l'assetto del mercato; ciò, sicuramente, (anche) al fine di prevenire crearsi delle condizioni che possano produrre una violazione dell'interesse protetto, ma soprattutto quale forma di perseguimento diretto delle finalità della vigilanza. Una simile lettura consentirebbe, dunque, di riferire l'effetto derivante dall'azione "anticipata" dell'autorità non solo alla condotta delle parti, ma alle dinamiche del mercato nel loro complesso.

Da ciò deriva ad esempio che – accogliendo un'accezione dell'anticipazione della tutela nei termini poc'anzi descritti – potrebbe porsi in dubbio la piena riconducibilità in tale perimetro di un istituto come quello degli impegni nel diritto antitrust: la possibilità di ricorrere ad una decisione con impegni si concretizza, infatti, soltanto nel momento in cui ci si trovi (già) in presenza di una – quantomeno presunta – distorsione delle dinamiche concorrenziali. E, dunque, se gli impegni anticipano la tutela rispetto allo strumento sanzionatorio ordinario – rientrando nella nozione intesa in senso generalista – tale strumento si colloca sempre all'interno di un processo che potrebbe definirsi "reattivo" rispetto alla violazione (non accertata, ma prospettabile o presunta) dell'interesse protetto.

Di contro, è proprio nell'idea di anticipazione non "reattiva", ma "preventiva" che dovrebbe individuarsi il fulcro dell'anticipazione, laddove questa sia analizzata con riferimento ai suoi effetti conformativi.

3. *Il settore bancario come luogo d'indagine privilegiato dell'anticipazione della tutela*

Accolta questa prospettiva, non dovrebbe sorprendere il fatto che il settore bancario si riveli una sorta di "precipitato naturale" del tema, nonché un'area alla quale guardare con interesse al fine di comprendere

[7] F. CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020, 51 ss.; cfr. altresì F. ESPOSITO, *The consumer welfare hypothesis in law and economics: towards a synthesis for the 21st century*, Londra, 2022.

i modi di manifestarsi dei fenomeni di anticipazione della tutela evolvendo. Come già sottolineato, infatti, l'elemento preventivo è strutturalmente connaturato al concetto di vigilanza prudenziale, il quale ha sua volta è precipitato dell'idea che la vigilanza in tale mercato debba accogliere quale proprio oggetto primario d'interesse il rischio bancario e, conseguentemente, predisporre delle misure che garantiscano la stabilità del settore[8]. In tal senso la sana e prudente gestione, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra le scelte operate dagli intermediari bancari e le proprie risorse patrimoniali, finanziarie e organizzative, avrebbe una natura ontologicamente anticipatoria.

La naturale propensione del settore bancario all'anticipazione della tutela si ricollega, inoltre, al fatto che i fallimenti di mercato in detto contesto hanno effetti sistemici di particolare rilevanza; ciò è chiaro da almeno due punti di vista. Ciò anzitutto, perché – in ottica istituzionale – i dissesti occorrenti nel settore bancario ledono un bene protetto di rilevanza costituzionale, ossia il risparmio. Si tratta, peraltro, di una rilevanza che si esprime in modo forse più "netto" rispetto agli altri valori alla base dell'istituzione delle autorità indipendenti, compresa la tutela della concorrenza: non è del resto un caso che la Banca d'Italia sia qualificata da ampia dottrina come un'autorità amministrativa indipendente costituzionalizzata[9]. In secondo luogo, la rilevanza acquisita dall'anticipazione nel comparto bancario – e la sua relazione con la sistematicità dei rischi presenti nel settore – deriva, intuitivamente, dal fatto che le conseguenze di una tardiva vigilanza nel settore bancario e finanziario sono si prestano a generare un "effetto domino" su altri mercati e sulla distribuzione della ricchezza, assumendo dunque una pervasività che non è riscontrabile con la medesima incidenza in altri settori vigilati.

[8] Cfr. F. CAPRIGLIONE, M. SEPE, *Supervisione e tipologia dei controlli pubblici*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, III ed., Padova, 2024, in part. 160 ss.; I. BORRELLO, *Il controllo del credito*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2810; M. PERASSI, *Ruolo della Banca d'Italia e dell'autorità giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario*, in *Banca Impr. Soc*., 2014, 2, 349-370.

[9] F. MERUSI, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. di dir. pubb.,* 1981, 1081; S. MERLINI, *Struttura di governo e intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 1979; S. ORTINO, *Banca d'Italia e costituzione*, Pisa, 1979; D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2008.

Il settore bancario, in altre parole, non può prescindere da forme di tutela che operino in via anticipatoria rispetto all'emergere di situazioni di criticità di mercato, anche qualora quest'ultime non possano qualificarsi come violazioni della disciplina in senso tecnico; da ciò deriva, in ultima analisi, la particolare predisposizione del comparto bancario all'anticipazione della tutela intesa in senso regolatorio, espressa sintomaticamente nella pluralità di disposizioni presenti nel Testo Unico Bancario (t.u.b.)[10] che attribuiscono alla Banca d'Italia questa tipologia di poteri di intervento.

Da quanto premesso consegue, tuttavia, un altro interrogativo, anch'esso privo di intuitiva risposta, ossia quello relativo a chi sia (*rectius* debba essere) il destinatario "ideale" dei poteri che costituiscano anticipazione della tutela. In merito a questo aspetto, e guardando ancora una volta al comparto bancario se si pone attenzione all'articolo 5 del Testo Unico è possibile osservare come tra gli obiettivi della vigilanza si ritrovino – oltre alla sana e prudente gestione, di cui si è già detto – la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario nonché, da ultimo, l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia[11]; in merito a questo aspetto, la dottrina ha già evidenziato da tempo le difficoltà connesse all'identificazione di un centro di imputazione unitario di un'idea di "tutela" in senso generale; questo, non foss'altro in virtù della compresenza nell'art. 5 t.u.b. di una serie di finalità macroeconomiche e programmatiche le quali – peraltro – si accompagnano poi a meccanismi di controllo di tipo microeconomico[12].

[10] *Decreto legislativo n. 385 del 1993* e successive modifiche.

[11] Cfr. In merito C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza Bancaria in Europa*, in *Banca Impresa Società*, 2015, 1, 73-90; V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»,* in *Mondo Bancario*, 1994, 6, 33; C. LAMANDA, Le finalità della vigilanza, in P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*, Milano, 1996; F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 5*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, 49; G. OPPO, *La Banca d'Italia dal privato al pubblico*, in *Banca borsa tit. cred*., 1994, I, 615; M. SEPE, *Brevi note sul Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca borsa tit. cred*., 1994, I, 519 ss.

[12] D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio*, in *Dig. disc. priv. IX agg*., Padova, 2015, 94 ss.; F. SARTORI, *Sana e prudente gestione dei soggetti vigilati e protezione della clientela*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 2, 155.

Sebbene non sia possibile sviluppare nel dettaglio questo tema sia sufficiente in questa sede sottolineare come la co-esistenza delle diverse finalità richiamate dalla disposizione valorizzi l'idea della necessità di una tutela del "mercato" in senso organico, all'interno della quale l'esercizio delle facoltà attribuite all'autorità di vigilanza (e i suoi limiti) debba sempre essere interpretato guardando al suo impatto sulla posizione del soggetto in ultima istanza protetto – direttamente ovvero indirettamente – dal corretto funzionamento del mercato bancario ossia il cliente-depositante quale destinatario principale della copertura costituzionalmente garantita al credito sulla base dell'articolo 47 della Costituzione[13].

In questo senso – e in parte analogamente a quanto già avvenuto nell'ambito del processo complessivo di ripensamento che ha investito il diritto della concorrenza, complice l'affermarsi della c.d. *hipster antitrust*[14] – pare difficile negare che gli obiettivi di stabilità (specialmente ove posti in relazione con la competitività), pur costituendo un parametro *per se* della valutazione di legittimità dell'operato degli agenti del mercato, possano essere oggetto di una lettura isolata, orientata alla tutela dei risparmiatori, nel momento in cui si valuti la legittimità di un'azione in anticipazione della tutela. La stabilità vive, di contro, in un complesso rapporto di costante bilanciamento con gli altri valori perseguiti dalla vigilanza, e ciò vale altresì per le forme di intervento di natura anticipatoria: puntualizzare questo aspetto è particolarmente rilevante, posto che l'anticipazione della tutela (da parte delle autorità di vigilanza in generale, e di Banca d'Italia in particolare) è, per sua natura, un intervento che comprime e condiziona l'azione delle parti e la loro autonomia.

[13] F. MERUSI, *Commento sub. Art. 47 Cost*., in G. Branca (a cura di), *Commentario della* Costituzione, Bologna-Roma, 1980, 153; F. D'ONOFRIO, *Banca d'Italia e costituzione economica: la prospettiva della crisi dello Stato nazionale*, in *Banca borsa tit. cred*., 1979, I, 443 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, 97 ss.; M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, 705

[14] Per tutti R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: «back to the future»?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 81.

4. *Anticipazione della tutela e poteri conformativi nel comparto bancario*

La possibilità di sviluppare un'argomentazione giustificativa "di sistema" per la categoria dell'anticipazione della tutela (e la sua ampiezza) nel settore bancario non risolve, tuttavia, i problemi di fondo connessi all'operatività dei poteri attraverso cui essa si manifesta in concreto.

L'analisi delle disposizioni del t.u.b. che attribuiscono alla Banca d'Italia poteri di anticipazione della tutela pone, infatti, l'interprete di fronte ad interventi eteronomi (rispetto alla libera determinazione delle parti) affatto peculiari, in quanto suscettibili di presentarsi con diversi "gradi di separazione" rispetto al momento in cui l'esigenza di intervento – o, anche, il l'obbligazione tra le parti – effettivamente sorge.

Inoltre, per loro natura (come si vedrà a breve) le anticipazioni della tutela, quando si traducono in poteri attribuiti alle autorità di vigilanza, acquisiscono un perimetro operativo necessariamente ampio. La ragione di ciò è intuitiva: se un potere dell'autorità di vigilanza tende a promuovere la protezione del mercato bancario, identificando la definizione del comportamento ottimale degli operatori in largo anticipo rispetto al sostanziarsi dei loro comportamenti – e, sovente, in assenza di un destinatario identificato – difficilmente la disposizione attributiva dello stesso potrà individuare *ex ante* e nello specifico i caratteri dell'intervento ottimale; sarà, di contro, necessario che la disposizione attributiva si presenti duttile, in quando idonea a conferire all'autorità un sufficiente "margine di manovra" per potersi adattare alle circostanze del caso concreto e alle specifiche caratteristiche dell'operatore vigilato.

Tale aspetto è, ancora una volta intuitivamente, problematico: se, infatti, si pone l'attenzione alla capacità conformativa connessa all'esercizio dei poteri che manifestano forme di anticipazione della tutela, in fatto che il loro spettro di applicazione sia ampio (e, in parte, necessariamente indefinito) pone questi in un dialogo quantomeno complesso con i principi cardine dell'autonomia privata[15]. Posti questi

[15] *Ex multis* G. OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.,* 1981, I, 596-621; V. VITI*, Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013; 48; F.

elementi è ragionevole, ora chiedersi se – guardando ai poteri attribuiti all'autorità di vigilanza nel settore bancario – ci si trovi di fronte ad un novero significativo di norme attributive di poteri di anticipazione della tutela; quali siano i rischi che ciò implica e, conseguentemente, quali i limiti che questo modello d'intervento dovrebbe incontrare.

In merito sembra, via generale, possibile individuare tre direttrici concettuali in cui, nel contesto della vigilanza sul settore bancario, è possibile assistere ad una anticipazione della tutela di matrice conformativa, le quali guardano a tre diversi elementi del mercato.

Vi sono, anzitutto, forme di anticipazione della tutela che sono rivolte al profilo soggettivo degli operatori, e che sono riconducibili in linea di massima al novero delle regole di organizzazione[16]. In secondo luogo, è possibile osservare disposizioni attributive di poteri di anticipazione della tutela destinati a manifestarsi guardando all'elementi oggettivo dell'interazione bancaria: si fa riferimento, intuitivamente, ai poteri di intervento in materia di caratteristiche dei prodotti e servizi negoziati. Da ultimo, una terza direttrice dell'anticipazione della tutela può essere identificata guardando all'attività: ci si riferisce in tale contesto, ai poteri destinati ad incidere via preventiva sul contenuto e la forma dei contratti conclusi tra le parti, conformandone i rispettivi obblighi.

Sulle prime due traiettorie ci si intratterrà brevemente, principalmente per chiarire come esse si traducano – ad avviso di chi scrive, e difformemente dalla terza – in poteri di anticipazione della

---

MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «Quasi» giallo*, Bologna, 2000, 14 ss.; M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006 79 ss. Per alcuni lineamenti generali sul tema F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia. Relazione e replica al Convegno degli amici del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 1213 ss. Si consenta, da ultimo, un rinvio a A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario. I poteri di condizionamento delle autorità di vigilanza*, Bari, 2025.

[16] A. ROSA, S. VINCI, F. VOLPE, *La regolazione delle Autorità in materia di soggetti finanziari tra concorrenza e sovrapposizioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, 2, 541; M. PELLEGRINI, *Rileggere la solidarietà in epoca contemporanea: riflessioni intorno a "Solidarietà, un principio normativo" (G. Alpa, 2022) nel prisma della corporate governance,* in *Riv. trim. dir. econ*., 2023, suppl. n. 1, 42 ss.; C. BORRA, *La regolamentazione delle attività finanziarie in Europa. Il ruolo delle Autorità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 528 ss.

tutela "in senso improprio".

5. *L'anticipazione della tutela attraverso le regole di organizzazione e di prodotto*

Quando si parla di poteri di anticipazione della tutela sotto il profilo soggettivo – e, dunque, guardando alle regole di organizzazione – si possono richiamare in via generale a quelle disposizioni che attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di "disegnare" la fisionomia del mercato bancario con riferimento alle caratteristiche degli operatori ai fini dell'effettivo conformarsi della loro attività e delle loro interazioni alle finalità della vigilanza.

È, infatti, evidente che la definizione dei caratteri ontologici di un operatore concorra in maniera determinante a conformarne l'azione nel mercato: la predisposizione dei requisiti operativi e organizzativi costituisce un momento indiretto di identificazione *ex ante* delle "regole del gioco" che guideranno i contraenti nel loro *agere*. I poteri di intervento che definiscono le caratteristiche degli operatori (si pensi, su tutte, alle attribuzioni della Banca d'Italia in materia di identificazione dei requisiti patrimoniali e di *governance*[17]) si prestano, quindi, ad anticipare gli obiettivi della tutela improntando a questi ultimi il contegno degli operatori in ciascuna fase della loro esistenza.

Guardando al tema in una prospettiva di analisi economica del diritto si potrebbe evidenziare che le regole di organizzazione non incidono tanto sulla possibilità delle parti di esprimere i propri obiettivi nel mercato (comprimendola o canalizzandola verso il contestuale perseguimento di finalità di interesse pubblico) quanto, di contro, sull'esistenza stessa di tali obiettivi e sulla loro prospettabilità al momento dell'ingresso nel mercato bancario. Le regole di organizzazione, in altri termini, contribuiscono a definire *ab origine* le preferenze degli attori di mercato perché, identificando l'archetipo dell'operatore vigilato, ne identificano indirettamente gli obiettivi imprenditoriali: si potrebbe dire che la definizione della fisionomia dell'agente ne condiziona necessariamente la funzione d'utilità, posto che un soggetto che presenta determinate caratteristiche potrà, per sua

[17] Per tutti F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019.

stessa natura, perseguire solo specifiche tipologie di obbiettivi.

Da questa considerazione deriva giocoforza che, quando si guarda alle regole di organizzazione, il tema dell'anticipazione della tutela debba necessariamente analizzarsi facendo riferimento alla dimensione statica dell'operatore. Si tratta, quindi, un'anticipazione – come si diceva – atipica o "impropria", in quanto facente riferimento alla definizione dei presupposti del controllo sui mercati, piuttosto che al controllo in senso proprio: le regole di organizzazione esistono a prescindere e al di fuori del contesto nel quale l'autorità è successivamente chiamata a far valere l'esigenza di una tutela. Sono limiti, potrebbe dirsi, non di oggetto o non di condotta, ma "di contesto", i quali sono posti (ed esercitano la loro influenza) a prescindere da ciò che l'operatore deciderà effettivamente di fare una volta entrato nel mercato.

In questa tipologia di interventi viene, dunque, a mancare quell'elemento interazionale che invece è proprio delle regole di attività, che caratterizza per la dimensione dinamica dei poteri di intervento e il loro (complesso) collocarsi nella contrapposizione tra le posizioni – e gli interessi – degli attori del mercato, nonché tra questi e le finalità della vigilanza.

Disposizioni rinvenibili del t.u.b. quali l'art. 19, comma 2 e comma 9 in materia di autorizzazioni, gli artt. 53 e 56 – fondanti rispettivamente le attribuzioni della Banca d'Italia in materia di vigilanza regolamentare e la possibilità di operare controlli sulle modificazioni statutarie degli operatori – o, ancora, l'art. 67-*ter* comma 1 lett. *d)* (relativo ai provvedimenti che la Banca d'Italia può emanare nei confronti delle capogruppo dei gruppi bancari con riferimento alla restrizione delle attività del gruppo, ovvero al divieto di effettuare determinate operazioni) sono idonei di incidere in vario modo sull'attività dei soggetti vigilati e, in questo senso, hanno senza dubbio un effetto anticipatorio in termini di perseguimento delle finalità di tutela[18]. Al

[18] Cfr. P. GAGGERO, *Correttezza e vigilanza di tutela nel Testo unico bancario*, in *Quaderni di Ricerca*

Giuridica di Banca D'Italia – A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time, 2024, 99, 165 ss.; S. MONTEMAGGI, *La vigilanza di tutela della Banca d'Italia: il disegno sistematico del Titolo VI del TUB alla prova della legislazione UE*, *ibidem,* 235 ss.; C. ROBUSTELLA, *Misure preventive e restitutorie nell'ambito della vigilanza di tutela*, *ibidem*, 251 ss.

contempo, tuttavia, il potere conformativo connesso all'esercizio di tali poteri si determina primariamente attraverso l'estrinsecazione di un giudizio di legittimità avente quale proprio oggetto la fisionomia del soggetto vigilato. Di conseguenza, la sua incidenza si apprezza, con riferimento alla conformazione dell'attività negoziale – ad esempio, avendo a riguardo la sorte dei contratti stipulati da un operatore che agisca in violazione della disciplina sulle riserve ovvero, in senso più ampio, al di fuori dei cd. regimi autorizzatori vincolanti[19] – come il "precipitato performativo" di una violazione della disciplina "statica", relativa ai connotati soggettivi dell'operatore.

I poteri dell'autorità di vigilanza bancaria riferibili alle regole di organizzazione costituirebbero dunque forme indirette di anticipazione della tutela, nel senso che essi perseguono l'obiettivo della tutela del cliente e dell'investitore – taluni farebbero riferimento anche al consumatore di servizi bancari e finanziari, formula in grado di condurre il discorso all'interno della riflessione in materia di contrattazione asimmetrica e standardizzazione negoziale – identificando le caratteristiche del soggetto con cui il cliente può interagire. Più che un'anticipazione della tutela ci si troverebbe di fronte, in questo senso, ad un'azione costitutiva della stessa.

La seconda traiettoria, come anticipato, è quella relativa alle ipotesi di anticipazione della tutela cui si perverrebbe attraverso poteri che disciplinano l'oggettivo della negoziazione, ossia alle caratteristiche del prodotto circolante nel mercato vigilato. Anche in questo contesto l'esperienza del settore finanziario (qui, più propriamente, mobiliare[20]), è particolarmente significativa, alla luce della crescente attenzione dedicata, nel corso del tempo, al tema del governo del prodotto[21]. I

[19] M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc*., 2003, I, 65.

[20] V. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2015, 177. In precedenza, G. MINERVINI, *Le istituzioni per la tutela del pubblico risparmio: l'ISVAP,* in *Rassegna economica*, 1955.

[21] G. BERTI DE MARINIS, *Avvicinamento dei mercati regolamentati e presidi di governo del prodotto*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI, E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017, 313 ss. In generale cfr. altresì V. TROIANO, La product governance, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MIFID 2. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, 213 ss.; F. GRECO, *Dall'informazione pre-contrattuale alla*

poteri di definizione ed intervento attribuite alle autorità in materia di *product governance* giocano ormai un ruolo centrale nell'azione di vigilanza, riconducendo le esigenze di protezione nelle fasi di creazione e conformazione dei prodotti e richiedendo all'operatore di evidenziare la compatibilità degli stessi con un determinato *target* di clientela e le loro caratteristiche. Attraverso il controllo sulla fisionomia del prodotto i poteri dell'autorità di vigilanza in materia di *product governance* promuovono una responsabilizzazione del *manufacturer* attraverso l'introduzione di obblighi di verifica della "non tossicità" dello strumento negoziato con le diverse tipologie di clienti[22].

Ancora una volta, tuttavia, e similmente a quanto già osservato in relazione alle regole di organizzazione (categoria alla quale, peraltro, le disposizioni in materia di *product governance* sono da taluni ricondotte[23]) l'anticipazione della tutela in questo contesto attiene, per così dire, a procedure "interne" di conformazione del rapporto, destinate ad agire a priori rispetto al sorgere dello stesso ed indipendente dai caratteri dell'interazione tra le parti. Se, in altre parole, la definizione dei profili organizzativi e soggettivi dell'operatore incide sull'azione di questo in termini di "promozione indiretta" di un determinato *agere* imprenditoriale, vincolandone la funzione di utilità, i poteri in materia di governo del prodotto condizionano la composizione del "paniere" di opzioni che l'operatore potrà offrire al mercato nel corso della propria attività. Anche in questo caso, dunque, di anticipazione conformativa della tutela in senso proprio potrebbe parlarsi solo in parte: ci si trova, infatti, ancora una volta nell'ambito della definizione delle "condizioni di partenza" cui gli operatori devono attenersi, operante a monte rispetto alle dinamiche del mercato.

---

product governance: tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli regolatori, in *Dirittobancario.it*, 2017, 11.

[22] D. IMBRUGLIA, *Le regole di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017; F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle società*, 2018, 4, 1100.

[23] S. LANDINI, A. CAMEDDA, *La product oversight and governance nel sistema del governo societario dell'impresa di assicurazione*, in *Banca, borsa tit. cred*., 2021, II, 239. Cfr. altresì R. LO CONTE, *La product oversight and governance nel diritto assicurativo. Evoluzioni delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato*, Milano, 2022 e riferimenti ivi presenti.

6. *Anticipazione della tutela e conformazione della contrattazione*

Analizzate le due traiettorie "improprie" dell'anticipazione della tutela attraverso regole di organizzazione e di prodotto si perviene, da ultimo, all'analisi di quelle disposizioni che attribuiscono alle autorità il potere di incidere sull'attività delle parti ai fini del perseguimento delle finalità di vigilanza.

Con riferimento a questa dimensione d'indagine, si ritiene che la manifestazione più significativa del fenomeno si rinvenga nel potere di "normativizzazione" dei contratti attribuito Banca d'Italia, ossia in quella capacità, riconosciuta all'autorità di vigilanza, di definire le caratteristiche degli schemi contrattuali praticabili da banche ed altri intermediari del credito, imponendone l'aderenza ad un contenuto tipico determinato e esercitando un potere che, pur di discussa qualificazione, potrebbe definirsi in prima approssimazione come "connotativo" o "di condizionamento"[24]. La disposizione che assume maggiore interesse, in quest'ottica, è certamente l'art. 117 comma 8 t.u.b. e le sue successive manifestazioni (come la disciplina del c.d. conto corrente semplice), alcune delle quali – peraltro – oggetto in temi recenti di attenzione da parte di giurisprudenza di legittimità: si pensi, ad esempio, al dibattito circa la sorte dei contratti di credito fondiario conclusi in violazione delle regole in materia di limiti di finanziabilità[25].

---

[24] Cfr. G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1994, 935 ss.; A. NERVI, *Autorità amministrative e potere autoregolamentare nella predisposizione dei contratti. Riflessioni sull'art. 117, 8 co., T.U. banc*., in A. GUACCERO, A. URBANI (a cura di), *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, Bologna, 1999, 240; per un inquadramento generale della norma v. A. MIRONE, *Commento all'art. 117*, in C. COSTA, A. MIRONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2024, II, 1755.

[25] Sul tema, in generale, v. A. PATRONI GRIFFI, *La nuova disciplina del credito fondiario: Requisiti e caratteristiche dell'operazione. Tipicità e obbligatorietà della disciplina*, in *Riv. dir. impr*., 1996, 245; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 452. Più di recente F. ONNIS CUGIA, *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*, in *Banca borsa tit. cred*., 2015, II, 463 ss.; A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio all'irragionevolezza»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 33; A. CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità*, in *Banca borsa tit. cred*., 2019; R. PARTISANI, *La nullità (virtuale) del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 21 ss.; S. PAGLIANTINI, *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a*

Al di fuori delle sue manifestazioni specifiche nel comparto bancario la disposizione, assume, peraltro, rilievo anche alla luce della particolare "*vis expansiva* orizzontale" mostrata nel corso del tempo: il modello delineato dall'art. 117 comma 8, infatti, è emerso nel corso del tempo come una sorta di *standard* operativo per la definizione di poteri attribuiti ad altre autorità di vigilanza. Si tratta, in altri termini, di una disposizione che, salutata in dottrina come atipica e distonica rispetto all'impianto del t.u.b. (e della vigilanza in generale) lo appare, perlappunto, sempre meno, considerando come le autorità economiche si vedano ormai attribuite crescentemente poteri di condizionamento destinati a ad incidere sugli assetti negoziali delle parti.

Si pensi, in questo senso, ai poteri attribuiti all'Autorità Garante per le Comunicazioni[26] in materia di accesso ed interconnessione, nonché a quelli previsti a tutela del diritto d'autore, per la determinazione dell'equo compenso degli editori e, più in generale, in materia di rapporti contrattuali tra autori, artisti e i loro aventi causa[27]. Analogo discorso può farsi, inoltre, con riferimento alle deliberazioni dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente in materia di definizione delle tariffe del servizio idrico, nonché con riferimento ai poteri di predisposizione, da parte dell'Amministrazione delle Dogane e dei Monopoli, degli schemi di "contratto tipo" per i concessionari di giochi e scommesse[28]. Guardando alle attribuzioni della già richiamata AGCM, poi, il tema si lega a quello dei cd. "super poteri" attribuiti all'autorità – legittimata ad adottare misure strutturali e comportamentali al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza in fase di indagine conoscitiva[29] - o, ancora, alle disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati dai vettori di trasporto aereo introdotte

passo di gambero, in *Nuova giur. civ. comm*., 2023, 2, 408 ss.; T. RUMI, *La tormentata vicenda del credito fondiario*, in *Contr*., 2022, 65.

[26] Cfr. E. BRUTI LIBERATI*, Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc*., 2014, I, 63.

[27] V. riassuntivamente S. LAVAGNINI, *Riforma del diritto d'autore e nuovi poteri di Agcom: cosa cambia e prossimi step*, *Agendadigitale*, 26 gennaio 2022.

[28] A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, 124 ss.

[29] Cfr. F. TRUBIANI, *Poteri regolatori dell'AGCM ed efficacia conformativa del contratto*, in M. Angelone, M. Zarro (a cura di), *Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati,* Napoli, 2022, 13 ss.

dal cd. *Decreto Asset*[30]. Ancora: ponendo attenzione alla disciplina per il corretto trattamento dei dati personali viene in rilievo il potere, attribuito al Garante, di imporre al titolare ovvero al responsabile del trattamento di conformare la propria attività alle disposizioni della *General Data Protection Regulation*[31]. Rispetto alla totalità dei qui menzionati interventi l'esperienza della Banca d'Italia non è solo cronologicamente antecedente ma anche "esemplare": essa rappresenta un filtro interpretativo di primario interesse per comprendere i modelli e i confini dei poteri di anticipazione della tutela.

Ciò è confermato, indirettamente, dal fatto che proprio lo studio dei poteri dell'autorità di vigilanza bancaria ha dato, storicamente, origine al dibattito sul tema del condizionamento contrattuale: si è parlato in merito, con diverse accezioni, di contratto amministrato, contratto adeguato ovvero di contratto conformato[32], indagando il rapporto tra

[30] M. CAPPAI, *Dalle tariffe dei voli insulari durante le festività all'intera economia. La rocambolesca genesi della market investigation all'italiana*, in *Merc. conc. reg*., 2023, 3, 391-422; cfr. altresì M. RAMAJOLI, *La tutela pubblicistica della concorrenza*, intervento in occasione del convegno "*Tutela della concorrenza, regolazione economica e politica industriale nel nuovo paradigma europeo di disciplina dei mercati*", Università degli studi di Milano, 5 giugno 2024, consultabile al sito *www.air.unimi.it*.

[31] Art. 58 comma 2, lett. *d)*, del Regolamento (Ue) 2016/679.

[32] Per una panoramica sul tema cfr. E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, 1 ss.; M. SEMERARO, *«Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)*, in *Rass. dir. civ*., 2012, 3, 808 ss.; I. PERNA, *Authorities e contratto. Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,* in *Nuove autonomie*, 2017, 1, 234; C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, 91; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012; M. ANGELONE, *autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012; N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione. Dialoghi sul diritto dell'energia*, Torino, 2015; C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti. Un'ipotesi di studio*, Milano, 2023 S. AMOROSINO, *Le autorità indipendenti "economiche" ed il prisma delle conformazioni dei contratti*, in *Riv. dir. banc*., 2024, aprile/giugno, 253 ss. Si consenta, inoltre, un rinvio a A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario*, Bari, 2025, 362 ss.

queste figure e l'autonomia privata, al fine di identificare i confini entro i quali l'esercizio di tali attribuzioni potesse ritenersi coerente con i limiti concessi alla discrezionalità tecnica.

Il tema non è, per vero, limitato al già menzionato art. 117 comma 8 t.u.b.: altre disposizioni riferibili alla medesima logica – l'anticipazione della tutela attraverso il condizionamento del rapporto contrattuale – sono, ad esempio quelle in materia di controllo sulle obbligazioni di cui all'art. 12 comma 5, t.u.b. (che trovano la propria disciplina di dettaglio nelle *Istruzioni di vigilanza* per gli enti creditizi). Il medesimo discorso può farsi per le regole in materia di strumenti di debito chirografario di secondo livello, di cui all'art. 12-*bis* t.u.b.; giova poi richiamare, con riferimento ad una disciplina di emersione relativamente più recente, l'art. 120-*quinquesdecies* in materia di inadempimento del consumatore, in virtù del quale del quale la Banca d'Italia è titolare del potere di adottare disposizioni di attuazione relative alle procedure che il finanziatore deve adottare per gestire i rapporti con i consumatori che si trovino in difficoltà nei pagamenti[33]. Questi poteri, nella pratica, consentono all'autorità di "anticipare la tutela" attraverso processi di canalizzazione dell'atto negoziale (sostanziantesi nella predeterminazione dei suoi contenuti) verso finalità di interesse pubblico, con l'obiettivo di favorire un allineamento – eteronomo – tra interessi di parte e benessere generale.

Questo aspetto diviene ancora più evidente laddove si consideri che le disposizioni di diritto sostanziale richiamate, si legano anche alla disciplina dettata dall'art. 128-*ter* t.u.b. in materia di misure inibitorie. Anche nel contesto della tutela più propriamente cautelare, infatti, la dimensione contrattuale emerge con forza qualora si osservi che il comma 1 lett. *b)* della norma in parola prevede la possibilità, per la Banca d'Italia, di inibire la conclusione (almeno, qualificandoli come contratti tipici[34]) di contratti che non si allineano ai requisiti previsti dal

[33] Per tutti L. MODICA, *Commento all'art. 120-quinquiesdecies*, in C. COSTA, A. MIRONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2024, I, 1964 e riferimenti ivi presenti.

[34] Per l'applicabilità generale del modello di conversione v. U. Majello, *Commento sub art. 117*, IN F. BELLI, G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commentario*. Bologna, 2003, 1943-1944. Con riferimento specifico alla disposizione v. U. MALVAGNA, *Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati*,

Titolo VI t.u.b., attribuendo in questo modo all'autorità una sorta di "veto negoziale"[35]. Si tratta, peraltro, di una facoltà che si rivela particolarmente significativa ove messa in relazione con i poteri restitutori di cui alla lett. *a)* della medesima disposizione – relativi certamente alle attività, ma verosimilmente anche alla sorte dei singoli contratti conclusi dall'operatore che presentino irregolarità – nonché con la possibilità, prevista in capo alla Banca d'Italia, di imporre "altri comportamenti conseguenti" in presenza di violazioni della disciplina.

7. *Considerazioni conclusive*

Da quanto si è complessivamente osservato emerge con chiarezza la posizione di preminenza – a livello cronistorico, ma altresì concettuale – dell'autorità di vigilanza bancaria nell'indagine dei modelli di anticipazione della tutela suscettibili di avere un effetto conformativo sul mercato. Tale primazia, tuttavia, deve essere valorizzata anche in una prospettiva critica, identificando nella Banca d'Italia un referente primario per comprendere quali siano i rischi connessi all'esercizio di tali poteri.

Tra questi rischi spiccano, evidentemente, quello di un'eccessiva compressione dell'autonomia privata degli operatori e il pericolo di violazioni del principio di legalità in presenza di disposizioni attributive di poteri "in bianco". È necessario chiedersi, in altri termini fino a che punto possa considerarsi ammissibile un'azione eteronoma che incida sugli assetti negoziali predisposti dagli operatori *prima* che l'azione degli stessi generi una ragione d'intervento; ciò, specialmente laddove l'azione dell'autorità non incida su aspetti statici quali le regole di organizzazione ovvero il governo del prodotto, che per loro natura devono essere disciplinati al "momento zero" dell'operatività del

in *Riv. dir. banc*., 2023, suppl. fasc. II, 130; M. PASSALACQUA, *Art. 128-ter*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2060; A. PORTOLANO, *Commento sub art. 128-ter*, in C. COSTA, A. MIRONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2024, 2271 ss.

[35] In linea con tale tesi anche F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, suppl. 3 al n. 1, 22. cfr. altresì A. COLAVOLPE, *Operazioni e servizi bancari e finanziari: i controlli della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv*., 2004, 3, 681 ss.

soggetto vigilato ma, piuttosto, su elementi "dinamici" legati all'incontro tra gli interessi delle parti e alla contrattazione tra loro intercorrente.

Sul tema sia consentita, in conclusione, soltanto una considerazione: a fronte dell'innegabile ampliamento dei poteri di condizionamento che si basano sull'anticipazione della tutela, e dei problemi che ciò può creare, è ragionevole ritenere che il confine della legittimità dell'intervento debba necessariamente essere identificato guardando all'incidenza che tali poteri hanno sull'assetto di incentivi dei contraenti. In altre parole: le disposizioni che attribuiscono all'autorità poteri di anticipazione della tutela che si sostanziano nel condizionamento della contrattazione dovranno considerarsi ammissibili – e coerenti con i principi sottesi l'autonomia privata – soltanto nel momento in cui tali poteri si manifestino in modalità idonee a perseguire gli obiettivi della vigilanza senza, tuttavia, incidere direttamente sulla libertà delle parti nella definizione dei propri obiettivi di mercato.

Ancora una volta il riferimento all'esperienza della Banca d'Italia si rivela particolarmente utile: nel contesto dell'attuazione dell'art. 117 comma 8 t.u.b., gli interventi che funzionali al perseguimento di obiettivi di trasparenza, come esempio la previsione di obblighi informativi, sembrano di conseguenza configurare forme di anticipazione della tutela "genuina", in quanto idonei a promuovere una delle finalità della vigilanza (la trasparenza della negoziazione) senza, al contempo, incidere sulla condotta delle parti dal punto di vista della scelta delle loro modalità di azione (ad esempio, la volontà di ricorrere ad uno specifico assetto contrattuale). Tali interventi hanno una funzione efficientante e conformativa, ma questa si manifesta riconducendo gli obiettivi cui la vigilanza tende all'interno di una contrattazione genuinamente libera. Di contro, nel momento in cui l'intervento dell'autorità sia suscettibile di incidere *ex ante* sugli incentivi delle parti a ricorrere a determinate forme di contrattazione, o a prediligere determinati strumenti, ne risulterà ben più complessa un'interpretazione in termini di neutralità: in tali casi, infatti, non ci si troverà tanto di fronte ad una forma di anticipazione della tutela quanto, piuttosto, ad un intervento di stampo più propriamente regolatorio.

ROBERTO LATTANZI

Protezione dei dati personali e strumenti di anticipazione della tutela: il potere di avvertimento[*]

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e delimitazione dell'oggetto dell'indagine. – 2. L'avvertimento, inteso come misura anticipatoria della tutela, quale novità del RGPD: dalle prime discipline nazionali di protezione dei dati personali al pacchetto di riforma della protezione dei dati dell'UE. – 3. L'avvertimento nelle discipline di protezione dei dati personali: finalità e caratteri. – 4. (Segue) I confini (talora incerti) dell'avvertimento: uno sguardo alla prassi applicativa. – 5. (Segue) I cd. avvertimenti generali. – 6. Gli effetti dell'avvertimento. – 7. Ultime considerazioni: l'avvertimento quale "cenerentola" tra le misure correttive?

1. *Considerazioni preliminari e delimitazione dell'oggetto dell'indagine*

1.1. La riflessione sugli strumenti di anticipazione della tutela presenti nelle discipline di protezione dei dati personali – segnatamente in quelle oggi vigenti ed originate dal pacchetto di riforma legislativa in materia di protezione dei dati del 2012[1], portato a compimento nel 2016 – richiede una preliminare delimitazione del campo d'indagine, atteso che, potrebbe dirsi, larga parte dello strumentario in esse

[*] Il testo sviluppa i contenuti della relazione tenuta in occasione del Convegno "Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto", Università degli Studi di Trento – 6 e 7 febbraio 2025. Le considerazioni svolte, proprie dell'autore, non sono riferibili all'Istituzione presso la quale opera.

[1] Con la locuzione indicata nel testo si fa riferimento, anzitutto (come indicato nella Comunicazione "Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso. Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo" del 25.1.2012, le cui linee essenziali erano state enunciate nella Comunicazione "Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea" del 4.11.2010), al Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), di seguito citato con l'acronimo RGPD, e alla coeva direttiva (UE) 2016/680 del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (cd. LED, *Law enforcement directive*).

contenuto (sin dalle più risalenti normative in materia) è, a ben vedere, preordinato a prevenire la violazione dei valori personalistici e delle situazioni giuridiche soggettive sottese al diritto alla protezione dei dati personali.

Infatti, l'osservanza dei principi generali di protezione dei dati[2] – non disgiunta da un'effettiva applicazione del principio di *accountability* (art. 5, par. 2, del RGPD) – e l'esercizio da parte dell'interessato degli strumenti che, nel loro insieme, danno corpo al diritto alla protezione dei dati personali – anzitutto i cd. diritti informatici, quali il diritto di accesso, di rettifica, di opposizione o di cancellazione (disciplinati agli artt. 15-21 del RGPD) – sono tali da (o, quantomeno mirano ad) assicurare il soddisfacimento delle pretese individuali anche indipendentemente dall'attivazione di rimedi giurisdizionali o di natura amministrativa. In una battuta, con le parole di Stefano Rodotà, le discipline di protezione dei dati già conterrebbero gli strumenti che fanno di ciascuno il "garante di se stesso"[3].

1.2. Ciò detto, la riflessione che siamo però chiamati a svolgere si incentra sulle forme di tutela, di natura anticipatoria, che prevedono l'intervento dell'autorità controllo[4], e segnatamente sulla misura

[2] Anzitutto quelli ora contenuti nell'art. 5 del RGPD.

[3] Cfr. S. RODOTÀ, *Relazione per l'anno 1998. Discorso del Presidente*, Roma, 12 aprile 1999, in *gpdp.it*, doc. web n. 3529092: secondo l'Autore, «la novità del sistema non consiste nell'aver creato un organo al quale il cittadino deve necessariamente rivolgersi quando viene messo in discussione o violato uno dei suoi nuovi diritti. L'innovazione vera sta nell'aver costituito ogni cittadino come garante di se stesso, dal momento che ciascuno può direttamente curare la tutela dei propri diritti senza alcuna intermediazione burocratica». Rodotà torna a ribadire l'assunto in occasione dell'audizione del "Comitato di lavoro sull'usura e il racket", nell'ambito dei lavori della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere; nel Resoconto stenografico della riunione di mercoledì 2 febbraio 2000 si legge: «C'è una linea che corrisponde alla logica della legge n. 675: non mi stanco di ripetere che l'importanza di questa legge non sta nell'avere istituito un nuovo organo burocratico, il Garante, ma nell'aver costituito ciascun cittadino come garante di se stesso: cioè avergli attribuito un potere di controllo sulla gestione delle informazioni fatta da soggetti pubblici o privati».

[4] Sui cui poteri, per una prima ricognizione e ulteriori richiami, cfr. R. LATTANZI, *Supervisory Authorities (Powers)*, in G. COMANDÈ (ed.), *Elgar Encyclopedia of Law and Data Science*, Cheltenham – Northampton (Ma), 2022, 329 ss. Come è noto, nell'ordinamento nazionale l'autorità di controllo è il Garante per la protezione dei

prevista all'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD, in forza del quale l'autorità di controllo, nell'esercitare i propri poteri correttivi[5], può «rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti *previsti* [corsivo aggiunto] possono verosimilmente violare le disposizioni del presente regolamento»[6].

---

dati personali: cfr. art. 2-*bis*, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, nel seguito, semplicemente, "Codice").

[5] Non forma quindi oggetto di indagine in questa sede il più ampio e variegato strumentario a disposizione delle autorità di controllo (e dalle stesse largamente impiegato) volto ad assicurare una più agevole *compliance* (per ricorrere a un termine di largo uso) e che persegue quindi la funzione (latamente intesa) di prevenzione delle violazioni: strumenti i cui contenuti si desumono, anzitutto, dai compiti assegnati alle autorità di controllo dall'articolo 57 − in particolare alle lett. c), d), l) e v) – e nei poteri loro riconosciuti nell'art. 58 del RGPD – in particolare, al di là del caso dell'avvertimento, nelle forme previste al par. 3, lett. a), b) e d) −. Senza poter procedere ad un'analisi più ravvicinata, si tratta dei canali di comunicazione con il pubblico e i titolari del trattamento, da tempo alimentati (con livelli differenziati di approfondimento) da tutte le autorità di protezione dei dati (ed ora anche dal Comitato europeo per la protezione dei dati) ricorrendo a strumenti informativi/interpretativi della più varia natura, primi fra tutti le linee guida, finalizzate ad esplicitare (anticipatamente rispetto all'attività di controllo) le corrette modalità di attuazione delle disposizioni di protezione dei dati personali, in particolare delle norme e delle clausole generali nelle stesse contenute. E, nondimeno, una funzione analoga è stata assolta in passato dai codici di deontologia e di buona condotta approvati dalle autorità di protezione dei dati e, oggi, alla luce dell'art. 40 del RGPD, dai codici di condotta, la cui predisposizione è incoraggiata dalle autorità di controllo (e sui quali queste ultime sono chiamate ad esprimere un parere sulla conformità al RGPD): anche questi strumenti possono significativamente concorrere ad aumentare la sicurezza giuridica in ordine alla corretta esecuzione dei trattamenti e, quindi, a prevenire le violazioni.

[6] La locuzione è espressa in (alcune delle) altre versioni linguistiche del Regolamento con le seguenti espressioni: «*intended processing operations*», «*opérations de traitement envisagées*», «*beabsichtigte Verarbeitungsvorgänge», «operaciones de tratamiento previstas*» e, ancora, «*operações de tratamento previstas*». In estrema puntualizzazione, si potrebbe ritenere che, presupponendo la disposizione un trattamento solo previsto (cioè non ancora in essere), ancora non vi sia, in senso proprio, un titolare o un responsabile del trattamento (se non in chiave prospettica). Ma il legislatore chiaramente riferisce la titolarità (o la qualità di responsabile) del trattamento al soggetto che sta pianificando le operazioni di

Sulla base della disposizione appena richiamata[7], in prima approssimazione deve riconoscersi che, nel caso dell'avvertimento, il potere correttivo dell'autorità di controllo è esercitato in una fase in cui lo specifico trattamento oggetto della misura in parola non è ancora in essere, è (per l'appunto) solo previsto; il trattamento è oggetto di pianificazione o, se si vuole, è in fase di *design*[8] o, ancora,

trattamento e che, solo, in questa veste, può quindi essere destinatario del potere di avvertimento.

[7] Ad essa si farà prioritariamente riferimento nella trattazione, con la precisazione, però, che il RGPD ha fatto da matrice rispetto alle altre disposizioni di protezione dei dati pure recanti, con il medesimo significato, la misura dell'avvertimento. Così, con identico tenore letterale, l'art. 58, par. 2, del Regolamento (UE) 2018/1725 del 23 ottobre 2018 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il Regolamento (CE) n. 45/2001 e la Decisione n. 1247/2002/CE, nonché l'art. 47, par. 2, lett. a), direttiva (UE) 2016/680 la quale identicamente prevede che l'autorità di controllo possa «rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti previsti possono verosimilmente violare le disposizioni adottate a norma della presente direttiva». Su tali disposizioni non si soffermano le presenti considerazioni, se non per rilevare che la richiamata disposizione della LED ha formato oggetto di recepimento nell'ordinamento italiano per mezzo dell'art. 37, comma 3, lett. c), d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 (Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio), secondo cui il Garante può «rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento in ordine alle possibili violazioni delle norme del presente decreto» (cioè del d.lgs. n. 51/2018): si tratta, all'evidenza, di disposizione poco felice che, al di là di ulteriori considerazioni, tradisce la specificità della misura introdotta a livello europeo, che ha il suo *proprium* nella valenza anticipatoria che caratterizza l'avvertimento, in presenza di trattamenti, come si è visto, soltanto previsti (ai quali invece la disposizione nazionale di recepimento della LED non fa riferimento alcuno).

[8] Si tratta, specie in relazione a (più articolati o sofisticati) sistemi informativi di trattamento dei dati personali, di una fase decisiva per assicurare che vengano compiutamente rispettati (*by design*, per impostazione predefinita) i principi di protezione dei dati personali, prevenendo violazioni che (in larga parte dei casi) avrebbero ricadute di natura sistemica: v. al riguardo i rilievi critici del Garante nel provv. 15 novembre 2018, n. 481, doc. web n. 9059949, nei confronti dell'Agenzia delle entrate in materia di obbligo di fatturazione elettronica: «Il tempestivo, e necessario, coinvolgimento dell'Autorità, ora previsto anche in fase legislativa,

semplicemente, il sistema preposto al trattamento (non importa quanto sofisticato)[9], pur "pronto all'uso", (non importa per quale ragione) non è ancora entrato in funzione, sì da potersi ritenere che il trattamento preso in considerazione non abbia (ancora) avuto inizio[10].

Superata questa soglia[11], in caso di violazione, possono – a seconda dei casi − trovare spazio altri poteri correttivi riconosciuti alle autorità

avrebbe certamente potuto contribuire ad avviare il nuovo progetto con modalità e garanzie rispettose della protezione dei dati personali fin dalla progettazione». Anche nell'esperienza tedesca, nello stesso senso si è espresso l'avvertimento indirizzato al governo regionale della Turingia, volto a evidenziare la possibile violazione del rispetto del principio di minimizzazione (ribadendo l'ammissibilità della comunicazione al Parlamento dei soli dati personali necessari per l'adempimento dei compiti della commissione d'inchiesta, nota come "*Untersuchungsausschuss Postenaffäre*", istituita, a seguito dello scalpore suscitato da una relazione della locale Corte dei conti sulle pratiche di assunzione dei segretari di stato da parte del governo del *Land* nonché dei collaboratori personali presso i ministeri e la cancelleria di Stato, per esaminare la correttezza delle procedure di assunzione o dell'assegnazione del personale): cfr. 6. Tätigkeitsbericht zum Datenschutz nach der DS-GVO des Thüringer Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 2024, 87 ss.

[9] Si pensi, banalmente, anche ad un sistema di videosorveglianza, già approntato e in grado di riprendere immagini in contesti nei quali il trattamento sarebbe vietato, ma (ancora) disconnesso dall'alimentazione elettrica.

[10] Quanto riferito nel testo, risultante dalla lettura del dato normativo che, in termini astratti, si caratterizza per linearità (e in questi termini è peraltro interpretato in misura assolutamente prevalente dalla letteratura che si è soffermata sulla disposizione), deve comunque fare i conti con le fattispecie concrete che le autorità di controllo possono trovarsi a dover valutare e, segnatamente, con il problema (fattuale), che può presentarsi, dell'incertezza (anche correlato alle possibili difficoltà di accertamento in concreto dei fatti) circa l'esistenza (o meno) del trattamento oggetto della misura da adottarsi. Sul punto si torna *infra* e alla nota 45.

[11] Non se ne avvedono P. VOIGT E A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer, 2017, 209, che nella trattazione eguagliano all'avvertimento l'ammonimento (rispettivamente *warning* e *reprimand*), ritenendo altresì che, in entrambi i casi, «*These instruments can only be used by the Supervisory Authorities if infringements of the GDPR have not been proven yet*». Ma qui si deve obiettare che la questione non attiene a profili probatori: nel caso dell'avvertimento, infatti, la presenza di un trattamento iniziato precluderebbe comunque l'esercizio di questo potere conferito alle autorità di controllo e, più che di prova della violazione (che non può, per definizione, darsi), dovrebbe semmai parlarsi di una valutazione prognostica secondo la quale, in base agli elementi disponibili, una violazione potrebbe conseguire alle operazioni di trattamento ove poste in essere. Anche nell'esperienza italiana sembra obliterare questo profilo, determinante per il corretto

di controllo dall'art. 58, par. 2, del RGPD[12]. Non più, però, l'avvertimento.

2. *L'avvertimento, inteso come misura anticipatoria della tutela, quale novità del RGPD: dalle prime discipline nazionali di protezione dei dati personali al pacchetto di riforma della protezione dei dati dell'UE*

2.1. Se queste primissime considerazioni forniscono le coordinate essenziali dell'avvertimento nella disciplina vigente, va subito detto che lo stesso, in relazione ai contenuti che lo connotano, è una novità del RGPD e, più in generale, delle discipline che sono andate a costituire il cd. pacchetto di riforma protezione dati[13].

---

inquadramento dell'avvertimento, L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, n. 33, 2020, 1, 10, che, in quanto misura correttiva, annovera *sic et simpliciter* tale potere tra gli strumenti «preordinati a porre fine alle infrazioni del Regolamento e a ripristinare la correttezza dei trattamenti», affermando altresì che «l'Autorità potrà decidere se la sanzione sarà uno strumento di per sé sufficiente per persuadere il trasgressore, oppure se accompagnarla con una più tradizionale misura di ripristino (che va dall'avvertimento al divieto, passando per ammonimento, prescrizione e limitazione)».

[12] Il riferimento va, in particolare, alle misure previste alle lettere b), d), e), f), g), i) e j) dell'art. 58 par. 2 del RGPD. Val solo la pena precisare che le misure correttive che fanno capo a tali fattispecie non si collocano in una scala di "afflittività" − *a minore ad maiorem* −, ma possono piuttosto trovare applicazione, se del caso anche contestualmente, in base alle (varie) circostanze che ne giustificano l'adozione. In senso diverso, L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, *ibidem*, evoca una «scala di gravità degli interventi azionabili» per le misure contenute nell'art. 58, par. 2 del RGPD.

[13] Come si è visto (in nota 7), al potere di avvertimento fanno parimenti riferimento sia l'art. 47, par. 2, lett. a), direttiva (UE) 2016/680, sia l'art. 58, par. 2, lett. a), Regolamento (UE) 2018/1725. Si differenziano, invece, le discipline relative ad Europol ed Eurojust, che in larga misura riguardano operazioni di trattamento di dati personali e sulle quali ricade l'attività di controllo del Garante europeo della protezione dei dati: nel Regolamento (UE) 2016/794 dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, il legislatore attribuisce all'EDPS il potere di «rivolgere avvertimenti o moniti a Europol» (art. 43, par. 3, lett. d) ancorché la disposizione lasci all'autorità di controllo ampi spazi di manovra, attribuendole il potere di consigliare Europol, «di propria iniziativa o su richiesta, in ordine a qualsiasi argomento relativo al trattamento di dati personali, in particolare prima che adotti regolamentazioni interne relative alla tutela dei diritti e

Al riguardo, non deve indurre in inganno la circostanza che, dal punto di vista terminologico, a tale locuzione già ricorresse la direttiva 95/46/CE il cui art. 28, par. 3 annoverava tra i poteri effettivi di intervento anche quello consistente nel «rivolgere un avvertimento o un monito» all'indirizzo del (solo) titolare del trattamento[14]. A ben vedere, in punto di avvertimento, le disposizioni del RGPD e della direttiva presentano un'identità solo terminologica. All'interno della cornice regolatoria frutto della direttiva l'avvertimento – e, non diversamente, l'ammonimento[15], e di ciò è peraltro chiaro sintomo il ricorso all'endiadi operato dal menzionato art. 28, par. 3 − presupponeva infatti una violazione della disciplina di protezione dei dati e, in linea con una

delle libertà fondamentali riguardo al trattamento di dati personali» (art. 42, par. 3, lett. d). In termini solo in parte analoghi, con riguardo al Regolamento (UE) 2018/1727 del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, v. anche l'art. 40, par. 2, lett. d) e par. 3, lett. d), disposizione quest'ultima che (priva di ogni riferimento all'ammonimento) menziona il solo avvertimento, così definito (in modo più chiaro nella versione inglese) al considerando 39: «*To warn means to issue an oral or written reminder of Eurojust's obligation to execute the EDPS' orders or to comply with the proposals of the EDPS and a reminder of the measures to be applied upon any non-compliance or refusal by Eurojust*».

[14] La disposizione richiamata annovera tra gli «*effective powers of intervention*» − comunque identificati in via esemplificativa e non sempre oggetto di recepimento negli ordinamenti nazionali (cfr. la tabella riportata in OECD, *Report on the Cross-Border Enforcement of Privacy Laws*, Paris, 2006, 33) − anche quello consistente nel formulare, in modo sostanzialmente indifferenziato (anche in punto di effetti), avvertimenti o moniti («*warning or admonishing the controller*»).

[15] Nella direttiva 95/46 l'ammonimento affonda le proprie radici nel significativo formante dell'esperienza tedesca che annoverava tra i poteri dell'autorità di controllo federale, in caso di riscontrate violazioni, quello di formulare raccomandazioni volte a migliorare la protezione dei dati in ambito pubblico (*Empfehlungen zur Verbesserung des Datenschutzes*: cfr. §19(2) BDSG 1977). Ad esso si affiancava, secondo il modello già introdotto in Hessen nel 1970 (cfr. § 10(1) Hessen DSG 1970), in caso di violazioni significative da parte di soggetti pubblici, un formale potere di segnalazione al titolare del trattamento (*Beanstandung*) cui poteva essere associata una proposta circa l'eliminazione delle irregolarità rilevate e i miglioramenti da apportare (cfr. § 20 BDSG 1977): era questa la misura antesignana dell'attuale ammonimento (*Verwarnung*) che presuppone una violazione della disciplina di protezione dei dati (cfr. ad es. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, *26. Tätigkeitsbericht*, 2020, 100).

consolidata tradizione, esso costituiva una reazione a fronte di una violazione suscettibile di essere considerata "minore"[16].

Insomma, nella direttiva 95/46 avvertimento e ammonimento integravano misure diverse dalla sanzione pecuniaria ma

[16] La soluzione fatta propria dalla direttiva 95/46 (come per vero, non diversamente, le restanti misure contenute, un po' alla rinfusa, nel suo art. 28, par. 3: v. in questo senso U. DAMMANN, S. SIMITIS, *Artikel 28*, in *EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar*, Baden-Baden, 1997, *Rdnr*. 10) veniva a porsi in linea di continuità con quella già presente in taluni degli ordinamenti nazionali anteriormente alla sua adozione: per quanto di interesse, basti ricordare l'esperienza (sicuramente influente) maturata nell'ordinamento francese, nel quale l'*avertissement* è chiaramente collocato tra le misure sanzionatorie suscettibili di essere adottate a fronte dell'accertata violazione della disciplina di protezione dei dati (e in questa veste troverà frequente applicazione da parte della CNIL): presente originariamente già nell'art. 21, comma 4 della *loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, trovava ancora spazio, nelle successive rivisitazioni della disciplina, nell'art. 18, comma 4 e, ancora, nell'art. 22. Ed anche in tempi successivi al recepimento della direttiva 95/46 l'*avertissement* continuerà a caratterizzare le violazioni della disciplina di protezione dei dati sì che l'art. 45 della (più volte) rivisitata *loi informatique*, in vigore sino al 9 ottobre 2016, ancora prevedeva che «La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction». Tale soluzione verrà imitata in altri ordinamenti europei: ad esempio, da quello spagnolo (nell'art. 45.6 della *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal - LOPD* del 1999, che aveva innovato sul punto la *Ley Organlca 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal LORTAD*: cfr. A. RALLO LOMBARTE, *The Spanish Experience of Enforcing Privacy Norms: Two Decades of Evolution from Sticks to Carrots*, in D. WRIGHT, P. DE HERT (eds), *Enforcing Privacy. Regulatory, Legal and Technological Approaches*, Springer, 2016, 123, 140 ss.) e da quello greco (cfr. l'art. 21(1)(a), nella traduzione inglese della *Law 2472/1997 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*). Per ulteriori informazioni, v. anche *European Union Agency for Fundamental Rights*, *Access to data protection remedies in EU Member States*, Luxembourg, 2013, *passim* e, in particolare, 20 s. Traccia di questa più che consolidata prospettiva si rinviene finanche nei primi commenti successivi al RGPD: v. T. WEICHERT, *DSGVO Art. 58*, in W. DÄUBLER, P. WEDDE, T. WEICHERT, I. SOMMER, *EU-DSGVO und BDSG: Kompaktkommentar: EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO), neues Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), weitere datenschutzrechtliche Vorschriften*, 2., üb. u. akt. Aufl., Frankfurt a.M., 2020, *Rdnr*. 26, il quale, un po' confusamente, qualifica dapprima l'avvertimento come misura sanzionatoria minore (in caso di violazione) e quindi ad esso fa riferimento (anche) in relazione a violazioni solo potenziali.

presupponevano entrambe l'accertamento da parte dell'autorità di controllo di una violazione attuale della disciplina rilevante in relazione a un trattamento già in essere.

2.2. Questo modello – imperniato sulla valenza di sanzione "minore" dell'avvertimento − non solo rifluirà in larga parte delle discipline nazionali in sede di recepimento della direttiva (non di rado, come detto, in linea di continuità con la cornice normativa talora pre-esistente)[17], ma si propagherà anche nel diritto dell'Unione in ambiti assai prossimi alla protezione dei dati personali[18].

E non per caso, allora, in linea con questa consolidata tradizione, l'avvertimento e l'ammonimento figuravano ancora "a braccetto" nell'art. 53, par. 1, lett. e), della Proposta di regolamento generale sulla protezione dei dati del 2012[19], unitamente alle condizioni in cui l'avvertimento (comunque a seguito di una violazione attuale) avrebbe dovuto trovare applicazione[20].

[17] Ma ciò non accadrà in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, considerati gli spazi di discrezionalità lasciati ai legislatori nazionali dalla direttiva 95/46; l'avvertimento, infatti, non troverà spazio, tra gli altri, nell'ordinamento italiano.

[18] Cfr. l'art. 47, par. 1, lett. d), del Regolamento 45/2001 con riguardo ai poteri dell'EDPS; v. anche l'art. 23, par. 2, lett. b), della Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Si considerino, al riguardo, anche le meno risalenti discipline relative ad Europol ed Eurojust che, come anticipato (v. nota 13), in punto di avvertimento non sono allineate alle soluzioni adottate nel pacchetto protezione dati (e, come si è visto, per vero non lo sono pienamente neanche tra di loro).

[19] Tale disposizione prevedeva il potere di ciascuna autorità «to warn or admonish the controller or the processor» (e, nella versione italiana, «di rivolgere avvertimenti o moniti al responsabile del trattamento o all'incaricato del trattamento»). All'evidenza di trattava di disposizione pienamente riconducibile alla logica tradizionale: cfr. Y. PADOVA, *What the European Draft Regulation on Personal Data is going to change for companies*, in *Int'l Data Privacy L.*, 2014, 39, 51.

[20] COM(2012) 11 final, del 25 gennaio 2012. L'art. 79, par. 3, dedicato alle sanzioni amministrative, prevedeva che: «In caso di prima inosservanza non intenzionale del presente regolamento può essere inviato un avvertimento scritto, senza l'imposizione di sanzioni, qualora:

(a) una persona fisica tratti dati personali senza un interesse commerciale, oppure

(b) un'impresa o un'organizzazione con meno di 250 dipendenti tratti dati personali solo accessoriamente rispetto alle attività principali».

2.3. È solo con l'adozione del testo finale del RGPD che significative modifiche verranno introdotte con riguardo ai poteri delle autorità di controllo. Quelle sulle quali si è principalmente appuntata l'attenzione dei commentatori riguardano, senza dubbio, l'omogeneizzazione dei poteri delle autorità di controllo (che ha fatto venir meno il precedente quadro frastagliato e diseguale tra gli stati membri cui la direttiva aveva lasciato ampio spazio in sede di recepimento), la contestuale generalizzazione (salvo limitate eccezioni) dell'attribuzione di poteri sanzionatori alle stesse e, soprattutto, l'introduzione di rimarchevoli massimi edittali[21], riconoscimento che sembra chiudere la stagione delle autorità di protezione dei dati quali "tigri di carta" rispetto ad altre autorità amministrative indipendenti, prime fra tutte le *competition authorities*[22].

All'interno del discorso generale sulle misure correttive, si registra però – novità rimasta sotto traccia – anche l'estensione della "fisarmonica" di queste ultime: l'avvertimento, di nuovo conio[23], trova nelle (nuove) discipline di protezione dei dati personali dell'Unione uno spazio autonomo, quale misura di tutela anticipatoria[24], e si smarca

[21] V., per tutti, P. HUSTINX, *EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the General Data Protection Regulation*, in M. CREMONA (ed), *New technologies and EU law*, Oxford, 2017, 123, 155; E. DEGRAVE, *L'autorité de contrôle*, in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (eds.), *Le Règlement sur la protection des données (RGPD-GDPR): analyse approfondie*, Bruxelles, 2018, 593, 608.

[22] Cfr., tra i tanti, P. HUSTINX, C.J. HOOFNAGLE, B. VAN DER SLOOT, F.Z. BORGESIUS, *The European Union general data protection regulation: what it is and what it means*, in *Information & Communications Technology Law*, vol. 28, 2019, 65, 93; P. DE HERT, *EU Sanctioning Powers and Data Protection: New Tools for Ensuring the Effectiveness of the GDPR in the Spirit of Cooperative Federalism*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds), *EU Law Enforcement. The Evolution of Sanctioning Powers*, London, New York, Torino, 2021, 291, 309; P. NEMITZ, *Fines under the GDPR*, in R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 2019, 231, 233.

[23] Frutto dell'orientamento generale del Consiglio: cfr. https://www.statewatch.org/media/documents/news/2015/nov/eu-council-dp-reg-multicolumn-Chaps-I-VI-VII-VIII-X-XI-14319-15.pdf.

[24] Ma qualche incrostazione del passato ancora si rinviene, ad esempio, nella (sul punto criticabile) disciplina di protezione dei dati personali di adeguamento dell'ordinamento belga al RGPD contenuta nella *Loi portant création de l'Autorité de protection des données* del 3 dicembre 2017 (LCA) che distingue l'esercizio del potere decisorio da parte dell'*Autorité de protection des données* (esercitato dalla

dall'ammonimento (*reprimand*) al quale (solo) resta rimessa la funzione (già nota alla direttiva 95/46) di reazione alle violazioni di minore entità [25].

Chambre Contentieuse) in fasi, potenzialmente due: la prima, che porta ad una adozione di una decisione in via sommaria (*prima facie*), sulla scorta degli elementi prodotti dall'istante (denominata «procédure préalable à la décision de fond»); la seconda, eventuale (denominata «procédure quant au fond» o «traitement de l'affaire sur le fond»), nella quale la decisione è adottata all'esito di un'istruttoria compiuta (o in caso di dissenso di una parte rispetto alla decisione assunta *prima facie*). Orbene, l'art. 95, 4° LCA prevede il solo provvedimento di avvertimento (senza distinguere, rispetto ad esso, tra trattamenti iniziati o solo previsti); solo l'art. 100, 5° LCA (correttamente) distingue tra provvedimenti di ammonimento e di avvertimento (con l'annotazione aggiuntiva che questi ultimi non risultano sinora essere stati adottati). Tra i numerosi casi di *avertissement* adottati *prima facie* in presenza di violazioni già realizzate, v., ad es., Décision 66/2025 del 3 aprile 2025, in https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avertissement-et-reprimande-n0-66-2025.pdf (v. in particolare i punti 20-22); Décision 31/2025 del 19 febbraio 2025, in https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avertissement-n0-31-2025.pdf.

[25] Si tratta di scelta da salutare con favore, non solo in ragione della pratica inutilità (al di là della confusione che può ingenerare) del ricorso all'endiadi (che trova una spiegazione nell'evoluzione storica che si è provato a tracciare), ma anche per una maggiore precisione dal punto di vista linguistico: l'avvertimento (*warning*) mira infatti a scongiurare il verificarsi di un evento pregiudizievole (per il destinatario dello stesso o per i terzi), qui la violazione di una regola di condotta prevista dalla disciplina di protezione dei dati; di qui la sua valenza (prevalentemente) prospettica. L'ammonimento (*reprimand*) reca invece con sé lo stigma della regola di condotta violata (ancorché di minore momento). In sede di commento del nuovo quadro regolatorio F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *MediaLaws*, 2018, 103, 118, evidenzia che il Considerando 150 (sul quale l'Autore concentra la propria attenzione, piuttosto che sull'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD nel quale l'avvertimento è disciplinato) «prevede che gli Stati membri possano, in certi casi, individuare anche soltanto nel semplice "avvertimento" la sanzione da applicare. Si tratta di un'ipotesi che il nostro Codice non conosce, cosicché sarebbe quanto meno audace pensare di affidare all'Autorità e alle sue prassi il potere di applicare questa sanzione anche in assenza di ogni innovazione normativa». Tale considerazione non è condivisibile, atteso che in base al primato del diritto dell'Unione, la misura dell'avvertimento, peraltro nella "nuova" valenza attribuitale dal Regolamento (profilo che non pare emergere dalle considerazioni svolte dall'Autore), era (ed è) destinata a trovare diretta applicazione negli ordinamenti nazionali – e così pure ha trovato attuazione anche da parte del Garante − senza necessità alcuna di modifica del Codice in materia di protezione dei dati personali.

2.4. Salvo tornare immediatamente sull'avvertimento nelle discipline di protezione dei dati personali (nella nuova accezione che si è qui evidenziata), a mo' di appendice a questo breve *excursus*, val qui la pena solo evidenziare che, in ambito europeo, gli interventi legislativi successivi alle discipline di protezione dei dati del 2016 tornano ad abbracciare la valenza originaria dell'avvertimento quale sanzione a fronte di violazioni reputate di minore entità. Ed invero, seppure contenuto in altri silos regolatori − talora prossimi alla protezione dei dati per le materie negli stessi disciplinate –, l'avvertimento torna a figurare quale reazione all'avvenuta violazione della disciplina di settore rilevante: ciò si evince, ad esempio, dal considerando 109 del Regolamento (UE) 2023/2854[26]; dall'art. 22, par. 5, lett. b), del Regolamento (UE) 2024/900[27]; dall'art. 99, par. 1, del Regolamento (UE) 2024/1689[28] e, infine, dal considerando 103 del Regolamento (UE) 2025/327[29].

Ed analoga considerazione può essere svolta rispetto ad ambiti meno prossimi alla disciplina di protezione dei dati, come può ad esempio

Modifica che sarebbe stata invece necessaria ove fosse stata accolta la formulazione della disposizione suggerita dal Consiglio, secondo cui «Each Member State shall provide by law that its supervisory authority shall have the following corrective powers […]»; ma tale formulazione non venne preferita e, a seguito del trilogo istituzionale, venne confermata quella originariamente proposta dalla Commissione secondo la quale (in via immediata) «Ogni autorità di controllo ha tutti i poteri correttivi seguenti […]».

[26] Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828.

[27] Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica.

[28] 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.

[29] Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025, sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847.

evincersi dal considerando 48 della direttiva (UE) 2024/2841[30] o dal considerando 45 del Regolamento (UE) 2021/784[31].

3. *L'avvertimento nelle discipline di protezione dei dati personali: finalità e caratteri*

3.1. Conclusa così la ricognizione della parabola che ha condotto alla ridefinizione del potere di avvertimento nel RGPD, sembra quindi potersi affermare che, lungi dal poter attribuire una valenza unitaria a tale strumento "correttivo", questo piuttosto assume un significato peculiare nelle vigenti discipline di protezione dei dati di matrice europea, integrando, dal punto di vista finalistico, una misura precauzionale o, come in altra esperienza si è detto, un *präventives Datenschutzinstrument*[32] (o, con identico significato, una *Vorfeldschutz*[33]). Trova con esso concretizzazione, in estrema sintesi, l'antico adagio secondo il quale "prevenire è meglio che curare".

Il contenuto dell'avvertimento, nel prefigurare i profili di illiceità di un trattamento di dati personali non ancora iniziato della cui verosimile

[30] Direttiva (UE) 2024/2841 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 che istituisce la carta europea della disabilità e il contrassegno europeo di parcheggio per le persone con disabilità.

[31] Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online.

[32] Si tratta di orientamento assolutamente prevalente nella letteratura tedesca che (non diversamente da altre esperienze) su questo elemento caratteristico distingue l'avvertimento (*Warnunng*) dall'ammonimento (*Verwarnung*): cfr. M. MARTINI, M. WENZEL, Gelbe Karte" von der Aufsichtsbehörde: die Verwarnung als datenschutzrechtliches Sanktionenhybrid, in *PinG* 2017, 92 e 96; K. VON LEVINSKY, *Art. 58 DSGVO*, in EßER, KRAMER, VON LEWINSKI, *Auernhammer, DSGVO/BDSG - Kommentar*, 7. Aufl., Carl Heymanns, 2020, *Rdnr*. 23; così già Nguyen, *Art. 58*, in P. GOLA, C. EICHLER, *Datenschutz-Grundverordnung: VO (EU) 2016/679: Kommentar*, 2. Aufl. München, 2018, *Rdnr* 11; Boehm, *DSG-VO Art. 58*, in J. KÜHLING, B. BUCHNER (eds), *Datenschutz-Grundverordnung, BDSG: Kommentar*, 3. Aufl., München, 2020, *Rdnr*. 21; nello stesso senso, descrivendo l'avvertimento quale *präventive Abhilfemaßnahme*, v. N. HÄRTING, C. FLISEK, L. THIESS, *DSGVO: Der Verwaltungsakt wird zum Normalfall*, in *CuR*, 2018, 296, 298. In termini sostanzialmente identici le autorità di protezione tedesche (v. ad es. Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, *49. Tätigkeitsbericht zum Datenschutz*, 2020, 162; Tätigkeitsbericht Datenschutz der Landesbeauftragten für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg, 2023, 114).

[33] Cfr. K. VON LEWINSKI, *Art. 58 DSGVO*, cit., *Rdnr*. 17.

realizzazione si hanno però già evidenze oggettive[34], rende edotto il destinatario del provvedimento delle possibili conseguenze cui il previsto trattamento − passando (per dir così) dalla potenza all'atto – andrebbe incontro[35], schiudendo le porte ad una rivalutazione e rimodulazione delle scelte formulate dal titolare del trattamento in fase di pianificazione al fine di prevenire il concretizzarsi delle violazioni (a torto o ragione) intraviste dall'autorità di controllo.

L'avvertimento, a ben vedere, muove dall'osservazione del dato di realtà, vale a dire dalla circostanza che ogni trattamento (in particolare se presenta profili di maggiore complessità o sottende più elevati rischi per i diritti e le libertà fondamentali) presuppone una (più o meno lunga e variamente articolata[36]) attività di pianificazione da parte del titolare (o del responsabile) delle misure prodromiche – che spesso comprendono anche la messa a punto di infrastrutture informative serventi – rispetto alla fase attuativa, in corrispondenza della quale le operazioni di trattamento, sino ad allora solo previste, avranno inizio[37]:

[34] Cfr. POLENZ, *Art. 58*, in S. SIMITIS, G. HORNUNG, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar*, Baden-Baden, 2019, *Rdnr*. 25. Una volta riconosciuto questo potere, la questione si sposta sull'identificazione della soglia che giustifica l'intervento dell'autorità di controllo, dovendo lo stesso essere fondato su indici tali da consentire di intravedere il potenziale verificarsi di una violazione ove il trattamento avesse luogo.

[35] Non sembra quindi corretta l'affermazione di E. GUARDIGLI, *Le Autorità di controllo*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, G. FINOCCHIARO (a cura di), Bologna, 2017, 489, 506, per la quale il potere di rivolgere avvertimenti ricorrerebbe «quando i trattamenti potrebbero violare o abbiano violato il Regolamento». L'assunto, al di là dell'equiparazione (comunque non condivisibile) tra violazioni ritenute (nella prospettiva dell'autorità di controllo) solo possibili o già integrate, trascura il *proprium* dell'avvertimento che presuppone un trattamento non effettuato.

[36] Aspetto che risulta evidente nei casi in cui sia predisposta una valutazione di impatto in conformità alla previsione dell'art. 35 del RGPD.

[37] Ciò risulta chiaramente da una pluralità di disposizioni contenute nel Regolamento dalle quali si evince l'indispensabile attività programmatoria che dovrebbe caratterizzare l'operato (anzitutto) del titolare del trattamento (e della quale dovrebbe essere tenuta traccia affinché sia data compiuta attuazione alla previsione contenuta nell'art. 5, par. 2, del RGPD): si pensi alle attività connesse alla tenuta del registro dei trattamenti di cui all'art. 30 del RGPD e alla predisposizione dell'informativa a vantaggio degli interessati, dalla quale dovrebbe risultare "un quadro d'insieme del trattamento previsto" (art. 12, par. 7, del RGPD), anche in relazione alla "esistenza di un processo decisionale automatizzato" (artt. 13, par. 2,

momento che, come detto, costituisce lo spartiacque per l'esercizio del potere di avvertimento.

3.2. Ciò premesso, perché l'adozione dell'avvertimento possa aver luogo è comunque necessario che l'autorità di controllo venga a conoscenza del trattamento previsto ed abbia altresì evidenza (sufficientemente dettagliata) degli elementi che lo dovrebbero caratterizzare sì da poter addivenire ad una valutazione di verosimile illiceità dello stesso, ove intrapreso. Tale conoscenza preventiva, con un grado sufficiente di attendibilità, tipicamente si verifica quando all'autorità di controllo, nell'ambito dei compiti alla stessa rimessi dall'art. 57, par. 1, lett. l), del RGPD, venga richiesto di esprimere un parere, come anzitutto accade a seguito dell'effettuazione di una valutazione d'impatto sul trattamento dei dati personali trasmessole dal titolare del trattamento sulla base dell'art. 36, par. 1, del RGPD[38].

lett. f) e 14, par. 2, lett. g), del RGPD); alle attività preordinate alla predisposizione della valutazione d'impatto, in relazione alle quali il titolare del trattamento è tenuto ad effettuare una "descrizione sistematica dei trattamenti previsti" (art. 35, par. 7, lett. a), del RGPD) e delle "misure previste per affrontare i rischi" (art. 35, par. 7, lett. d), del RGPD), nonché a raccogliere "le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento previsto" (art. 35, par. 9, del RGPD); non diversamente, in ordine all'eventuale decisione di consultare l'autorità di controllo a seguito della valutazione d'impatto, in ragione del rischio elevato che il trattamento da porre in essere presenterebbe (art. 36, parr. 1 e 2, del RGPD), il titolare del trattamento è chiamato ad evidenziare (tra l'altro) "le finalità e i mezzi del trattamento previsto" (art. 36, par. 3, lett. b), del RGPD) e "le misure e le garanzie previste per proteggere i diritti e le libertà degli interessati" (art. 36, par. 3, lett. c), del RGPD); pure i periodi di conservazione dei dati dovrebbero formare oggetto di previsione (cfr. art. 30, par. 1), lett. f), del RGPD), anche per porre il titolare del trattamento in condizione di rappresentarli agli interessati in caso di esercizio del diritto di accesso (cfr. art. 15, par. 1, lett. d), del RGPD).

[38] Lo rileva già A. CASELLI, *Art. 58*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy: commentario: regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, decreto di adeguamento, d.lgs. n. 101/2018, codice privacy, d.lgs. n. 196/2003*, 2018, 492; L. GEORGIEVA, M. SCHMIDL, *Article 58 – Powers*, in C. KUNER, L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY, L. DRECHSLER, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, 2020, 946, nota 26. Tale imprescindibile conoscenza precoce dei trattamenti previsti rende allora conto del numero tutto sommato contenuto di fattispecie nelle quali provvedimenti di avvertimento sono stati adottati dalle autorità di controllo (cfr. nota 89 per una prima, ancorché imprecisa, ricognizione e salve le considerazioni relative alle decisioni di

Situazione analoga viene a crearsi in relazione a trattamenti prefigurati da discipline di natura legislativa o regolamentare, in fase di predisposizione, per le quali pure, in base alla previsione degli artt. 57, par. 1, lett. c) e 36, par. 4, del RGPD, dovrebbe essere richiesto il parere all'autorità di controllo: al riguardo, l'eventuale provvedimento di avvertimento può intervenire una volta ravvisati da quest'ultima profili di contrarietà alle regole di protezione dei dati nella disciplina adottata ma prima che i trattamenti dalla stessa previsti siano posti in essere, vale a dire nell'arco temporale che ne precede l'entrata in vigore o l'applicazione[39]. E analogo discorso vale per le ipotesi in cui il parere di cui all'art. 36, par. 4, del RGPD non venga neanche richiesto e la disciplina adottata presenti criticità destinate a ripercuotersi sui trattamenti che si pongono "a valle" della stessa: in questi casi il potere di avvertimento (ove vi sia il tempo di esercitarlo) può fungere, dal punto di vista contenutistico, quale "canale di comunicazione" delle riserve dell'autorità di controllo, pur avendo quali destinatari i soggetti chiamati (in qualità di titolari o responsabili del trattamento) ad intraprendere i trattamenti previsti nella disciplina così adottata e non, a monte, e come preferibile, l'artefice della regolazione[40].

tale natura adottate dal Garante sulle quali, in misura più diffusa, si incentreranno queste pagine).

[39] Ad esempio nel caso di normative che richiedano ulteriori disposizioni di natura attuativa. Si tratta, beninteso, di ipotesi (non frequenti) nelle quali l'orientamento espresso dall'autorità di controllo nel parere non sia, in tutto o in parte, condiviso (e quindi seguito) dall'autorità chiamata ad adottare l'atto avente valore normativo ed il cui contenuto, quindi, si porrebbe (a giudizio dell'autorità di controllo) in violazione dei principi di protezione dei dati personali (e, in ultima analisi, in violazione della sovraordinata disciplina europea).

[40] Merita evidenziare che le fattispecie rappresentate, ancorché circoscritte, non sono casi di scuola e hanno trovato attuazione rispetto a trattamenti particolarmente delicati e su larga scala: basti ricordare il provv. 15 novembre 2018, n. 481, doc. web n. 9059949 – dal punto di vista cronologico, il primo provvedimento di avvertimento del Garante −, adottato nei confronti dell'Agenzia delle entrate (considerata in qualità di titolare del trattamento) in relazione a taluni trattamenti riguardanti l'obbligo di fatturazione elettronica che avrebbero dovuto avere inizio a partire dal successivo 1° gennaio 2019 sulla base di decreti direttoriali adottati dalla medesima Agenzia, il 30 aprile 2018 e il 5 novembre 2018 (sui quali, può aggiungersi, non era stato richiesto, come invece dovuto, il parere dell'Autorità, che si era così espressa, d'iniziativa, con il provvedimento di avvertimento). Di detto avvertimento l'Agenzia delle entrate tenne conto, rimodulando i trattamenti previsti come si desume, senza indulgere in un'analisi di dettaglio, dal provv. 20 dicembre 2018, n. 511, doc. web n. 9069072.

E, ancora, tale conoscenza da parte dell'autorità di controllo può essere occasionata, più in generale, ogniqualvolta, al di là dei casi espressamente menzionati nell'art. 36 del RGPD, le sia richiesto un parere, sulla scorta dell'art. 58, par. 3, lett. a) e b), del RGPD, ovvero in base a previsioni del diritto nazionale.

Si pensi, infine, anche ai casi in cui, nello svolgimento dei propri compiti istituzionali (anzitutto di supervisione), l'autorità di controllo venga comunque a conoscenza di trattamenti solo previsti che potrebbero porsi in violazione delle discipline di protezione dei dati: ad esempio[41], in quanto desumibili da contratti o altri atti giuridici che, ai sensi dell'art. 28, par. 3, del RGPD, regolano i rapporti tra titolare e responsabile del trattamento, anche in relazione ai profili della sicurezza (art. 32 del RGPD), ovvero da quelli intercorrenti tra contitolari del trattamento (art. 26 del RGPD); o siano prefigurati in accordi collettivi stipulati sulla scorta del rinvio al diritto nazionale operato dall'art. 88 del RGPD; o, ancora, emergano nel corso del processo di approvazione delle norme vincolanti d'impresa di cui all'art. 47 del RGPD, come pure, in caso di trasferimento di dati personali verso un paese terzo, nell'ipotesi residuale disciplinata dall'art. 49, par. 1, secondo periodo, del RGPD, all'esito dell'informativa ivi prevista che deve essere fornita all'autorità di controllo. Vigente l'art. 110, comma 1, ultimo capoverso del Codice in materia di protezione dei dati personali, anche la consultazione preventiva ivi prevista ha rappresentato un'occasione per esercitare il potere di avvertimento[42].

3.3. L'esperienza applicativa ha fatto emergere anche altre circostanze non immediatamente ricollegabili alle richiamate disposizioni normative, in relazione alle quali le autorità di controllo

Analogamente, con provvedimento di avvertimento del 23 aprile 2021, n. 156, doc. web n. 9578184, si evidenziarono i possibili profili di violazione della disciplina di protezione dei dati personali a seguito dell'adozione del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, in G.U., S.G. n. 96 del 22 aprile 2021 (sul quale pure non era stato richiesto il parere dell'Autorità), e destinato ad entrare in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione (art. 14), con il quale erano state introdotte misure urgenti per contenere e contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

[41] V. al riguardo POLENZ, *Art. 58*, cit., *Rdnr*. 26.

[42] Cfr. provv. 1° novembre 2021, n. 406, doc. web n. 9731827.

hanno comunque ritenuto di poter trarre elementi informativi sufficienti per far uso del potere di avvertimento. Ciò è avvenuto, ad esempio, a seguito di dichiarazioni pubbliche provenienti dal titolare (o dal responsabile) del trattamento circa le previste operazioni di trattamento[43] o, ancora, in ragione di notizie in merito ad esse divulgate dai mezzi di informazione, suscettibili di trovare conferma dell'istruttoria coltivata dall'autorità di controllo, grazie alle quali si sono potute ritenere prospetticamente sussistenti violazioni della disciplina di protezione dei dati ove il trattamento avesse avuto luogo.

4. *(Segue) I confini (talora incerti) dell'avvertimento: uno sguardo alla prassi applicativa*

4.1. Ma se l'accertamento dell'esistenza di indici concernenti un trattamento solo previsto può essere (relativamente) agevole nelle fattispecie appena indicate[44], l'esperienza applicativa ha fatto altresì emergere un ventaglio di ipotesi più articolate nelle quali pure si è fatto ricorso all'avvertimento, ma in situazioni assai meno lineari rispetto al paradigma (tutto sommato più) semplice che la disposizione dell'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD sembra prefigurare.

Si pensi, ad esempio, a trattamenti che presentano caratteri innovativi (e, in quanto tali, formano di regola oggetto di pianificazione), ma che si innestano su altre operazioni di trattamento già effettuate[45]. E, ancora, al caso in cui l'avvertimento riguardi

[43] V. in proposito il provv. 27 novembre 2024, n. 741, doc. web n. 10077129, occasionato dalla notizia resa pubblica dalle parti (e, nel caso di specie, confermata a seguito della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità) concernente un accordo, di imminente attuazione, volto a sfociare nella trasmissione di contenuti editoriali (contenenti dati personali) stipulato tra un gruppo editoriale e il gestore di un modello di intelligenza artificiale conversazionale.

[44] Paradigmatici i casi appena richiamati della richiesta di parere, perché in tal caso l'autorità di controllo dispone di informazioni sufficientemente ampie e provenienti direttamente dal titolare del trattamento. Più difficoltosa l'adozione degli avvertimenti in caso di incertezza circa il contenuto dei trattamenti previsti in ragione delle informazioni frammentarie delle quali l'autorità di controllo può disporre (come si proverà ad esemplificare nel prosieguo della trattazione).

[45] Per un'esemplificazione delle fattispecie cui si fa qui riferimento, può essere utile considerare il provv. 7 luglio 2022, n. 248, doc. web n. 9788429, in relazione ad alcune modifiche dei trattamenti in essere programmate dalla piattaforma TikTok.

trattamenti, all'apparenza temporaneamente sospesi o interrotti, rispetto ai quali vengono però ritenuti sussistenti elementi che lasciano supporre una possibile riattivazione degli stessi, di tal che, ove ciò accadesse, gli stessi potrebbero porsi in violazione della disciplina di protezione dei dati[46].

4.2. In altri casi l'autorità di controllo può trovarsi, per lo più per carenza di informazioni, nell'incertezza circa lo stato dell'arte dei trattamenti − vale a dire se gli stessi siano ancora allo stadio "progettuale" o abbiano avuto inizio − e, purtuttavia, valorizzando gli indici noti, si risolva nel senso di fare uso del potere di avvertimento. Un esempio può essere tratto dall'esperienza tedesca: a seguito delle informazioni acquisite nel corso di un'attività ispettiva effettuata su un caso-pilota presso una delle banche cooperative della Bassa Sassonia concernente un'innovativa attività di *data mining* per finalità di marketing personalizzato nei confronti dei clienti (*Smart-Data-Verfahren*)[47] – attività che, in base a quanto emerso durante le verifiche, poteva interessare, in termini analoghi, altre banche cooperative –, la competente autorità di controllo non si limitò a contestare alla *Pilotbank* i profili di illiceità rilevati (in relazione ai trattamenti effettuati)[48] ma, in ragione dell'incertezza circa quante (e quali) tra le (ottantanove) restanti banche cooperative avessero già intrapreso il medesimo progetto, adottò provvedimenti di avvertimento nei confronti di

[46] In questo senso v. provv. 1° ottobre 2025, n. 573, doc. web n. 10174146, relativo all'avvertimento indirizzato ad un soggetto (stabilito in un paese terzo) all'apparenza (nel caso di specie non risulta dalla decisione esservi stato contraddittorio) gestore di un servizio di *video streaming* di contenuti sessualmente espliciti – la cui diffusione è reputata illecita, in quanto apparentemente estratti da filmati provenienti da sistemi privati di videosorveglianza −, servizio che, ancorché risultato non più attivo in sede di verifica (quanto alle operazioni di diffusione), si è ritenuto potesse essere riattivato. Si potrebbe qui osservare che il trattamento fosse già stato effettuato e si sarebbe quindi potuta prendere in considerazione l'eventuale adozione di provvedimenti sanzionatori per la condotta osservata dal titolare del trattamento (perseguendo così appieno anche lo scopo di prevenire un'eventuale recidiva).

[47] I dati per i quali era programmato il trattamento avrebbero riguardato, tra gli altri, le operazioni di pagamento individuali (*Zahlungsverkehrsdaten*), ricche di informazioni personali.

[48] A valle della contestazione, senza necessità di provvedimento, la banca si determinò a interrompere i trattamenti.

ciascuna di esse[49]. A quanto viene riferito, la misura conseguì gli effetti desiderati[50]; resta il fatto, però, che i provvedimenti di avvertimento (in base a quanto è dato ricavare dalla relazione annuale di attività dell'autorità di controllo) sembrano essere stati adottati senza avere piena contezza del fatto che i trattamenti, di natura analoga a quelli oggetto di accertamento presso la *Pilotbank*, fossero solo previsti (ovvero già intrapresi o, ancora, nemmeno presi in considerazione) dalle restanti banche, e (se del caso) da quali tra esse; circostanza questa determinante per l'individuazione della tipologia di provvedimento da adottare − l'avvertimento[51] o, sussistendone i presupposti, altra misura correttiva prevista dall'art. 58, par. 2, del RGPD − ovvero, più radicalmente, finanche per decidere che non vi fosse alcuna necessità di adottare una qualsiasi misura correttiva (ben potendo, in astratto, il trattamento in parola non essere stato neanche preso in considerazione da alcune delle banche cooperative).

[49] Questi ultimi motivati dalla ritenuta assenza di un'idonea base giuridica (consenso dell'interessato o legittimo interesse della banca) per i trattamenti in parola: cfr. *Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen*, *28. Tätigkeitsbericht*, 2022, 143 ss.

[50] Agli avvertimenti fece infatti seguito la decisione dell'insieme delle banche cooperative di non intraprendere i descritti trattamenti su base nazionale e di rivisitare il progetto: cfr. *Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen*, *29. Tätigkeitsbericht*, 2023, 73.

[51] La circostanza non è irrilevante sia in relazione all'eventuale annotazione del provvedimento nel registro di cui all'art. 57, par. 1, lett. u), del RGPD, sia in relazione all'osservanza delle garanzie procedimentali che, nel caso di specie, non sembrano essere state osservate. Anche nel caso deciso dal Garante con provv. 17 dicembre 2020, n. 282, doc. web n. 9525337, rilevata nell'ambito di un distinto procedimento l'illiceità di un trattamento da parte di un fornitore di servizi (nel caso di specie, il sistema di prenotazione "TuPassi" utilizzato da Roma Capitale: cfr. provv. 7 marzo 2019, n. 81), l'Autorità, pronunciandosi nei confronti della società fornitrice del medesimo servizio di prenotazione (con il provv. 17 dicembre 2020, n. 282, doc. web n. 9525337), rivolse un contestuale avvertimento indirizzato, in termini generali, ai «soggetti pubblici e privati, che utilizzano il sistema di prenotazione e di gestione dell'affluenza agli sportelli "TuPassi"» (non coinvolti nel procedimento), ingiungendo altresì alla società destinataria del provvedimento di trasmettere copia dello stesso «ai soggetti pubblici e privati che attualmente utilizzano il sistema "TuPassi" con le modalità di impiego e le criticità già accertate dal Garante con il provvedimento del 7 marzo 2019, n. 81, avviando, con il coinvolgimento degli stessi, i necessari aggiornamenti al sistema per assicurare piena conformità dei trattamenti alla disciplina di protezione dei dati secondo le indicazioni del Garante».

Si tratta, a ben vedere, di questione di non secondaria rilevanza, attesa la natura correttiva (ancorché non immediatamente afflittiva) dell'avvertimento, e quindi già solo in considerazione dei possibili effetti di natura "reputazionale" che comunque la pubblicità dell'avvertimento può produrre nonché per quelli, di natura sanzionatoria, che possono darsi in caso di successive violazioni poste in essere dal destinatario dell'avvertimento nei termini descritti dall'art. 83, par. 2, lett. i), del RGPD[52]. In questa prospettiva, sarebbe stato possibile poter ovviare all'inconveniente dell'incertezza circa la situazione di fatto da parte dell'autorità di controllo, anzitutto acquisendo dai (restanti) titolari del trattamento informazioni ulteriori. E ciò pare finanche doveroso, muovendo dalla previsione contenuta nell'art. 58, par. 4, del RGPD, secondo la quale anche l'esercizio del potere di avvertimento «è soggetto a garanzie adeguate, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo, previste dal diritto dell'Unione e degli Stati membri conformemente alla Carta»: ciò implica, secondo il considerando 129, il «diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti sia adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio»[53]. Di tal che il rispetto del principio del contraddittorio, eventualmente declinato in varie forme negli ordinamenti nazionali nel rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, dovrebbe connotare anche

[52] Sui quali si tornerà al par. 6.

[53] Senza potersi qui soffermare sul tema, a queste considerazioni va anche aggiunta la questione dell'eventuale necessità della previa notificazione al titolare (o al responsabile) del trattamento dell'intenzione dell'autorità di controllo di procedere all'adozione del provvedimento di avvertimento: si tratta di aspetto (rimasto finora in ombra) in larga misura rimesso al diritto nazionale. Nell'ordinamento italiano tale previa notificazione non sembra essere necessaria, sulla scorta della previsione contenuta nell'art. 166, comma 4, del Codice che la richiede solo per le violazioni (che comportano una sanzione amministrativa pecuniaria) previste dall'art. 83, paragrafi 4, 5 e 6, del RGPD. In altre esperienze, ove pure tale misura non è richiesta dalla legge, talora l'autorità di controllo vi ha comunque provveduto, si legge, «*on a discretionary basis*» (verosimilmente in ragione della fattispecie presa in esame, di particolare delicatezza, afferente al progetto di monitoraggio continuo di un gruppo di migranti nell'ambito del *Satellite Tracking Services GPS Expansion Pilot*): v. il *warning* diretto all'*Home Office* da parte dell'*Information Commissioner Office* inglese sulla base dell'art. 58(2)(a) UK GDPR (dal contenuto equivalente all'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD, in https://ico.org.uk/media2/2bndjcur/ho-migrant-tagging-20240228-warning.pdf).

l'adozione del provvedimento di avvertimento[54] (che, peraltro, conformemente all'art. 58, par. 4, del RGPD, può altresì formare oggetto di impugnazione[55]).

4.3. L'analisi dell'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD, alla luce delle prime esperienze applicative consente inoltre di svolgere qualche riflessione sulla misura correttiva in esame con riferimento ad alcune fattispecie che, pur caratterizzate da una (perseguita) funzione anticipatrice della tutela degli interessati, sembrano non poter, in senso proprio, rientrare entro i confini (come tracciati dal legislatore) dell'avvertimento: è questo il caso, ad esempio, di alcuni provvedimenti adottati a seguito dell'inosservanza da parte del titolare del trattamento delle disposizioni relative al diritto di accesso ai dati personali[56] e, più

[54] Va pur detto che nei casi considerati nel testo, di trattamenti "gemelli", quali quelli potenzialmente effettuati dalle banche cooperative tedesche o dal medesimo fornitore di servizi a vantaggio di una pluralità di soggetti (ed intercettato dall'autorità di controllo "a valle", presso uno di essi, come accaduto nel caso degli accertamenti effettuati dal Garante e oggetto del menzionato provv. 7 marzo 2019, n. 81), la duplicazione (se non moltiplicazione) di procedimenti (in chiave prospettica contenutisticamente simili) da un lato sovraccaricherebbe l'autorità di controllo e, in pari tempo, differirebbe l'esercizio dei poteri correttivi, con più elevati rischi di violazioni che proprio l'adozione dell'avvertimento mira a prevenire. Ma si tratta di considerazioni già ampiamente svolte in ordinamenti che, da tempo, ricorrono (in taluni ambiti) a misure anticipatorie: cfr., anche per ulteriori riferimenti, K. Nyborg, K. Telle, *The Role of Warnings in Regulation: Keeping Control with Less Punishment*, 88 *J. Publ. Ec.* 2801, 2802 (2004): «Formally, strict penalties may be available to the regulator, but rather than prosecuting violators, regulators frequently just issue a warning of some kind, and if violators move into compliance upon receipt of the warning, no further penalties are imposed (or penalties are insubstantial)».

[55] Ciò peraltro è accaduto nell'esperienza italiana con riguardo al provv. 26 novembre 2020, n. 244, doc. web n. 9523234, oggetto di conferma da parte del Trib. Napoli, 23 novembre 2021 (1091/2021 R.G.A.C.).

[56] Cfr. provv. 8 luglio 2021, n. 267, doc. web n. 9704173, nel quale il Garante, rilevata l'inerzia del titolare del trattamento nel fornire riscontro ad una richiesta riconducibile all'esercizio di uno dei diritti previsti dagli articoli 15-21 del RGPD, sulla scorta di tale considerazione, ricorrendo all'avvertimento, lo ha invitato «ad individuare, in relazione a future fattispecie analoghe, misure adeguate a garantire l'effettivo esercizio dei diritti degli interessati nei termini e con le modalità previste dal citato art. 12 del Regolamento»; nello stesso senso v. provv. 29 settembre 2021, n. 354, doc. web n. 9716402; provv. 28 aprile 2022, n. 157, doc. web n. 9779098; provv. 26 gennaio 2023, n. 29, doc. web n. 9867661; provv. 16 novembre 2023, n. 535, doc. web n. 9968111.

in generale, delle disposizioni in materia di esercizio dei diritti[57], circostanze dalle quali (in talune fattispecie concrete) si è inferita la possibilità di future violazioni di analoga natura.

Al riguardo si potrebbe osservare che non vengono in questi casi in gioco, in senso stretto, operazioni di trattamento[58], quanto il solo rischio di "recidiva" da parte del titolare del trattamento (che potrebbe però conseguire ad ogni violazione) rispetto ad obblighi contenuti nella disciplina di protezione dei dati. Può qui aggiungersi che, in tali fattispecie, alle accertate violazioni delle disposizioni in materia di esercizio dei diritti che, alla luce delle evidenze acquisite dall'autorità di controllo, sottendano o rivelino non tanto il carattere occasionale della violazione, ma più profonde carenze di natura organizzativa, anziché ricorrere all'avvertimento, l'autorità di controllo ben potrebbe adottare un contestuale provvedimento di ammonimento per il tramite dell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 58, par. 2, lett. b), del RGPD, individuando con esso le misure tecniche ed organizzative da porre in essere salva l'eventuale sanzione amministrativa pecuniaria (art. 58, par. 2, lett. i), del RGPD)[59].

4.4. Similmente, può dubitarsi della correttezza del ricorso all'avvertimento in relazione al mancato riscontro da parte del titolare del trattamento ad una richiesta di informazioni formulata dall'autorità di controllo nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 58, par. 1, lett. a), del RGPD (e, nell'ordinamento nazionale, in forza dell'art. 157, d.lgs.

[57] Cfr., in relazione al diritto di opposizione, provv. 27 maggio 2021, n. 218, doc. web n. 9695077.

[58] Per la definizione di trattamento si rinvia all'art. 4, n. 2, del RGPD.

[59] Si può qui aggiungere che già l'ingiunzione adottata ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. c), del RGPD, al di là degli effetti che produce in relazione alla specifica fattispecie nella quale è adottata, ha (implicitamente) una valenza prospettica per il titolare del trattamento, in quanto implica la necessità (o semplicemente l'opportunità) di un perfezionamento dei meccanismi interni di riscontro da parte del titolare del trattamento. Del resto, anche tale ingiunzione (non diversamente dai restanti provvedimenti correttivi) forma oggetto di annotazione nel registro di cui all'art. 57, par. 1, lett. u), del RGPD, di tal che, in caso di reiterata inosservanza degli obblighi derivanti dall'esercizio del diritto d'accesso ai dati personali da parte degli interessati, l'autorità di controllo potrà tenerne conto secondo la previsione contenuta nell'art. 83, par. 2, lett. c), del RGPD. Anche per queste ragioni, il provvedimento di avvertimento (al di là della coerenza con la previsione dell'art. 54, art. 2, lett. a), del RGPD), risulterebbe ridondante.

n. 196/2003)[60]. Così pure, più in generale, non dovrebbe trovare spazio l'avvertimento rispetto a carenze di natura organizzativa individuate in sede di accertamento che hanno determinato o favorito la violazione della disciplina[61], atteso che, ancora una volta, non parrebbe in tali casi sussistere alcun trattamento "previsto" e ben potrebbe trovare invece applicazione il potere correttivo indicato all'art. 58, par. 2, lett. d), del RGPD.

4.5. Ancora, non assolvono la medesima funzione anticipatoria dell'avvertimento le misure di natura cautelare eventualmente adottate dall'autorità di controllo, anche in via d'urgenza, a trattamento iniziato, con l'intento di minimizzarne possibili effetti pregiudizievoli[62]: si pensi al caso della limitazione provvisoria del trattamento (e nella pregressa

[60] Così, invece, rispetto ad una richiesta di informazioni formulata dall'Autorità rimasta senza riscontro, v. provv. 15 ottobre 2020, n. 181, doc. web n. 9486485, contenente altresì un avvertimento avente ad oggetto la ritenuta necessità di istituire «procedure organizzative al fine di garantire il monitoraggio delle comunicazioni e il tempestivo riscontro alle richieste provenienti dall'Autorità».

[61] Cfr. al riguardo provv. 14 aprile 2023, n. 181, doc. web n. 9893693.

[62] Non sembra cogliere questo profilo P. HAJDUK, *The Powers of the Supervisory Body in the GDPR as a Basis for Shaping the Practices of Personal Data Processing*, *Review of European and Comparative Law* vol. XLV 2021, Issue 2, 57, 68, il quale trascura la funzione assegnata dal legislatore all'inizio del trattamento nell'aderire all'opinione secondo la quale: «*The literature indicates that a warning may be addressed to an administrator or processor when there has not yet been a breach of the Regulation, but there is a risk that such a breach may occur. It seems that this measure will not be of a sovereign nature, but will provide a basis for determining whether the administrator or processor was aware of a specific risk of GDPR infringement*».

esperienza italiana al provvedimento di blocco del trattamento[63]) che trova il suo fondamento nell'art. 58, par. 2, lett. f), del RGPD[64].

5. *(Segue) I cd. avvertimenti generali*

Conviene infine prendere in considerazione un'ulteriore tipologia di determinazioni che lo stesso Garante, appellandosi al potere previsto all'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD, ha definito "avvertimenti generali"[65]. Essi non sono infatti indirizzati a titolari (o responsabili)

[63] Cfr. per l'equiparazione provv. 31 gennaio 2019, n. 20, punto 2.1, doc. web n. 9086480), formulazione peraltro criticata dai primi commentatori: cfr. A. CONTALDI, *Commento sub art. 31*, in E. GIANNANTORIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1997, 310, 323. Per ulteriori fattispecie v., ad es., provv. 10 aprile 2002, doc. web. n. 1065249, con riguardo al trattamento di dati idonei a rilevare lo stato di salute (condizione di handicap) pubblicati su internet; provv. 28 maggio 2002, doc. web. n. 1065843; rispetto al trattamento effettuato da una società con riserva di completare istruttoria per accertare l'illiceità; provv. 6 ottobre 2016, doc. web. n. 5508051, relativo al trattamento dei dati personali contenuti in una biobanca.

[64] Per recenti applicazioni v., ad es., provv. 1° ottobre 2025, n. 574, doc. web n. 10174164; provv. 11 settembre 2025, n. 489, doc. web n. 10167745 (in relazione al sistema biometrico denominato "Faceboarding" in uso presso l'aeroporto di Milano Linate); provv. 20 agosto 2025, n. 479, doc. web n. 10159435 (relativo alla diffusione ritenuta illecita di estratti della conversazione privata di una figura nota al pubblico); deve rilevarsi che tale provvedimento, successivo rispetto all'avvertimento (generale) del 4 agosto 2025, n. 467, doc. web n. 10155769 − concernente la stessa vicenda e rivolto «ai potenziali utilizzatori dei dati personali dell'interessato» e concernente «l'eventuale ulteriore diffusione dell'audio o di contenuti estratti dalla conversazione privata» −, si limita a richiamare l'avvertimento generale, senza però far discendere dall'inosservanza dello stesso alcuna conseguenza. Per una vicenda che presenta profili simili, nella quale si è adottato un provvedimento di divieto e in pari tempo di avvertimento di natura (in entrambi i casi) generale, v. provv. 16 agosto 2025, n. 477, doc. web n. 10158795 e in G.U., S.G. n. 196 del 25 agosto 2025. Rispetto a tali tipologie di avvertimenti "generali" si rinvia alle riserve rappresentate nel paragrafo successivo.

[65] Cfr. provv.ti 6 aprile 2021, n. 130, doc. web n. 9574600 e 22 aprile 2021, n. 131, doc. web n. 9574917, entrambi in G.U., S.G. n. 96 del 22 aprile 2021.

del trattamento individuati[66] ma ad una pluralità, non di rado del tutto indeterminata, di destinatari[67].

I contesti nei quali l'adozione dei cd. avvertimenti generali si è per lo più manifestata è quello di una diffusione di dati personali che avviene indipendentemente dalla volontà degli interessati, e sovente contro di essa, in assenza di idonea base giuridica, e dei quali l'autorità di controllo viene a conoscenza a seguito di notizie di stampa, attivandosi nell'esercizio dei propri poteri d'ufficio[68], ovvero sulla scorta di segnalazioni e reclami degli interessati o, ancora, a seguito di notificazioni di violazione dei dati ai sensi dell'art. 33 del RGPD[69].

La preoccupazione (condivisibile) sottesa all'adozione dei cd. avvertimenti generali fattispecie di questa natura è quella di prevenire l'ulteriore diffusione (specie se attraverso la cassa di risonanza delle piattaforme di *social network* o di Internet) dei dati personali già illecitamente diffusi[70].

---

[66] E, andrebbe aggiunto, in pari tempo non riguardano trattamenti che possono ritenersi "previsti" ma, a tutto concedere, "prevedibili" e, talora, forse solo "temuti". Ma si tralascia questo profilo, sul quale già sono state svolte alcune considerazioni al par. 1.2, per soffermarsi nel testo unicamente su quello della indeterminatezza dei destinatari di tali provvedimenti ("generali").

[67] Non di rado, proprio per questa ragione, tali provvedimenti sono altresì pubblicati sulla Gazzetta ufficiale (oltre che sul sito web istituzionale dell'Autorità): cfr., ad es., provv. 23 agosto 2023, n. 201, doc. web n. 9923363; provv. 2 agosto 2024, n. 476, doc. web n. 10042438 e in G.U., S.G. n. 188 del 12 agosto 2024.

[68] In merito v. Cass. civ., sez. 2, 17 dicembre 2021, n. 40635; così, già con riguardo alla cornice normativa previgente al RGPD, Cass. civ., sez. 2, 17 dicembre 2021, n. 40635; per i riflessi processuali, v. anche Cass. civ., sez. 1, 16 settembre 2024, n. 24797.

[69] Ma v. anche l'avvertimento contenuto in provv. 13 febbraio 2025, n. 61, doc. web n. 10103690, occasionato da notizie giornalistiche facenti riferimento ad un software spia destinato ad essere installato in sistemi o dispositivi di comunicazione elettronica e di cui sono stati indicati quali destinatari «tutti coloro che dovessero utilizzare il sopra indicato software spia denominato "Graphite", prodotto dalla società israeliana Paragon Solutions ltd, o sistemi di analoga specie o dovessero utilizzare le informazioni con essi raccolte».

[70] Con provv. 6 aprile 2021, n. 130, doc. web n. 9574600, il Garante, sulla scorta di articoli di stampa che hanno diffuso la notizia relativa «alla libera disponibilità in rete di dati personali di circa 533 milioni di utenti Facebook, probabile oggetto di una sottrazione avvenuta nel 2019 grazie ad una vulnerabilità della piattaforma, asseritamente risolta nel corso dello stesso anno», ha avvertito, ricorrendo anche alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, «tutte le persone fisiche o giuridiche, le

E tuttavia riserve rispetto allo strumento in concreto utilizzato, l'avvertimento così come configurato dal Regolamento, possono essere sollevate: nelle fattispecie considerate manca, in prima battuta, il titolare (o il responsabile) del trattamento cui indirizzare l'avvertimento, inteso quale soggetto (attualmente) *intenzionato* ad effettuare un trattamento, presupposto questo necessario, come detto, affinché possa trovare applicazione l'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD[71]; al contrario, destinataria del provvedimento è una platea indeterminata (e latissima) di soggetti (con portata tendenzialmente universale), sull'assunto (necessariamente puramente ipotetico) che taluno di essi possa venire ad assumere il ruolo di titolare del trattamento in relazione ai dati oggetto di illecita diffusione[72]. E pure manca l'altra condizione

autorità pubbliche, i servizi e qualsiasi organismo che, singolarmente o insieme ad altri svolgano nell'ambito dei trattamenti di dati personali il ruolo di titolari o di responsabili del trattamento» che eventuali trattamenti dei dati personali oggetto della descritta violazione dei dati apparentemente occorsa alla piattaforma di *social network* si porrebbe in contrasto con alcune disposizioni di protezione dei dati personali; non diversamente, in relazione ad un *data breach* che aveva interessato Linkedin, v. provv. 8 aprile 2021, n. 131, doc. web n. 9574917, pubblicato anche in G.U. n. 96 del 22 aprile 2021. Ma allo strumento del cd. avvertimento generale si è fatto rinvio per scongiurare il rischio di (ulteriore) diffusione (spesso in Internet) di dati personali illecitamente trattati: cfr. in ordine al pericolo della diffusione di un video relativo ad una violenza sessuale: cfr. provv. 23 agosto 2023, n. 358, doc. web n. 9923363 e in G.U., S.G. n. 201 del 29 agosto 2023. Non diversamente, in relazione alla diffusione illecita dei dati identificativi della vittima di un reato, v. provv. 30 novembre 2023, n. 566, doc. web n. 9980636, e, parimenti, in relazione alla diffusione reputata illecita dei dati relativi ad una giovane vittima di omicidio: cfr. provv. di divieto 11 luglio 2025, n. 411, doc. web. n. 10149350, contenente altresì un avvertimento indirizzato «agli organi di informazione e a chiunque entri nella disponibilità» dei dati.

[71] Ben diversa sarebbe la questione dell'applicazione dell'avvertimento ove l'autorità di controllo disponesse della prova che taluno dei soggetti del pubblico, pervenuto nella disponibilità dei dati illecitamente diffusi, si accingesse egli stesso a porre in essere ulteriori operazioni di trattamento: in tale eventualità, ben potrebbe questi essere destinatario di un avvertimento.

[72] Più in generale, non dovrebbero formare oggetto di avvertimento trattamenti ipotetici, ancorché tipologicamente individuati, dei quali non si intravedono i contorni nel momento in cui il provvedimento è adottato. Provvedimenti di questa natura, ad esempio, sono stati adottati in presenza di trattamenti effettuati nell'ambito della manifestazione del pensiero da parte di organi di stampa (contesto peraltro particolarmente sensibile per i valori costituzionali coinvolti), associando all'accertamento di una violazione, anche un contestuale avvertimento in relazione ad «eventuali trattamenti futuri aventi caratteristiche analoghe a quelle esaminate»: cfr.

prevista dall'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD, vale a dire il trattamento *previsto*, atteso che i trattamenti sui quali l'avvertimento viene ad incentrarsi appaiono piuttosto essere puramente eventuali: degli stessi non vi è evidenza alcuna al momento dell'adozione del provvedimento. Pertanto, al netto di ogni valutazione circa l'efficacia dei cd. avvertimenti generali e dell'intento (di protezione degli interessati) perseguito tramite gli stessi, si deve quindi dubitare della riconducibilità di tali determinazioni entro i confini propri dell'art. 58, par. 2, lett. a), del RGPD.

Peraltro, ad avvalorare le riserve appena espresse circa la sussistenza dei presupposti richiesti da quest'ultima disposizione, va altresì considerato che, da un lato, l'avvertimento presuppone un contraddittorio tra titolare (o responsabile) del trattamento con l'autorità di controllo[73] e, dall'altro, richiede l'annotazione dei dati identificativi del destinatario della misura correttiva, una volta adottata, nel registro di cui all'art. 57, par. 1, lett. u), del RGPD: circostanze che ovviamente non possono avere luogo in relazione ad avvertimenti indirizzati, in modo non individualizzato, ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti (la cui identità non è nota all'autorità di controllo).

Tali considerazioni mettono allora in luce la natura di strumento, per dir così, necessariamente special-preventivo dell'avvertimento e dovrebbero orientare le autorità di controllo ad optare, in casi che richiedono una "protezione rafforzata" degli interessati (i cui dati hanno formato oggetto di illecita diffusione), verso altre misure, quali gli avvisi pubblici (che spesso assumono la forma di comunicati stampa) [74], che possono assolvere una valenza comunque informativa nei

sulla medesima vicenda ed emessi in pari data (ma nei confronti di distinti titolari del trattamento) i provvedimenti 13 maggio 2021, n. 340, doc. web n. 9721139; n. 343, doc. web n. 9721228; n. 344, doc. web n. 9725219; n. 345, doc. web n. 9720285; n. 346, doc. web n. 9728011; n. 348, doc. web n. 9728067.

[73] Cfr. par. 4.1.

[74] Si noti, tuttavia, che in letteratura (cfr. K. VON LEVINSKY, *Art. 58*, in EßER, KRAMER, VON LEWINSKI, *Auernhammer, DSGVO/BDSG - Kommentar*, cit., *Rdnr*. 44 e già ID., *Formelles und informelles Handeln der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden*, in *RDV*, 2001, 275) si è sollevata la questione se rientri tra i poteri delle autorità di protezione dei dati quello di ricorrere ad avvisi pubblici o a lettere aperte, muovendo dall'assunto che tali forme di comunicazione non sarebbero espressamente annoverate nell'art. 58 del RGPD, mentre lo sarebbero i soli pareri resi al pubblico sulla scorta dell'art. 58, par. 3, lett. b); lo stesso Autore evidenzia che

confronti della collettività ma la cui formulazione – potenzialmente riconducibile ai compiti indicati (solo in chiave funzionale) nella disposizione residuale e dai confini assai lati di cui all'art. 57, par. 1, lett. v), del RGPD − non deve rispettare le più stringenti condizioni fissate per gli avvertimenti, dei quali non è idonea a produrne gli effetti[75].

6. *Gli effetti dell'avvertimento*

6.1. Conviene allora spostare il discorso sugli effetti dell'avvertimento, che non integra un'ingiunzione o un ordine (*order*) dell'autorità di controllo e che quindi si potrebbe essere tentati di ridurre a misura (sostanzialmente) irrilevante, inidoneo a produrre, al fondo, alcun effetto vincolante in capo al titolare (o al responsabile) del trattamento, risolvendosi, a tutto concedere, in un mero consiglio "prodigato" al suo destinatario. Questa lettura, va detto subito, non trova riscontro non solo in fatto[76], ma (soprattutto) sul piano normativo: e non solo per la collocazione sistematica dell'avvertimento tra i poteri correttivi – i quali tutti mirano in ultima analisi a conformare l'azione

avvisi di tale natura sono invece espressamente normati in altri settori, in particolare in quelli della vigilanza (economica), ed un'analoga soluzione viene auspicata, alla luce del principio di legalità, anche in relazione alla materia della protezione dei dati.

[75] Può qui essere utile richiamare gli argomenti della decisione (adottata in relazione al previgente art. 154, comma 1, lett. c), del Codice in materia di protezione dei dati personali) da Cass. Civ., sez. 2, 16 luglio 2024, n. 19550, ancorché in relazione all'adozione di una sanzione a seguito dell'inosservanza (rilevata nel provv. 9 novembre 2017, n. 464, doc. web n. 7830163) di una prescrizione (relativa ai temi di conservazione delle immagini videoregistrate) formulata dal Garante, anch'essa in via generale, nel provvedimento in materia di videosorveglianza dell'8 aprile 2010, doc. web n. 1712680: nel caso di specie, la Suprema Corte riconosce che, «per la sua struttura, formulazione letterale, rubrica e collocazione sistematica nell'ambito del cd. codice della privacy [l'art. 154, comma 1, lett. c), del Codice] allude alla mancata osservanza di specifiche prescrizioni che, nell'ambito di una determinata istruttoria, vengano impartite ad un destinatario determinato, in relazione ad una specifica ipotesi di trattamento dei dati personali. Non è quindi possibile comminare la sanzione prevista per la violazione della predetta disposizione senza la preventiva apertura di un'istruttoria, eventualmente conseguente ad un reclamo, nell'ambito della quale siano impartite disposizioni che il destinatario ometta di osservare». *Mutatis mutandis*, come si è visto nel testo, non dovrebbero essere diverse le considerazioni da svolgere anche in relazione alla misura correttiva dell'avvertimento.

[76] V. *infra* nota 79.

del destinatario degli stessi −, ma anche in ragione del fatto che il rispetto (o meno) dell'avvertimento, non diversamente dalle restanti misure previste dall'art. 58, par. 2, del RGPD, deve essere tenuto in considerazione dall'autorità di controllo in relazione all'*an* e al *quantum* di una eventuale (successiva) sanzione amministrativa pecuniaria[77], secondo quanto previsto dall'art. 83, par. 2, lett. i), del RGPD[78].

6.2. E se tanto basta per riconoscere una rilevanza diretta all'avvertimento, non può non osservarsi che l'art. 83, par. 2, del RGPD, (singolarmente) menziona anche questa tra le misure in aggiunta delle quali o in luogo delle quali possono essere inflitte sanzioni pecuniarie. Ma si tratta di previsione poco comprensibile alla luce dell'assenza di trattamento che, come si è detto, è il presupposto dell'avvertimento e, quindi, della conseguente impossibilità di una violazione attuale della disciplina di protezione dei dati per la quale adottare una sanzione pecuniaria. Peraltro, tutti gli elementi da prendere a tal fine in considerazione, presenti nell'art. 83, par. 2, del RGPD − in larga parte delle ipotesi enumerate alle lettere a) e seguenti −, non a caso fanno riferimento a "violazioni" avvenute, sì che esse non potrebbero quindi trovare applicazione al caso dell'avvertimento[79].

Correttamente invece – ma in distonia con quanto appena rilevato in relazione all'art. 83, par. 2, del RGPD − si evince dall'art. 83, par. 5, lett. e) e par. 6, del RGPD, la preclusione in capo all'autorità di

[77] V. anche M. SELMAYR, *Art. 58*, in E. EHMANN, M. SELMAYR, *DS-GVO*, München, 2018, *Rdnr*. 19.

[78] Anche da questa previsione può derivarsi l'obbligo per le autorità di controllo di disporre l'annotazione nel registro di cui all'art. 57, par. 1, lett. u), del RGPD, nel quale devono essere iscritte le violazioni del Regolamento e le misure adottate in conformità dell'art. 58, par. 2, del RGPD. Annotazione rilevante, come si è detto (v. par. 6.1), ai sensi dell'art. 83, par. 2, lett. i), del RGPD, ma pure in quanto dell'elenco delle tipologie di violazioni notificate e delle misure adottate a norma dell'articolo 58, par. 2, del RGPD potrebbe essere data pubblicità nella relazione annuale di attività, oggetto di trasmissione al Parlamento e al Governo, nonché messa a disposizione del pubblico, della Commissione e del Comitato europeo per la protezione dei dati secondo quanto stabilito dall'art. 59 del RGPD: di qui un'ulteriore ragione della necessità della loro annotazione nel registro.

[79] Non sorprende allora che, a fronte di un'evidente svista (se così può dirsi) del legislatore, non consti da parte di alcuna autorità di controllo l'adozione di una sanzione pecuniaria in aggiunta ad un provvedimento di avvertimento.

controllo di comminare, in caso di adozione dell'avvertimento, anche la sanzione pecuniaria, la quale può invece andare ad aggiungersi a ordini e limitazioni del trattamento di cui all'art. 58, par. 2, del RGPD[80], provvedimenti che presuppongono un'avvenuta violazione.

6.3. Se quindi l'avvertimento integra gli estremi di un provvedimento idoneo a produrre effetti giuridici (ancorché non contenga una misura vincolante per il suo destinatario), deve riconoscersi che nella prassi – sulla quale si sono soffermate queste pagine – non sono pochi (né di marginale importanza) i casi nei quali l'adozione di tale provvedimento abbia comunque indotto il suo destinatario ad un riesame del trattamento che originariamente intendeva porre in essere, talvolta per desistere dall'attività programmata (o quantomeno rinviarla per curare i necessari approfondimenti)[81], più spesso per apportarvi modifiche e renderlo così conforme alla cornice normativa (in ciò, agevolato dalle indicazioni o raccomandazioni circa le possibili misure da implementare formulate dall'autorità di controllo affinché il trattamento previsto possa, con gli opportuni adattamenti, trovare svolgimento in conformità alla disciplina di protezione dei dati[82]).

Va poi considerato che di regola l'autorità di controllo, contestualmente all'adozione dell'avvertimento, ingiunge al titolare del trattamento di farle conoscere le iniziative eventualmente assunte per

[80] Val solo la pena qui precisare che l'avvertimento non ha natura di ordine impartito al suo destinatario (come si evince univocamente dal tenore letterale, ed in modo ancora più evidente guardando al testo in lingua inglese, delle misure elencate dall'art. 58, par. 2, del RGPD).

[81] Cfr., ad es., i casi ricordati alle note 40, 47 e 50, o ancora quello richiamato in nota 94 (per la vicenda legata alla *Datenkonsolidierung*), per quanto, come si è visto, si siano anche registrate fattispecie nelle quali a fatica il titolare del trattamento abbia dato seguito alle raccomandazioni contenute nell'avvertimento rivoltogli (cfr. nota 83). V. sopra, con riguardo ai casi oggetto di avvertimento illustrati al par. 4.1

[82] Cfr., ad es., provv. 15 novembre 2018, n. 481, cit., che contiene raccomandazioni analitiche dirette all'Agenzia delle entrate; provv. 1° novembre 2021, n. 406, doc. web n. 9731827, relativo alla prevista conservazione di campioni biologici per ulteriori 10 anni successivamente alla conclusione di uno studio medico scientifico sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'articolo 36 del RGPD.

rendere conformi i trattamenti alle disposizioni di protezione dei dati[83] e, ove si avveda del permanere di una distanza di vedute (sì che l'effetto conformativo desiderato non si realizzi, con conseguente inizio delle operazioni di trattamento), l'avvertimento disatteso va non di rado a costituire l'innesco rispetto a fasi ulteriori giungendosi, se del caso, sino all'adozione di provvedimenti ulteriori, correttivi[84] – anche di natura interinale, quale la limitazione provvisoria del trattamento − e sanzionatori nei confronti del titolare del trattamento[85].

[83] V. ad es. provv. 15 novembre 2018, n. 481, cit., nei confronti dell'Agenzia delle entrate.

[84] Solo incidentalmente val la pena evidenziare che l'adozione di un avvertimento non preclude comunque, ove il trattamento abbia poi luogo, l'adozione di ulteriori misure correttive (cfr. al riguardo l'ultimo periodo del considerando 150 del RGPD), ivi compreso l'eventuale esercizio del potere conformativo dell'Autorità, che può rivelarsi anche particolarmente oneroso per il titolare o il responsabile del trattamento, ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. d), del RGPD, richiedendo l'adozione di misure tali da «conformare i trattamenti alle disposizioni del presente regolamento, se del caso, in una determinata maniera ed entro un determinato termine».

[85] Ciò è accaduto, ad esempio, in relazione ad un avvertimento volto a prevenire la trasmissione delle immagini riprese da un sistema di videosorveglianza da parte delle forze di polizia in Rostock, a giudizio dell'autorità di controllo in assenza di garanzie adeguate (nel caso di specie crittazione dei dati e adozione di misure di sicurezza meccaniche sugli apparati), conclusosi solo in sede conciliativa con un accordo (conforme alle richieste dell'autorità di protezione dei dati) avanti al competente giudice amministrativo: cfr. Fünfzehnter Tätigkeitsbericht zum Datenschutz und Siebenter Bericht über die Umsetzung des Informationsfreiheitsgesetzes des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern, 2019, 74 ss. Non diversamente, l'*EDPB Annual Report 2022. Streamlining Enforcement through cooperation*, 59, rende conto di un avvertimento disatteso dell'autorità di controllo della Freie Hansestadt Bremen – concernente la ritenuta illiceità di un trattamento, inizialmente solo previsto, di dati idonei a rivelare opinione politiche (mediante la raccolta su un portale web, gestito da una piccola formazione politica, delle opinioni attribuite ai propri insegnanti da studenti e dai loro genitori), cui ha fatto seguito (a trattamento intrapreso) una sanzione amministrativa di 6.000 euro.

7. *Ultime considerazioni: l'avvertimento quale "cenerentola" tra le misure correttive?*

Provando allora ad abbozzare qualche considerazione finale (per quanto interlocutoria)[86], la ricognizione svolta lascia intravedere come l'avvertimento sia rimasto ai margini della discussione relativa ai poteri delle autorità di controllo e come, anche una volta entrato in vigore (e divenuto quindi applicabile) il Regolamento, tale misura correttiva abbia attirato su di sé una modesta attenzione da parte dei commentatori[87], i quali si sono limitati ad evidenziarne, per lo più in modo stringato, i tratti salienti, di regola in contrapposizione con la misura dell'ammonimento previsto dall'art. 58, par. 2, lett. b), del RGPD[88]. Atteggiamento giustificato forse dal fatto che l'avvertimento, come si è visto misura innovativa, ha stentato, almeno inizialmente, a trovare applicazione nella prassi delle autorità di controllo europee[89].

---

[86] Si è visto, infatti, quante incertezze e chiaroscuri ancora contrassegnino l'esercizio del potere di avvertimento.

[87] In questo senso anche BOEHM, *Art. 58*, in J. KÜHLING, B. BUCHNER, *DS-GVO Kommentar*, 3. Aufl., München, 2020, *Rdnr*. 21.

[88] Anche per le ragioni che si sono esposte nel par. 2.

[89] Per prime rilevazioni statistiche si rinvia a EDPB, *Contribution of the EDPB to the report on the application of the GDPR under Article 97*, Adopted on 12 December 2023, 51, https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-12/edpb_contributiongdprevaluation_20231212_en.pdf: a tutta prima, l'entità dei provvedimenti di avvertimento relativi a trattamenti transfrontalieri si misurano in unità o, al massimo, in qualche decina su base annuale in ciascuno degli ordinamenti dell'Unione, con la sola (singolare) eccezione di Germania ed Estonia, come si evince dalla tabella che, per comodità qui si riproduce (con l'esclusione di Spagna e Slovenia in relazione alle quali non risultano presenti indicatori). V. Tabella 1

In assenza di precisi elementi di riscontro in relazione al numero delle decisioni attribuite all'Autorità estone (ancorché un'esatta corrispondenza non si rinvenga tra la tabella qui riprodotta e i dati riportati nel *Yearbook of the Data Protection Inspectorate 2020*, 64, in https://www.aki.ee/sites/default/files/documents/2024-01/Annual%20report%202020.pdf), da una verifica anche solo sommaria delle relazioni annuali pubblicate dalle autorità tedesche, sia a livello di *Land* che di *Bund* (i cui siti web istituzionali sono elencati in https://www.datenschutzkonferenz-online.de/datenschutzaufsichtsbehoerden.html), sembra emergere che i valori riportati nella tabella resa disponibile dell'EDPB siano ampiamente sovrastimati: dalla consultazione dei rapporti annuali sembra piuttosto che anche in questo ordinamento i provvedimenti di avvertimento (ad alcuni dei quali si fa riferimento nella trattazione) siano, dal punto di vista numerico, sostanzialmente in linea (in

Deve tuttavia riconoscersi che, nel diritto applicato da parte di queste ultime − e tra esse, con crescente intensità, da parte del Garante, ancorché con le riserve che si sono rappresentate[90] −, per lo più in relazione al RGPD[91], questo strumento sta progressivamente guadagnando spazi maggiori. E non solo con riguardo a fattispecie di più circoscritto impatto[92], ma, sempre più spesso, in relazione a trattamenti di rilievo tutt'altro che secondario, vuoi per il numero dei soggetti coinvolti e la delicatezza dei trattamenti previsti[93], vuoi per la

termini percentuali) con quelli adottati presso le altre autorità europee. Discrasie minori, e comunque non tali da incidere sulla considerazione di fondo svolta nel testo, riguardano anche il numero di provvedimenti di avvertimento adottati dall'autorità di controllo italiana.

[90] Il riferimento va alla casistica passata in rassegna, senza pretesa di esaustività, in particolare nei parr. 4 e 5.

[91] Ma v. anche l'avvertimento, adottato sulla scorta dell'art. 58, par. 2, lett. a), del Regolamento (EU) 2018/1725, contenuto nell'EDPS Opinion on a prior consultation requested by the European Central Bank on their new customer relationship management system, 7 July 2021, in relazione all'impiego da parte della ECB di Microsoft Dynamics 365 e sui conseguenti trasferimenti di dati personali al di fuori dell'UE (in https://www.edps.europa.eu/system/files/2022-04/21-07-08_edps_opinion_ecb_customer-management-system_en.pdf). Avvertimento contenente una pluralità di raccomandazioni e nel quale la Banca centrale europea è invitata a rendere conto, a seguito di approfondimenti interni, delle misure adottate.

[92] V., ad es., l'avvertimento adottato rispetto alla prevista rilevazione di immagini mediante *body camera* utilizzate dai vigili del fuoco da impiegare nell'ambito di un film: cfr. Tätigkeitsbericht 2021 des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein, 36.

[93] Ad esempio, più provvedimenti di avvertimento sono stati adottati dal Garante sulla scorta dell'indirizzo fatto valere dalla Corte costituzionale con la sentenza del 12 marzo 2021, n. 37 (ampiamente dibattuta in letteratura) e confermato dalla sentenza del 30 giugno 2022, n. 164 (occasionata proprio dal provv. del Garante del 18 giugno 2021, n. 244, e dalla comunicazione dell'Autorità del 6 luglio 2021), con il quale la Corte si è espressa a favore della competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost. in relazione ai trattamenti previsti per rilasciare la certificazione verde (cd. *green pass*) per Covid-19 in concomitanza delle campagne vaccinali durante la pandemia (sull'assunto che questa richiedesse interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale, di competenza statale): cfr. provv. 23 aprile 2021, n. 156, doc. web n. 9578184, concernente le ritenute possibili violazioni derivanti dalle misure attuative a seguito del d.l. 22 aprile 2021, n. 52; provv. del 25 maggio 2021, n. 207, concernente la Regione Campania; provv. 22 luglio 2021, n. 273, doc. web n. 9683814, concernente l'avvertimento della Regione Sicilia; v. anche provv. 18 giugno 2021, n. 244, doc. web n. 9671917, di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di

rilevanza delle posizioni giuridiche che possono essere interessate dagli stessi[94] nonché per la valenza conformativa – che è poi il cuore del convegno che ha originato queste riflessioni – che gli interventi a valenza "anticipatoria" delle autorità di controllo possono avere nel *design* dei trattamenti. Trattamenti oggetto di pianificazione, che (l'analisi lo ha fatto talora emergere) non di rado si caratterizzano per una più marcata innovatività dal punto di vista (socio-)tecnologico[95] e,

Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19 (che richiama il previo avvertimento dell'Autorità del 23 aprile 2021). Ancora in tempi più recenti, il Garante è tornato a pronunciarsi, sulla scorta di argomentazioni in larga parte simili a quelle seguite nel periodo pandemico, con l'avvertimento del 2 agosto 2024, n. 476, doc. web n. 10042438 (e in G.U., S.G. n. 188 del 12 agosto 2024), nei confronti dei trattamenti che si sarebbero dovuti porre in essere per dare attuazione al programma vaccinale relativo al papilloma virus intrapreso dalla Regione Puglia con l. reg. 30 maggio 2024, n. 22, evidenziandone i profili di possibile illiceità. Al riguardo deve tuttavia rilevarsi che anche questa vicenda ha formato oggetto di giudizio di costituzionalità (in sede di conflitto di attribuzione) con esito altro però rispetto alle sentenze sopra ricordate, in ragione della confermata costituzionalità della legge regionale da parte di Corte cost. 12 marzo 2025, n. 48.

[94] Cfr. il citato provv. 15 novembre 2018, n. 481, cit. Nell'ordinamento tedesco, v. l'avvertimento adottato congiuntamene dalle autorità di controllo del Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz e del Saarland nei confronti del *Proof of Concept* (PoC) denominato *Datenkonsolidierung*, sull'assunto che (anzitutto per ragioni di diritto costituzionale) una rete informativa condivisa della polizia criminale presuppone una selezione, da parte del legislatore, di particolari figure di reato di rilevanza federale (ad es. con rilevanza transfrontaliera, internazionale o significativa), mentre il PoC avrebbe (di fatto) creato, a livello nazionale, un nuovo sistema di condivisione dei dati di polizia tale da eludere le condizioni stabilite dalla legge e richieste dalla Costituzione per tali forme di condivisione: ne rendono conto il 31. e 32. Tätigkeitsbericht der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Saarland, Berichtszeitraum: 2023, 24; 28. Bericht der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen 2023, 70 ss.; v. pure il *Rechtsgutachten* di M. Bäcker, *Polizeirechtlicher und verfassungsrechtlicher Rahmen eines polizeilichen Informationsverbunds der Länder*, in https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Dokumente-allg/2023/Gutachten-polizeilicher-Informationsverbund.html.

[95] V. ad es., al di là dei casi già menzionati, provv. 21 marzo 2024, n. 179, doc. web n. 9998877 e in G.U., S.G. n. 82 dell'8 aprile 2024, in relazione al trattamento di dati biometrici (ricavati dall'analisi del volto e dell'iride delle persone) previsto per generare un codice identificativo individuale univoco a livello mondiale (World ID) e operare su una rete finanziaria essa stessa globale (basata sulla criptovaluta WLD) sì da poter distinguere, secondo il titolare del trattamento (Worldcoin Foundation), gli esseri umani dai prodotti dell'intelligenza artificiale (avvertimento adottato, pur in

quindi, per una maggiore incertezza della cornice giuridica che li viene a caratterizzare[96]; di qui, lo spazio più ampio per le riserve e le raccomandazioni formulate dalle autorità di controllo, sovente incentrate sul richiamo al rispetto dei principi generali in materia nonché di quelli, più strettamente correlati alla realizzazione di trattamenti tecnologicamente evoluti, della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione per impostazione predefinita (art. 25 del RGPD). Riserve e raccomandazioni suscettibili di essere più agevolmente espresse in chiave cooperativa, con lo strumento del parere (quando richiesto), ovvero, nella fase che precede l'inizio del trattamento − potrebbe dirsi, ormai in "zona Cesarini" − mediante l'esercizio del potere correttivo di avvertimento il quale, seppure introdotto solo con il RGPD, non pare davvero possa essere relegato al ruolo di "cenerentola" delle misure correttive negli ambiti nei quali,

assenza di trattamenti attuali nell'ordinamento nazionale, in ragione di alcune attività prodromiche alla commercializzazione del servizio e in considerazione di criticità nell'informativa fornita agli interessati nonché di misure ritenute sufficienti di cd. *age verification*. Più in generale, ciò più frequentemente accade, come è agevolmente intuibile, in relazione ai trattamenti oggetto di previa valutazione di impatto (nell'esperienza italiana specie in ambito pubblico) portati all'attenzione del Garante: cfr., tra i tanti, provv. 15 novembre 2018, n. 481, doc. web n. 9059949, in materia fatturazione elettronica; provv. 17 dicembre 2020, n. 270, doc. web n. 9523274, concernente alcuni lavori statistici sospesi con il parere reso sullo schema di PSN 2017-2019 - aggiornamento 2018-2019 del 9 maggio 2018.

[96] Questa maggiore complessità, peraltro, ha fortemente influenzato l'istituzione di spazi di sperimentazione normativa (*sandbox*) dapprima in ambito *fintech* – dopo l'impulso determinante proveniente dall'esperienza inglese, anche nell'ordinamento italiano, con l'art. 36, (in particolare al) comma 2-*octies*, del decreto-legge 30 aprile 2019 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58 – e, da ultimo, in materia di intelligenza artificiale: ed anche in questo ambito, anche al fine di accelerare i processi di innovazione preservando i diritti fondamentali, le autorità di controllo (comprese quelle di protezione dei dati) sono direttamente coinvolte (cfr. art. 57, ed in particolare il par. 10, del 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 (UE) 2014/90, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828). Si tratta, a ben vedere, anche qui di una tecnica, diversa dall'avvertimento − che pure in questo contesto potrebbe trovare spazio − volta ad operare in chiave preventiva rispetto ai fenomeni più marcatamente innovativi i quali, quindi, potrebbero comportare più elevati livelli di rischio per gli individui e la collettività.

senza debordare rispetto ai confini alla stessa assegnati dal legislatore, è chiamato ad operare.

Tabella 1

YEAR	AT	BE	BG	CY	DE	EE	FI	FR	GR	HR	HU	IT	LI	LT	LU	LV	NL		PL	PT	RO	SE
2018	1	0	0	7	373	10	0	-	12	0	1	1	0	0	0	-	0		0	0	0	0
2019	0	1	3	4	653	62	0	2	11	0	9	0	0	0	0	-	1		0	0	0	1
2020	1	2	1	4	1254	223	3	2	2	0	9	7	0	0	0	0	0		0	0	0	0
2021	0	13	19	23	1406	214	1	2	11	0	10	8	0	2	0	0	0		0	1	1	2
2022	0	27	9	19	1616	215	4	-	12	0	5	7	0	1	0	3	0		0	1	0	11
2023	0	27	11	32	519	244	0	-	10	0	4	5	0	2	0	0	0		0	-	0	0

ANTONIO CASSATELLA

Le sanzioni delle amministrazioni indipendenti: dalla specialità delle funzioni alla specialità dei procedimenti, degli atti e del loro sindacato? Note introduttive

I contributi di Stefano Vaccari, Monica Delsignore e Stefano Vitale che sono stati discussi nel seminario trentino di cui si pubblicano qui gli atti sono di grande interesse sia per la loro qualità intrinseca che per il tema che traspare da una loro lettura trasversale: l'insoddisfazione della dottrina, come anche dei giudici più impegnati nella riflessione scientifica, circa le attuali caratteristiche delle potestà sanzionatorie delle amministrazioni indipendenti, comprensive dell'impostazione teorica del problema e delle ricadute pratico applicative derivanti dall'una o dall'altra qualificazione[1].

Il discorso non sfugge a due alternative: o si ascrive il potere sanzionatorio al generale modello tracciato dall'ormai lontana l. n. 689/1981, e dunque di assimila l'attività sanzionatoria delle autorità a quella propria di ogni altra amministrazione, accomunandone regime e tecniche di sindacato; o si riconosce che la specialità del modello organizzativo delle amministrazioni indipendenti legittima, in uno con le peculiarità delle loro funzioni, pure quella dei procedimenti e dei provvedimenti sanzionatori, il cui regime andrebbe ricostruito senza eccedere nei rimandi alla l. n. 689/1981, ma pure senza illudersi che i principi della l. n. 241/1990 riescano efficacemente a colmare le lacune delle discipline settoriali, specie ove relative alla fase istruttoria su cui la stessa legge generale interviene meno di quanto ci si dovrebbe attendere.

[1] Si evita di richiamare l'ormai sterminata bibliografia in materia, se non per un rinvio ai densi contributi raccolti in *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, M. ALLENA e S. CIMINI (a cura di), quaderno di *Dir. economia*, vol. 26, n. 82, 3-2013, utili anche al fine di ricostruire i termini del dibattito antecedente. Nella letteratura più recente si vedano, altresì, *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, C. ACOCELLA (a cura di), Napoli, 2022; N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024, ove il tema è trattato nell'ambito di più ampie ma necessarie riflessioni attorno alla posizione istituzionale e alle funzioni delle singole autorità.

A monte, ci si deve quindi interrogare sul concetto e sulle funzioni della sanzione, per chiedersi in che misura esso sia applicabile alla disciplina legale e alle prassi delle autorità indipendenti.

Sul piano sistematico, si è insomma in presenza di una delle rare occasioni in cui si potrebbe restituire una certa dignità al principio di nominatività, spesso negletto in dottrina e nella stessa giurisprudenza: assunto, come vorrebbero i suoi teorici più recenti, che la nominatività sia utile a definire la funzione dell'atto, gli atti designati come "sanzioni" possono essere finalizzati a differenti scopi in rapporto al contesto normativo di riferimento, il che permetterebbe di distinguerne il regime al di là del *nomen iuris* utilizzato dallo stesso legislatore o dalla prassi interpretativa[2].

Calando il discorso in concreto, è sanzione tanto l'ordine di demolizione di un edificio o la comminatoria di una misura pecuniaria per superamento dei limiti di velocità, quanto la comminatoria del pagamento di ingenti somme di danaro per violazione della disciplina della concorrenza o dei mercati regolati dalle autorità di settore. Il concetto di sanzione va tuttavia tipizzato e distinto, sicché il vero sforzo della dottrina e della stessa giurisprudenza – chiamati a fare cose con le parole, e quindi a dare i nomi adatti ai fenomeni – implica la distinzione dei vari tipi di sanzione in rapporto alla loro funzione.

Ne discende che la nominatività non starebbe tanto nel sostantivo "sanzione", quanto nell'attribuito ad essa riferibile su base legale: edilizia, stradale, tributaria, anticoncorrenziale e così via. Sarebbe l'attribuito a orientare gli interpreti nella selezione del tipo e della relativa disciplina, con tutti i conseguenti vantaggi in ordine alla selezione dei presupposti, dei modi di irrogazione, degli effetti e dei limiti del sindacato della sanzione.

Il tema è emerso in un recente volume dedicato alle tecniche di sindacato sull'attività amministrativa, nel quale l'analisi delle sanzioni e del relativo controllo giudiziale è stato distinto in rapporto all'amministrazione agente e agli scopi dell'azione di quest'ultima[3].

---

[2] Sulla nominatività così intesa F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 349 ss.

[3] Cfr. *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, A. CASSATELLA, R. CHIEPPA ed A. MOLITERNI (a cura di), Piacenza, 2024, con riferimento al contributo

Sul piano del metodo la scelta è parsa necessitata dall'antico richiamo al *distingue frequenter*, che dovrebbe caratterizzate la nostra esperienza scientifica pur senza eccedere negli specialismi, perdendosi altrimenti di vista le categorie generali e la loro funzione orientativa (si pensi a quelle di procedimento, atto, sanzione, vincolo, discrezionalità e simili).

Senza troppo anticiparne i contenuti, possiamo notare come nei tre studi qui raccolti le insoddisfazioni ravvisate in dottrina siano alla base delle stesse domande di ricerca dell'Autrice e degli Autori.

L'approccio di Stefano Vaccari è di tipo dogmatico, giacché Egli si interroga sulla stessa nozione di sanzione delle autorità indipendenti, esplorando l'estensione del concetto e la sua ambiguità, il che rispecchia, con tutta evidenza, i dubbi qualificatori e ricostruttivi di cui si diceva poc'anzi.

I richiami alla nostra dottrina più sensibile al tema – lontani contributi di Villata, Capaccioli e più recenti riflessioni di Scoca e, fra i giudici, Simeoli – ci mostrano, con e grazie a Vaccari, il modo in cui la stessa qualificazione delle sanzioni dipende dall'individuazione delle loro funzioni e dei loro effetti: atti per alcuni dichiarativi, e dunque vincolati all'attuazione di un precetto; per altri a contenuto tecnico, più o meno opinabile; per altri ancora caratterizzati da una discrezionalità intesa non nel senso gianniniano di capacità di bilanciare interessi contrapposti, ma in quello di libertà di apprezzamento della misura più adeguata al perseguimento di un certo fine previsto dalla legge.

Quest'ultimo sarebbe il caso di alcune sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti, intese come strumenti di attuazione delle politiche pubbliche demandate a queste organizzazioni, e, in particolare, come modi di promozione e tutela della concorrenza e del regolare funzionamento dei mercati. Con qualche debito verso il pensiero ordoliberale, si potrebbe dunque ritenere che in certi casi l'amministrazione "regola sanzionando" e "sanziona regolando", per cui la funzione prettamente punitivo-repressiva che tradizionalmente si ascrive al provvedimento cede qui il passo all'idea per cui la misura sanzionatoria può realizzare risultati ultronei, sia in via preventiva che conformativa.

---

di C. PIRO, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività di accertamento e sanzionatoria delle autorità indipendenti*, 53 ss.

Nel contributo di Vaccari questa logica emerge specie con riguardo alla discrezionalità insita nell'applicazione di sanzioni comprese fra un minimo e un massimo edittale: la scelta non è correlata tanto al disvalore della condotta attribuita all'operatore economico, quanto all'impatto che la sanzione può assumere nei suoi confronti, orientandone le condotte presenti e future in armonia con l'interesse alla concorrenza e al corretto funzionamento dell'uno o dell'altro mercato. Altro indicatore, ben messo in luce nel contributo, è dato dalle sempre più frequenti possibilità di concludere i procedimenti sanzionatori in via anticipata, mediante programmi di clemenza, impegni, transazioni: la loro funzione non è tanto quella di diffondere una logica propria della giustizia consensuale o riparativa – come avviene nel diritto civile o penale – quanto di agevolare, mediante l'accordo procedimentale, il riequilibrio della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato regolato.

Non stupisce che, da questa corretta impostazione, Vaccari sia indotto a esaminare le tecniche di sindacato delle sanzioni, specie ad opera del giudice amministrativo.

Ne discende una riconsiderazione delle tecniche utilizzate dai giudici, che si iscrivono nel più ampio tema della *full jurisdiction* imposta in alcuni casi dalla Cedu e dalla giurisprudenza di Strasburgo, dell'esigenza di un controllo pieno ed effettivo delle potestà vincolate, o quantomeno di una verifica di proporzionalità delle sanzioni irrogate facendo uso di un margine di libertà valutativa.

Il referente non può essere il giudizio di opposizione proprio della l. n. 689/1981, che mal si adatterebbe alla pluralità dei tipi sanzionatori, ma l'allontanamento da quel modello pone con una certa urgenza il tema dell'atteso intensificarsi di un controllo giudiziale che, molto spesso, patisce i limiti di un mero controllo estrinseco di scelte a contenuto complesso.

Quanto appena osservato conduce allo studio di Monica Delsignore, che entra nel vivo delle questioni esposte con un'attenta analisi di alcuni fra i casi più discussi nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La casistica esaminata in questo scritto, anche con riferimento alla giurisprudenza europea, mostra la tendenza a scindere la sanzione in una componente propriamente afflittiva e in una indennitaria o restitutoria, come avvenuto nel caso delle sanzioni disposte da AGCom nei confronti di imprese che avevano variato tempistica e ammontare

delle bollette telefoniche a danno della clientela. La scomposizione si basa sul diverso tipo di scopo perseguito dall'atto, ossia dalle plurime funzioni che lo possono caratterizzare, con tutti gli intuibili effetti in ordine alle caratteristiche e all'estensione del sindacato.

Similmente è accaduto nel caso delle sanzioni irrogate nei confronti di una casa automobilistica che ha immesso nel mercato dei veicoli caratterizzati da prestazioni non corrispondenti a quelle dichiarate e asseritamente comprovate dai test aziendali. Il Consiglio di Stato avrebbe qui individuato il c.d. atto a contento eventualmente sanzionatorio, dove la sanzione pecuniaria per pratica commerciale scorretta non sarebbe omologa a una sanzione penale e non ricadrebbe, quindi, nel divieto di *ne bis in idem* stabilito dalla giurisprudenza della Corte edu.

Le perplessità di Delsignore attorno a questa giurisprudenza sono qui condivise più per il modo in cui l'atto con effetti (eventualmente) sanzionatori è stato individuato nel caso di specie che per le potenzialità del concetto, da considerare sempre in riferimento alle funzioni conformative proprie delle autorità di regolazione. Invero, al momento della loro apertura tutti i procedimenti sanzionatori potrebbero avere questo fine eventuale, non raggiunto dall'assunzione di impegni o di altri strumenti consensuali finalizzati a una micro-regolazione pattizia dell'ordine del mercato già turbato dall'operatore economico.

Traspare già nei contributi menzionati la presenza di un convitato di pietra, al quale si dedica soprattutto il contributo di Stefano Vitale: si allude all'esigenza di un giusto procedimento (eventualmente) sanzionatorio quale garanzia di un successivo giusto processo all'atto – o alla pretesa sanzionatoria – così da integrare l'istruttoria svolta dalle autorità con quella svolta dal giudice e giungere a un doppio livello di garanzie, nell'interesse degli operatori economici e dello stesso mercato.

Non sembrano, invero, percorribili altre soluzioni: la riduzione del controllo giudiziale delle sanzioni – specie a contenuto tecnico o *latu sensu* discrezionale – non appare desiderabile né coerente con gli standard evincibili dalla Costituzione, dalla Cedu o dalla Carta di Nizza; l'espansione incontrollata del controllo giurisdizionale non contrasta tanto con un principio di separazione dei poteri rigidamente inteso e difficilmente sostenibile, quanto con la presa d'atto che non si può certo chiedere a un tribunale di svolgere l'istruttoria e le valutazioni

spettanti a tecnici, a meno che non si immagini un giudice Ercole assistito da altrettanto erculei verificatori o consulenti tecnici.

Ne discende l'esigenza di esplorare criticamente le garanzie procedimentali, specie con riferimento all'estensione del contraddittorio, alla completezza dell'istruttoria svolta e all'estensione della motivazione, almeno nei casi più complessi ed esposti a censura giudiziale.

Lo studio di Vitale si concentra, tuttavia, su un'ulteriore garanzia procedimentale di non scarso rilievo teorico e applicativo, inerente al tempo dei procedimenti sanzionatori: che il tempo della burocrazia non sia quello del mercato è rilievo troppo semplice per meritare qui una trattazione, mentre sono ben più perspicue le riflessioni di Vitale circa la natura delle disposizioni che regolano i termini dell'istruttoria e la loro incidenza sul regime della sanzione, specie ai fini della rivalutazione della misura.

Non è in effetti automatico attribuire alla violazione di tale disciplina una diretta incidenza sulla validità dell'atto, salvo che la legge preveda esplicitamente termini perentori cui segue la decadenza dalla possibilità di esercitare un potere, che sarebbe tardivamente concretizzato *contra legem.*

Nota puntualmente Vitale come le regole sul tempo dell'azione amministrativa possano essere lette come regole di condotta, tutelabili in via indennitaria o risarcitoria, ma non in forme tali da incidere sulla fondatezza della pretesa sanzionatoria o sulla validità dell'atto-fattispecie, soprattutto dove caratterizzato da valutazioni tecniche e discrezionali e finalizzato a regolare oltre che a punire.

Questo non toglie che, ricondotte a standard comportamentali di condotta materialmente riferibili all'attività dei funzionari, prima ancora che agli atti, queste norme perdano qualsiasi utilità ai fini del controllo giudiziale della legittimità delle sanzioni, che resta indispensabile almeno nei casi in cui esse abbiano quel contenuto conformativo che le sottrae al controllo di merito riferibile alla misura pecuniaria e le espone al solo sindacato estrinseco del giudice.

In tal senso si reputano condivisibili le perplessità esposte da Vitale attorno ai rischi derivanti da una simile lettura del fenomeno, talvolta avallata dalla giurisprudenza europea, essendo irrinunciabile seguire un'interpretazione garantistica della disciplina procedimentale, in quanto finalizzata alla contestuale tutela di tutti gli interessi in gioco.

Non si vuol togliere ulteriore spazio alla lettura dei contributi, i cui contenuti travalicano di molto le questioni cui si è fatto cenno, se non per rimarcare come da questi interessanti studi emerga la perdurante necessità di sottoporre a continua verifica le categorie generali della disciplina, studiando il modo in cui il diritto speciale penetra in esse ridefinendone le caratteristiche e ponendo problemi che non sempre il legislatore si dimostra in grado di registrare e risolvere.

MONICA DELSIGNORE

Regolare sanzionando o sanzionare per regolare: è possibile un distinguo in concreto?

SOMMARIO: Premessa. – 1. La bolletta a 28 giorni e gli atti regolatori che prescrivono adempimenti «non sanzionatori ma ripristinatori delle posizioni giuridiche lese dalla violazione delle regole del libero mercato regolato di riferimento» – 2. Il provvedimento «non…soltanto, ma eventualmente sanzionatorio» – 3. L'attività delle Autorità Indipendenti e la sua inevitabile funzionalizzazione – 4. Le sovrapposizioni, contaminazioni, tracimazioni nell'esercizio dei poteri di regolazione delle Autorità Indipendenti e i distinguo del giudice amministrativo.

Premessa

L'interrogativo, che funge da titolo a questo contributo e a cui si tenterà di offrire una risposta, si fa sempre più frequente nel tempo attuale, anche leggendo gli interventi più recenti della giurisprudenza, e si affianca alla questione di fondo del ruolo della regolazione nella stagione delle grandi sfide, legate alle nuove tecnologie e ai grandi poteri economici globalizzati[1], ma anche alla lotta al cambiamento climatico derivante dal surriscaldamento globale.

Politiche industriali e commerciali oggi sembrano di gran lunga destinate a sopravanzare lo spazio della regolazione tanto più nel timore che la dottrina, ma anche le istituzioni[2], avanzano quanto alla possibilità che «*Al disegno della Commissione di far coesistere il mercato come meccanismo di promozione dell'efficienza economica e dell'innovazione e l'intervento pubblico volto ad orientarlo verso esiti socialmente apprezzabili si sostituisca un assetto imperniato su grandi monopoli privati alleati con poteri statuali nuovamente liberi dalla*

[1]In merito si rinvia a M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, e L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digital*, Rivista Il Mulino, 2024, 14 ss.

[2]In questo senso l'intervento del Presidente Mattarella a Marsiglia il 5 febbraio 2025 e il riferimento a «figure di neo-feudatari del Terzo millennio – novelli corsari a cui attribuire patenti – che aspirano a vedersi affidare signorie nella dimensione pubblica, per gestire parti dei beni comuni rappresentati dal cyberspazio nonché dallo spazio extra-atmosferico, quasi usurpatori delle sovranità democratiche».

disciplina oggettiva imposta dal mercato (e invece soggettivamente condizionati dai primi)»[3].

In particolare, si cercherà di mettere in luce come il distinguo tra contenuto dell'attività di regolazione e contenuto dell'attività sanzionatoria sia, in alcuni noti interventi recenti della giurisprudenza, spesso appannato e annebbiato, anche attraverso ragionamenti raffinati, al fine di far salva la decisione dell'Autorità Amministrativa Indipendente. Questo porta ad interrogarsi sul senso della regolazione e della concentrazione di poteri in capo alle Autorità[4], non ultimo soffermandosi anche sull'attività dell'Autorità garante della concorrenza, oggi spesso oggetto di richieste di "soccorso" con fini di regolazione economico sociale, sinora considerati estranei alla sua azione. .

1. *La bolletta a 28 giorni e gli atti regolatori che prescrivono adempimenti «non sanzionatori ma ripristinatori delle posizioni giuridiche lese dalla violazione delle regole del libero mercato regolato di riferimento»*

La vicenda della c.d. bolletta a 28 giorni si riferisce alla condotta di alcune compagnie telefoniche e alla scelta relativa alla variazione della cadenza temporale della fatturazione delle offerte di servizi di comunicazione elettronica. La variazione era stata, infatti, decisa dalle compagnie in contrasto con quanto previsto da alcune delibere in cui l'Autorità di garanzia per le comunicazioni stabiliva, a fini di trasparenza e comparazione delle condizioni economiche dell'offerta, la cadenza mensile.

In particolare, tra la fine dell'anno 2016 e l'inizio dell'anno 2017, una parte degli operatori aveva modificato il sistema di fatturazione per la telefonia fissa, ridefinendolo con una periodicità inferiore al mese e pari, invece, a ventotto giorni. Da qui la denominazione assunta dalla vicenda come della c.d. "bolletta 28 giorni".

[3]Così E. BRUTI LIBERATI, *La nuova strategia industriale europea e la sua sostenibilità politica e sociale*, in *Riv. reg. mercati*, 2024, 2, 413 ss.

[4]Sulla concentrazione che diviene "confusione" si veda l'interessante volume di N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti,* Napoli, 2024.

A fronte di tale modalità, l'Autorità di garanzia delle comunicazioni era intervenuta censurando l'operazione in quanto indebitamente pregiudizievole per gli utenti, sia sotto il profilo economico, perché le tariffe erano di fatto aumentate, tramite l'introduzione di una sorta di "tredicesima mensilità", sia sotto il profilo della trasparenza, poiché la politica tariffaria incideva sulla comparabilità delle offerte presenti sul mercato.

Con un serie di ordinanze Agcom aveva, dunque, individuato, in capo alle diverse imprese di telefonia interessate, l'obbligo di restituzione integrale della sovrafatturazione mediante l'applicazione del criterio dei giorni erosi, eventualmente utilizzando una modalità di adempimento frazionato su più fatture, pur restando ferma la possibilità per gli operatori di proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazioni alternative, comunque satisfattive del diritto di ristoro degli utenti. L'Autorità con interventi successivi aveva poi riconosciuto anche la possibilità di evitare lo storno economico a fronte dell'offerta gratuita dei servizi per i giorni erosi e aveva prolungato i termini per la conformazione.

Le delibere adottate da Agcom hanno dato origine ad un complesso contenzioso di fronte al giudice amministrativo, che ha coinvolto anche la Corte di Giustizia.

Non solo venivano impugnate le ordinanze dirette a reprimere le condotte in violazione delle regole stabilite dall'Autorità e a tutelare gli utenti[5], ma si contestava anche la legittimità della delibera con cui la stessa Autorità aveva stabilito i vincoli alla cadenza di fatturazione e di rinnovo delle offerte, in quanto adottata in carenza di potere. Le compagnie, infatti, affermavano che non esisteva nell'ordinamento nazionale, né in quello europeo, una norma attributiva del potere esercitato. In tale giudizio nasceva anche il procedimento incidentale di fronte alla Corte di giustizia, con cui appunto si interrogava il giudice europeo quanto alla fondatezza nel quadro comunitario del potere di regolazione della fatturazione esercitato dall'Autorità e alla conformità al principio di uguaglianza di una diversa disciplina per la telefonia fissa e mobile.

Il giudice europeo ha confermato che le direttive sulla liberalizzazione del settore riconoscono ampi poteri, tali da consentire

[5] C. Stato, sez. VI, sentenza non definitiva, 23 settembre 2020, n. 5555.

alle Autorità nazionali «*di valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione*»[6], e senz'altro legittimano le scelte degli ordinamenti degli Stati Membri di introdurre previsioni a riguardo.

Analogamente, qualche mese prima[7], la stessa Corte di Giustizia decideva sulla questione pregiudiziale in un contenzioso relativo a diversa Autorità di regolazione (Arera) in cui sempre si discuteva della conformità con il diritto europeo di un ordine di restituzione, adottato sulla base delle disposizioni della legge n. 481/95.

La Corte, anche in quel caso, riteneva conforme l'attribuzione ad una Autorità nazionale di regolazione del potere di ordinare alle società di restituire ai loro clienti finali la somma corrispondente a quanto versato da questi ultimi in applicazione di una clausola contrattuale considerata illegittima, anche quando, come nel caso di specie, l'ordine di restituzione sia fondato sulla violazione di obblighi di trasparenza tariffaria, demandando al giudice del rinvio il compito di stabilire se il diritto nazionale conferisca effettivamente tale potere e se nella specie sia stato esercitato in maniera corretta. E' ancora pendente, nel momento in cui si scrive, la decisione di fronte al giudice amministrativo nazionale.

Da ultimo[8] il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi[9] sull'impugnazione di una delle ordinanze di Agcom, che condannava la condotta dell'operatore in violazione delle regole di tariffazione con sanzioni pecuniarie e ordini di ristoro degli utenti.

Il giudice, anche richiamando le sue precedenti decisioni, afferma che esiste nel diritto europeo il fondamento generale di un potere in capo all'Autorità per l'adozione di «*…provvedimenti congruenti coi fini di tutela contro le pratiche commerciali scorrette ed a favore dei consumatori, ferme le loro rispettive potestà autonome avanti a fattispecie incompatibili (vale a dire irriducibili ed uniche, a causa della specificità tecnica propria ed esclusiva del settore)*».

[6] Così la decisione dell'8 giugno 2023, nella causa C- 468/20.

[7] C. Giust. UE, 30 marzo 2023, causa C- 5/22.

[8] C. Stato, sez. VII, 2 gennaio 2024, n. 39.

[9] In precedenza, infatti, con le sentenze del 4 febbraio 2020, n. 879, 7 febbraio 2020, n. 987 e del 24 febbraio 2020 n. 1368, la sesta sezione del Consiglio di Stato aveva già deciso e respinto i ricorsi di Wind, Fastweb e Vodafone, mentre da ultimo la settima sezione si è pronunciata sul ricorso di Telecom Italia.

Il giudice, tuttavia, respinta la doglianza relativa alla carenza di potere, si interroga sulla natura e qualificazione del potere con cui Agcom aveva ordinato a Telecom di adottare misure ripristinatorie generalizzate nei confronti di tutta l'utenza[10].

Ed è questo il tema di maggior interesse ai fini della riflessione in corso.

Si legge nella sentenza che «*Nel caso in esame, l'erogazione gratuita della prestazione (di natura lato sensu indennitaria) non fa che sostituire la somma di danaro, che è stata prelevata dalla generalità degli utenti con il sistema di fatturazione a 28 giorni. Da queste coordinate generali deriva l'individuazione dell'esatta natura del potere esercitato, che è un potere conformativo di natura lato sensu indennitaria e non certo un potere sanzionatorio*».

Il giudice prosegue constatando che «*…in base all'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 481/1995, l'AGCOM non ha esercitato un vero e proprio potere sanzionatorio, ma ha attivato il rimedio generale posto dalla legge (dunque, tutt'altro che privo di base normativa) sull'ordinamento delle Autorità di regolazione. Tal rimedio indennitario, infatti e che per sua natura s'attaglia alla situazione cui intende por soluzione, appunto per questo sfugge al principio di tipicità proprio delle sanzioni. Ma non per ciò solo non risponde al fine generale dell'istituzione delle ANR e, in particolare, trova il suo fondamento nella necessità di assicurare, insieme con la promozione della concorrenza e con definizione di sistemi tariffari certi, trasparenti e basati su criteri predefiniti per i servizi erogati, la tutela degli interessi di utenti e consumatori. L'indennizzo, quindi e proprio perché in base alla delibera n. 114/2017/CONS non s'atteggia più a mero rimborso, contempera le esigenze di ripristino della fatturazione a cadenza mensile (il termine per il cui adempimento servendo a risolvere i problemi operativi di tal ripristino nei sistemi interni degli operatori di telefonia) con la refusione dei disagi subiti dagli utenti.…la legge n.249 del 1997 deve essere necessariamente inquadrata nell'ambito dell'attribuzione, nei*

[10]Tali misure consistono nello storno degli importi corrispondenti al numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non erano stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio, a causa del disallineamento del ciclo di fatturazione in contrasto con le prescrizioni contenute nella delibera n. 121/17/CONS, che aveva a imposto per la telefonia fissa un periodo di cadenza di rinnovo delle offerte e delle fatturazioni pari al mese o al multiplo del mese.

termini predetti, di un effettivo potere generale di regolazione dell'Agcom».

Riprendendo alcune pronunce precedenti, il Consiglio di Stato conclude che, «*anche al fine di garantire in concreto una tutela effettiva alla parte debole del rapporto contrattuale dei servizi di telefonia, ovvero all'utente del servizio l'intervento di regolazione può pertanto comprendere adempimenti– aventi contenuto non sanzionatorio ma ripristinatorio delle posizioni giuridiche lese dalla violazione delle regole del libero mercato regolato di riferimento- automatici e generalizzati nei confronti di tutti gli utenti*».

Il giudice utilizza il tradizionale distinguo, su cui da tempo si giustifica e trova fondamento il riparto di giurisdizione, tra tenore ripristinatorio e punitivo, tale per cui «afflittività [e] retributività […] riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»[11] e, dunque, a fronte della mera riparazione non si parli di sanzione in senso proprio[12]. Alla luce di tale criterio, si propone di scindere l'ordinanza di Agcom, che, lo si ricordi, irrogava anche una cospicua sanzione pecuniaria, in un provvedimento espressione di due diversi poteri. La natura afflittiva verrebbe meno laddove se ne consideri solo la parte relativa all'ordine di restituzione delle somme ovvero della fornitura gratuita del servizio a fronte di prestazioni non fruite dagli utenti.

Considerato che l'evoluzione dell'ordinamento giuridico sembra avere messo in discussione l'assolutezza della contrapposizione tradizionale tra natura afflittiva e ripristinatoria[13], in questo caso la reazione di Agcom al mancato rispetto delle regole di tariffazione pare comporsi non solo della sanzione pecuniaria, ma anche dell'ordine di restituzione e suscita qualche perplessità ricondurre alla funzione di regolazione, anziché a quella sanzionatoria, un provvedimento che è frutto dell'esercizio dell'attività di vigilanza e della constatata violazione di quanto stabilito per il corretto operare delle imprese in un

[11]Così C. Cost., 3 luglio 1990, n. 313.

[12]Quanto alla natura della sanzione e ai suoi riflessi sul procedimento e sul sindacato giurisdizionale si rinvia ai contributi di S. VITALE e S. VACCARI in questo fascicolo.

[13]In proposito il volume D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino 2020.

mercato trasparente, così come scinderlo in provvedimenti distinti e autonomi.

2. *Il provvedimento «non … soltanto, ma eventualmente sanzionatorio»*

Sempre in relazione al rispetto degli obblighi di trasparenza e informativa nei confronti dei consumatori, in altra nota vicenda, il c.d. Diesel gate, il giudice amministrativo torna a proporre sottili distinguo nella qualificazione del provvedimento amministrativo, o, meglio, del potere che in esso si esprime, e a proporne la segmentazione.

Si tratta, come noto, dello scandalo che ha riguardato l'installazione, ad opera della società tedesca Volkswagen, di un software nella centralina di controllo del motore Turbocharged Direct Injection (TDI), in grado di differenziare il comportamento del veicolo in caso di impiego dello stesso nei test di banco per il controllo delle emissioni ovvero di normale impiego su strada, in modo da falsare e manipolare i risultati e i controlli.

In questo ambito il giudice amministrativo[14] è stato chiamato, nel sindacare la legittimità di una delibera di AGCM, a pronunciarsi sul tema dei rapporti tra provvedimenti dell'Autorità nell'ambito del *public enforcement* in materia di tutela dei consumatori e pronunce definitive di organi giurisdizionali stranieri.

Pare utile, anche in questo caso, offrire la ricostruzione, in sintesi, di una vicenda molto complessa.

Prima dell'Autorità garante della concorrenza italiana già vi erano stati diversi interventi di istituzione pubbliche e giudici, come emerge anche nella sentenza del Consiglio di Stato. In particolare, l'Enviromental Protection Agency negli Stati Uniti, che per prima ha messo in luce la condotta della casa automobilistica, precisava che «*il risultato dei test effettuati su alcuni veicoli diesel Volkswagen destinati al mercato americano [aveva indicato] valori delle emissioni Nox derivanti dal normale utilizzo su strada fino a 40 volte superiori a quelli riscontrabili nei test di banco*» e anche le comunicazioni del KBA (l'Autorità federale dei trasporti tedesca) alle Autorità di omologazione

[14]C. Stato, sez. VI, 22 marzo 2024, n. 2791, commentata da B. DE SANTIS, *Una transazione chiude la vicenda Dieselgate: riflessioni sull'epilogo della più grande class action italiana*, 26 luglio 2024, in *www.judicium*, che ricorda anche le pronunce del giudice ordinario sulla medesima vicenda.

europee confermavano l'esistenza a bordo dei veicoli di "dispositivi di manipolazione". La condotta rilevata comportava la condanna penale di Volkswagen nell'ordinamento tedesco[15].

Nello stesso periodo l'Autorità della concorrenza e del mercato italiana irrogava[16] al gruppo una sanzione di cinque milioni di euro, a fronte di una condotta qualificabile come pratica commerciale scorretta, di cui contestualmente vietava la diffusione e la continuazione.

La legittimità del provvedimento era, appunto, sindacata dal giudice amministrativo chiamato a tal fine anche a valutare la possibile violazione del *ne bis idem* stante la precedente condanna penale del giudice tedesco. Nel procedimento il Consiglio di Stato, come nel caso esaminato nel paragrafo precedente[17], sollevava questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia. Il giudice europeo riteneva che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che una sanzione amministrativa pecuniaria, irrogata a una società dall'autorità nazionale competente in materia di tutela dei consumatori per pratiche commerciali sleali, benché sia qualificata come sanzione amministrativa dalla normativa nazionale, costituisce una sanzione penale, ai sensi di tale disposizione, quando persegue una finalità repressiva e presenta un elevato grado di severità[18], tale per cui non possa convivere con una condanna penale per il medesimo fatto.

---

[15]Bundesgerichthof, decisione del 25 maggio 2020, VI ZR 252/1.

[16]Con la delibera n. 26137 adottata nell'adunanza del 4 agosto 2016.

[17]Per una critica quanto al frequente rinvio pregiudiziale alla Corte nei giudizi che hanno ad oggetto delibere AGCM si esprime, da ultimo, lo stesso giudice amministrativo nel contributo di C. VOLPE, *Recente giurisprudenza amministrativa in materia di tutela della concorrenza* pubblicato sul sito istituzionale della giustizia amministrativa. In senso analogo P. CHIRULLI, *Meglio tardi che mai (per l'avvio delle istruttorie antitrust)? Riflessioni a margine di Corte di Giustizia, caso C-511/23 (Caronte & Tourist)*, in *Riv. reg. mercati*, 2025, 1, 175, si interroga «se il caso rientri nella folta schiera di rinvii pregiudiziali finalizzati non tanto ad ottenere l'interpretazione di norme del diritto europeo, quanto piuttosto a risolvere un contrasto giurisprudenziale che riguarda principalmente questioni interpretative di diritto interno, o che mette in discussione delicati rapporti tra poteri…».

[18]C. Giust. UE, 14 settembre 2023, C- 27/22. Per un commento critico A. ROSANÒ, *Sviluppi dello scandalo Dieselgate in materia di ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: la sentenza Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft della Corte di giustizia*, 11 gennaio 2024, in *www.aisdue*.

La Corte, ricorrendo ai noti precedenti anche della Corte EDU, precisava, in risposta ad altro quesito, che l'eccezione al principio del *ne bis in idem* si giustificherebbe laddove diversi siano gli obiettivi del doppio regime sanzionatorio ovvero le due diverse discipline non perseguano e sanzionino gli stessi fatti a titolo del medesimo reato o per realizzare lo stesso obiettivo. In proposito, l'Avvocato generale afferma che la normativa tedesca e quella italiana perseguono obiettivi differenti, che tra loro si integrano pienamente: da un lato, la tutela degli imprenditori nel mercato, dall'altro, la tutela dei consumatori.

Il Consiglio di Stato, a fronte della risposta del giudice europeo, che in qualche modo sembrava preludere all'invalidità della delibera di AGCM con medesimo oggetto della condanna penale, salvo motivare quanto alle diverse finalità perseguite dalle sanzioni, utilizza, invece, una serie di sottili distinguo, tali per cui il provvedimento sarebbe solo "*eventualmente sanzionatorio*".

Il giudice precisa, infatti, che i poteri conferiti all'Autorità dall'art. 27 del Codice del Consumo «*…non si esauriscono…nella sola irrogazione di una sanzione amministrativa, ma comprendono*…» altre attività di accertamento, inibitorie e di divieto di diffusione o continuazione[19]. Questi ultimi poteri dovrebbero, tenersi distinti, «*… non sfociano in un provvedimento di natura "sostanzialmente" penale e, quindi, risultano estranei all'ambito di applicazione del diritto sanzionatorio europeo, ivi compreso il principio del ne bis in idem*…». Il Consiglio di Stato sostiene, inoltre, sempre al fine di rafforzare l'assenza del *bis in idem* nel caso concreto, che «*…il cumulo di procedimenti non possa ritenersi precluso proprio in quanto quello*

[19]Questo l'elenco puntuale nella sentenza: «i) l'accertamento (che è l'attività conoscitiva necessaria per ogni misura prevista da tale disposizione); ii) l'inibizione e la rimozione degli effetti (comma 2), iii) la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta (comma 3); iv) l'ordine, anche in via cautelare, ai fornitori di servizi di connettività alle reti internet, ai gestori di altre reti telematiche o di telecomunicazione nonché agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi telematici o di telecomunicazione di rimuovere di iniziative o attività destinate ai consumatori italiani e diffuse attraverso le reti telematiche o di tele-comunicazione che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta (comma 3-bis); v) l'ordine di fornire prove sull'esattezza dei dati di fatto; vi) l'ottenimento di un impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità (comma 7); vii) il divieto di diffusione o continuazione (comma 9)».

avviato dall'Autorità non è, soltanto, sanzionatorio ma eventualmente sanzionatorio, con la conseguenza che la preclusione derivante dal divieto non potrà interessare procedimenti o segmenti di un unico procedimento che non sono (più) finalizzati all'applicazione di una sanzione proprio perché questa preclusa, in ipotesi, dall'applicazione del principio del ne bis in idem».

Il giudice sembra così intendere che si debbano distinguere "segmenti di un unico procedimento" privi del carattere sanzionatorio, enucleando come tali l'accertamento, il divieto di continuazione e diffusione, che inevitabilmente esistono laddove AGCM irroghi anche una sanzione monetaria e che l'esistenza di tali "*segmenti*" comporti il venire meno della natura sanzionatoria degli stessi, quasi che potessero scindersi dalla parte restante del provvedimento di irrogazione della sanzione.

Si ragiona, cioè, come se non esistesse una omologia sanzionatoria delle diverse misure previste all'art. 27 per la pratica commerciale scorretta, con una soluzione che è stata criticata in quanto la negazione del *ne bis in idem* in ragione di un potere sanzionatorio solo "eventuale" sembra contrastare con la logica, non solo europea, della tutela di un diritto fondamentale[20].

Anche perché nel caso di specie il potere sanzionatorio non è affatto eventuale, posto che l'Autorità ha comminato una sanzione di cinque milioni di euro, considerata legittima dal giudice amministrativo.

Ugualmente tese ad escludere che si verifichi la comminatoria di una doppia sanzione sono le considerazioni con cui il collegio insiste sull'inesistenza dell'*idem* ovvero sul differente oggetto della pronuncia della procura tedesca e dell'Autorità garante della concorrenza italiana[21].

[20]Così criticamente N. GALANTINI, *Anatomia di una caduta: ne bis in idem vs procedimento 'eventualmente sanzionatorio' nel caso Dieselgate*, 6 giugno 2024, in *sistemapenale.it*.

[21]In merito i punti 24 e successivi ove si legge, ad esempio, che «…l'ordinanza-ingiunzione tedesca si è soffermata – nell'esaminare il meccanismo di commutazione – sul tema relativo ai livelli di emissione inferiore ai dati reali, ma ha, invece, soltanto menzionato l'elemento di fatto costituito dalla pubblicità dei veicoli, non parametrandolo neppure ai comportamenti del consumatore medio, anche in considerazione della fiducia che lo stesso avrebbe ragionevolmente potuto riporre sulle caratteristiche del prodotto».

Il Consiglio di Stato sceglie, dunque, di argomentare nel senso della natura solo eventualmente sanzionatoria per far salva la delibera di AGCM, senza considerare il diverso profilo dell'eccezione al principio del *ne bis in idem* (e quindi dell'ammissibilità della doppia sanzione) che pure era stato oggetto di specifico quesito alla Corte e rispetto al quale il giudice europeo e l'Avvocato generale sembravano riconoscere ben maggiori aperture.

3. *L'attività delle Autorità Indipendenti e la sua inevitabile funzionalizzazione*

I casi presentati mettono in luce come l'attività delle Autorità promuova la cura degli interessi degli utenti o dei consumatori, ma appaiono ben più problematici quanto alla tutela dei soggetti regolati, a fronte dell'esercizio del potere di condannare determinate condotte illecite.

Per giungere a qualche considerazione in proposito, occorre, anzitutto, ragionare sul ruolo e sulla collocazione delle Autorità nell'ordinamento.

In proposito, sin dagli esordi, molto si è interrogata e ancor oggi si interroga la dottrina, sicché non potrà che offrirsi qui qualche considerazione generale e di sintesi di un dibattito intenso e ancora non risolto.

Concentrandosi sulle Autorità indipendenti, istituite in settori liberalizzati e in cui esistono operatori privati che si confrontano nell'offerta di servizi, dai più diversi contenuti, la regolazione si distingue dalla tutela della concorrenza in quanto potere funzionale non a fronteggiare i fallimenti del mercato, ma, al contrario, a costruire un mercato dove accompagnare le imprese.

Il potere sanzionatorio è concepito in termini strumentali alla regolazione, tanto che lo si considera l'elemento di chiusura dell'intervento delle singole Autorità nel settore di competenza così da far assumere al settore regolato la fisionomia di un ordinamento sezionale[22].

[22]Per la ricostruzione del dibattito in proposito si veda M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), Approfondimenti *Dir. economia*, 3, 2013, vol. 26, n. 86, 85.

In proposito, con riferimento alla Consob, si è attentamente ricostruito il potere sanzionatorio come una sorta di incidente all'interno di un'attività più complessa di vigilanza che si svolge senza soluzioni di continuità[23]. Si afferma, da altri[24], più in generale, un ruolo particolare delle sanzioni nel diritto dell'economia «*…che sintetizzano…finalità diverse sottese a un sistema che, dietro aspetti afflittivo-dissuasivi, nasconde sempre la cura concreta dell'interesse pubblico…*» così da «*disegnare un modello almeno in parte diverso e peculiare di sanzione amministrativa*».

In questa prospettiva le sanzioni costituiscono uno strumento indiretto per la cura di interessi pubblici, per l'esercizio delle diverse funzioni in capo all'Autorità di regolazione competente: anche la dottrina, che in un primo tempo si era schierata nel senso di una indipendenza delle AAI da intendersi come neutralità, ovvero come indifferenza rispetto agli interessi in gioco[25], ha osservato come l'indipendenza possa mostrarsi in diverse forme e declinazioni negli ordinamenti giuridici[26], ma soprattutto ha precisato che sebbene sia innegabile che nella gran parte dei casi le Autorità indipendenti si caratterizzino per il vincolo dei fini attribuiti per legge ma per l'indifferenza rispetto agli interessi concretamente in gioco, è tuttavia difficile affermare che la neutralità sia tratto ineludibile dell'indipendenza dell'ente[27]. Il legislatore – europeo o nazionale –

[23]W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012.

[24]Così P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria, alla ricerca di un modello di diritto dell'economia,* in *Dir. amm*, 2015, 5, 767.

[25] In questo senso V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 1, 341 e M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), Milano, 1993, 115 ss.

[26]Cfr. S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2018, 3, 947.

[27]Così M. DUGATO, *Indipendenza e diritto amministrativo*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 2, 459, che precisa che se l'indipendenza delle amministrazioni non è mai libertà dei fini o dai parametri normativi, è pur vero che le autorità amministrative indipendenti hanno tratti del tutto originali nell'organizzazione pubblica e costituiscono la manifestazione più vicina all'invocata (da alcuni) riserva di amministrazione.

prevede «*che le autorità indipendenti possano talora adottare decisioni basate anche su valutazioni comparative degli interessi*»[28].

Tali considerazioni valgono non solo per le Autorità di regolazione, ma anche in relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato[29]. Come già da tempo si è precisamente osservato[30], l'istituzione di un soggetto pubblico sta a significare che è necessaria un'attività pubblica, perché vi sono interessi che trascendono la dimensione individuale e per la tutela dei quali non è sufficiente la presenza o il riconoscimento di soli diritti soggettivi.

Anche la Corte costituzionale[31] ha precisato che l'Autorità antitrust «*è portatrice di un interesse pubblico specifico che è quello della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10, l. 287/1990), e, quindi, non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi ed alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale*».

Vero è che la tutela della concorrenza non è regolazione: l'AGCM è chiamata cioè ad applicare la disciplina che dovrebbe presidiare l'esercizio del potere privato nel mercato, tanto che la sanzione civilistica connessa alla violazione antitrust dovrebbe essere quella portante[32], come avviene nel sistema statunitense. In questo senso, anche l'applicazione della sanzione non è un imperativo categorico perché esistono e sono possibili rimedi alternativi. L'ordinamento offre all'Autorità, anche di regolazione, una varietà di strumenti nell'esercizio della propria funzione: accanto, ovvero in sostituzione così come a monte, del provvedimento sanzionatorio in senso stretto

[28]E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 77.

[29]In questo senso A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, 18, precisa che «la sanzione diventa lo strumento più efficace e significativo di politica della concorrenza…sanzioni pecuniarie assai pesanti al fine di assicurare un nuovo e diverso equilibrio concorrenziale in determinati mercati» ed esercita funzioni anche al di fuori del singolo caso di specie contribuendo ad orientare le condotte degli operatori.

[30]Si veda M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, *passim* e in particolare 356 ss.

[31] C. Cost., 22 gennaio 2019, n. 19.

[32] Anche se, nonostante i più recenti interventi e aggiustamenti, nel sistema italiano misto l'azione privata non è tuttavia ancora effettivamente decollata, come già si scriveva nel 2012, F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di* enforcement *della regolazione*, Torino, 2012.

possono porsi molteplici provvedimenti – ripristinatori, riparatori, inibitori, cautelari – che trovano sempre nell'illecito il proprio presupposto[33].

L'esigenza di fronteggiare con uno strumentario giuridico efficace i nuovi sofisticati e camaleontici poteri privati della c.d. Big Tech, a cui si accennava in premessa, apre a un nuovo ruolo dell'AGCM[34]. Le più recenti acquisizioni in materia di concorrenza sono nel senso che occorra rivedere la teorica di una funzione antitrust pura sulla base del rilievo che tale funzione non può non essere contaminata da altri interessi pubblici quali la crescita economica e il lavoro, la tutela dell'ambiente e la transizione ecologica[35].

Del resto, proprio la disciplina antitrust esiste non solo per regolamentare l'esercizio di poteri autoritativi, ma anche per evitare che poteri forti prendano il sopravvento sullo Stato[36].

In questa attività di ricerca dell'equilibrio certamente l'esercizio del potere sanzionatorio a fronte della violazione di regole dal tenore generale comporta una ponderazione degli interessi in gioco, tanto più ove le condotte di operatori forti vengano in gioco in relazione a soggetti deboli, quali gli utenti o i consumatori[37].

---

[33] In merito S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 259 ss.

[34] Così M. RAMAJOLI, *Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, in *Riv. reg. mercati,* 2024, 2, 323, che, attraverso una ragionata ricostruzione, mette in luce come il Digital Markets Act reca in sé un nuovo paradigma europeo di disciplina a tutela della concorrenza valevole per i mercati digitali, diverso e complementare rispetto a quello tradizionale, rafforzato dall'introduzione del c.d. New Competition Tool.

[35]Come attentamente precisa G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Riv. reg. mercati*, 2024, 2, 444, qui 455.

[36]Come magistralmente aveva spiegato G. AMATO*, Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, 1997, e come ha di recente illustrato, anche con uno sguardo storico al sistema statunitense, R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: «back to the future»?*, in *Merc. conc. reg.,* 2019, 1, 81.

[37]L'interrogativo diviene allora fino a dove può essere spinto in nome dell'imperativo di preservare la capacità salvifica del mercato l'intervento antitrust al crocevia tra disciplina antimonopolistica e altri plessi regolamentari che producono effetti comunque destinati a ricadere su quel mercato. Si tratta di una questione tutt'altro che nuova al diritto antitrust che tuttavia torna attuale con le crisi economiche e l'inasprirsi delle diseguaglianza sociali ovvero con l'affermarsi di poteri privati così forti da sovrastare quelli pubblici. Si veda ancora M. RAMAJOLI,

Ne consegue allora che non solo nella regolazione, ma sempre più anche nella tutela della concorrenza, si manifesta l'autoritatività insita e permanente nell'esercizio di poteri conformativi dell'azione dei loro destinatari e, anche, l'inevitabile ponderazione e il tratto di amministrazione e cura di interessi pubblici che li contraddistingue.

4. *Le sovrapposizioni, contaminazioni, tracimazioni nell'esercizio dei poteri di regolazione delle Autorità Indipendenti e i distinguo del giudice amministrativo*

Come già si accennava nel paragrafo precedente e prendendo a prestito le parole di Roberto Pardolesi, le sovrapposizioni, contaminazioni, tracimazioni nell'esercizio dei poteri delle Autorità Indipendenti sono inevitabili, con il rischio sempre più frequente (di cui qui solo si dà conto, ma che esula dalla trattazione) che queste sovrapposizioni e tracimazioni si estendano anche ai rispettivi ambiti di competenza. Basti pensare, da ultimo, all' introduzione nel nostro ordinamento del c.d. New Competition Tool, che ha dotato l'AGCM di un generale potere regolatorio di tipo correttivo, i cui confini paiono incerti[38].

Nell'attività delle Autorità funzione sanzionatoria e di vigilanza si compenetrano: la potestà punitiva assume carattere anticipato e nelle sanzioni convivono effetti reintegratori dell'interesse pubblico curato, con altri più marcatamente repressivi[39].

Peripezie passate e presenti, cit., che illustra efficacemente «trasformazioni in senso adattativo della tutela della concorrenza» e dà conto di come «l'asservimento dell'antitrust ad obiettivi di politica industriale rischia di avere un mercato europeo sempre più segmentato e settorializzato, con gli Stati membri legittimati ad agire in ordine sparso». Sempre criticamente, sul primo profilo, i contributi di G. AMATO, R. PARDOLESI, A. NICITA, C. OSTI, P. SABBATINI, *Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica e della concorrenza e disuguaglianza*, in *Merc. conc. reg*., 2016, 1, 145 ss. e, sul secondo, C. OSTI R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di facebook,* in *Merc. conc. reg.*, 2019, 2, 195.

[38]In merito M. RAMAJOLI, *Peripezie passate e presenti*, cit., che dà conto anche della pendenza di un ricorso di fronte al giudice amministrativo con cui Arera ha impugnato la delibera di AGCM che disciplina lo strumento.

[39]In merito M. CAPPAI, *Dal* ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023.

Non solo i diversi poteri di cui si compone la regolazione di un settore sono tra loro interconnessi, sicchè, pur condivisibile in astratto[40], resta molto difficile in concreto distinguere l'attività di vigilanza dall'attività sanzionatoria[41], ma ugualmente problematico è affermare che nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie non ci sia spazio per il potere autoritativo, trattandosi piuttosto di una determinazione regolata direttamente dalla legge sulla base di precisi criteri tecnici vincolanti, in relazione alla quale sussistono posizioni di diritto soggettivo[42].

Ne deriva che, quanto all'interrogativo iniziale, regolare sanzionando o sanzionare per regolare, si può affermare che le due attività siano in via di principio correlate e interdipendenti, anche se nelle vicende esaminate il giudice tenda a limitare, quanto più possibile, la connotazione sanzionatoria, con una logica che suscita alcune riflessioni.

Di fronte alla complessità dei comportamenti economici dei soggetti regolati si pone il problema di tutelare adeguatamente il mercato che aspira ad affermarsi (per le Autorità di regolazione) ovvero ad essere concorrenziale (per l'AGCM). Se questo è l'interesse pubblico primario che muove l'intervento dell'Autorità, certo si richiede anche il rispetto di standards rigorosi di prova dell'illiceità della condotta e della violazione delle regole, alla base dell'applicazione di sanzioni afflittive.

Come precisato da Margherita Ramajoli[43], si pone un problema di coesistenza tra la logica amministrativa e la logica sanzionatoria, che vale non solo, come argomentava, per l'antitrust, ma può essere esteso anche alle Autorità di regolazione. Se la questione sconta l'incertezza

[40]Nel senso del distinguo tra attività di regolazione e vigilanza, da un lato, e attività sanzionatoria, dall'altro, è la tesi del volume di N. VETTORI, *Autorità indpendenti e concentrazione dei poteri*, cit.

[41]Anche 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, 139, affermano che i provvedimenti sanzionatori sono funzionalmente correlati all'attività di vigilanza.

[42]In questo senso, da ultimo, pur riferendosi alle sanzioni amministrative in generale, che, in effetti, non sono completamente sovrapponibili a quelle delle Autorità Indipendenti, si esprime F. G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.,* 2025, 1, 3.

[43]M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie dopo la sentenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 2, 330, qui 357.

(a cui si accennava) che riveste il tema delle sanzioni amministrative pecuniarie, da taluni viste come strumenti per il perseguimento di interessi pubblici, da altri considerate come dotate di valenza meramente punitiva e afflittiva, il tentativo di un distinguo tra attività di vigilanza e sanzionatoria ad opera del giudice amministrativo nei casi illustrati sembra muoversi in tutt'altra direzione.

La dottrina citata, infatti, evidenzia come la convivenza della logica sanzionatoria e della logica amministrativa richieda garanzie distinte nella tutela della posizione dei privati destinatari dei provvedimenti delle Autorità.

La sanzione, infatti, pur nel perseguimento dell'interesse pubblico, comporta una riduzione della sfera giuridica del destinatario e la sua natura punitiva richiede nel procedimento le garanzie ormai riconosciute dall'ordinamento interno, anche nel dialogo con l'ordinamento transnazionale, del contraddittorio pieno, nell'accezione sostanzialistica della Corte EDU, inteso come conoscenza di tutti gli atti e possibilità di difendersi rispetto ad essi[44].

Se pure la giurisprudenza della Corte EDU presenta non poche oscillazioni quanto al tenore delle garanzie che si legano all'esercizio del potere sanzionatorio, esse gravitano nell'orbita del giusto processo e sono quindi più raffinate di quelle generalmente offerte dalla generale legge sul procedimento amministrativo.

Il distinguo tra potere sanzionatorio e altri poteri viene, invece, evocato dal giudice amministrativo al fine di ridurre le garanzie offerte ai soggetti regolati, giustificando la riduzione in funzione della tutela della categoria degli utenti e consumatori, considerati soggetti deboli. Forse, però, l'intervento del Consiglio di Stato persegue un preciso intento. Nel qualificare come mera restituzione e indennizzo l'esborso di migliaia di euro oppure riferirsi alla natura eventualmente sanzionatoria della delibera con cui AGCM condanna al pagamento di cinque milioni di euro il giudice amministrativo propone ricostruzioni ricercate, in tema di segmentazione di un provvedimento che è evidentemente concepito come unico, ma lo fa, forse, con l'intento di intervenire a sostegno del ruolo anche di riequilibrio economico sociale, che sempre più spesso oggi si chiede alle Autorità di svolgere.

[44] Così E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia,* cit.

E in questo senso, da ultimo, si è letta anche la recente decisione della Corte di giustizia[45], interrogata in merito al carattere ordinatorio o perentorio del termine nel procedimento per l'irrogazione della sanzione da parte di AGCM. Il giudice europeo, come il giudice nazionale, ritiene che l'irrogazione di sanzioni efficaci e dissuasive sia necessaria per l'effettività del diritto europeo della concorrenza, che non sarebbe garantita laddove l'elusione del termine comportasse il mero accertamento dell'illecito senza la conseguenza punitiva[46].

Forse allora ai giudici e alle Autorità indipendenti si chiede, come sempre più spesso accade nel nostro ordinamento, ma anche in quello europeo, di supplire alle lacune nell'agenda del legislatore, il cui intervento a disciplinare un modello generale (ma speciale in quanto proprio delle sole Autorità indipendenti) di procedimento per l'esercizio di poteri di vigilanza è invocato a più voci dalla dottrina[47].

Un procedimento che disciplini l'accertamento dell'illecito amministrativo, a prescindere dal fatto che esso sfoci o meno nell'irrogazione di una sanzione, organizzato secondo le regole del giusto processo, sarebbe in grado di risolvere le questioni, di cui qui non si è potuto dar conto dei limiti del sindacato giurisdizionale[48]. Se l'amministrazione realizza il giusto processo nel procedimento, la *full jurisdction* non si impone (anche secondo i suoi più convinti sostenitori[49]) e dell'oggetto del giudizio in cui si impugna la sanzione.

È il legislatore che, valutati gli interessi in gioco e tenuto conto delle raffinate capacità delle Autorità indipendenti, ha il compito di

[45]Con la sentenza C. Giust. UE, del 30 gennaio 2025, causa C- 511/23, commentata da P. CHIRULLI, *Meglio tardi che mai (per l'avvio delle istruttorie antitrust)?*, cit. Prima dell'adozione della sentenza già ragionava sui possibili esiti C. POLICE, A*buso di posizione dominante e rispetto del termine ragionevole: tra esigenze di certezza del diritto e la (attesa) risposta della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Causa C-511/23)*, in *rivista.eurojus.it*, 2025, 1, 314.

[46] Soluzione criticata da P. CHIRULLI, *Meglio tardi che mai*, cit., che rileva come la salvezza dell'accertamento dell'illecito, se confermata in sede giurisdizionale, potrebbe fondare azioni risarcitorie c.d. follow-on agevolate nel regime probatorio da quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

[47] Da ultimo proprio dalle già citate PAOLA CHIRULLI e CECILIA POLICE.

[48] In merito M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. Comm.*, 47, 2021, 1, 100.

[49] Così F. GOISIS, *La tutela dei cittadini nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 162.

individuare modalità e termine del procedimento, considerando la tutela degli utenti e dei consumatori, ma certamente senza dimenticare le imprese e gli operatori regolati e le garanzie già riconosciute ed esistenti nell'ordinamento.

STEFANO VACCARI

Appunti sul potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: tra procedimento e processo

SOMMARIO: 1. Le sanzioni amministrative: atti 'dell'amministrazione' o 'di amministrazione'? Le opposte ricostruzioni riguardo alla natura sostanziale della funzione sanzionatoria. – 2. Il sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative 'punitive': modello *confutatorio* o *sostitutivo*? Le diverse interpretazioni del canone convenzionale della c.d. *full jurisdiction*. – 3. Incertezza e opinabilità residua nelle valutazioni dell'autorità amministrativa: la presunzione di innocenza e lo *standard* del c.d. *in dubio pro reo* come regola decisoria fondamentale in materia (sostanzialmente) penale.

1. *Le sanzioni amministrative: atti 'dell'amministrazione' o 'di amministrazione'? Le opposte ricostruzioni riguardo alla natura sostanziale della funzione sanzionatoria.*

La natura sostanziale della funzione amministrativa sanzionatoria è oggetto di diverse, se non opposte, ricostruzioni teoriche.

Secondo una prima impostazione, tale funzione si esplica attraverso atti non riconducibili ai provvedimenti amministrativi in senso stretto[1]. Si tratterebbe, infatti, di atti vincolati di accertamento dei presupposti soggettivi e oggettivi dell'illecito tipizzati *ex ante* dal legislatore[2], come tali privi di discrezionalità in senso 'puro'[3]. Per essi, risulterebbe

[1] Nell'ambito della più generale riflessione sulle sanzioni amministrative, come atti 'della' amministrazione o atti – anche – 'di' amministrazione, si v. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, 76 ss., secondo cui l'«atto di accertamento dell'illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di 'provvedimento'», in ragione della natura interpretativa dell'attività di accertamento dell'illecito (p. 77).

[2] In questi termini, in giurisprudenza, C. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, in *Foro amm*., 2022, 623 ss., ove si sostiene che la «sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del 'mercato rilevante') è una attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa».

[3] Cfr. R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni pecuniarie*, in *Dir. proc. amm*., 1986, 388 ss., oggi in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 274, ad avviso del quale, rispetto alle sanzioni

dunque più appropriata la riconduzione alla categoria della 'decisione amministrativa'[4].

In altri termini, in base a questo indirizzo interpretativo[5], gli atti di esercizio della funzione amministrativa sanzionatoria si distinguono per

amministrative pecuniarie, in linea di massima «non c'è spazio per la discrezionalità; la legge ne stabilisce le condizioni, il tipo e la misura, lasciando margini solo per valutazioni tecnico empiriche: l'ammontare della somma è il risultato di criteri di giudizio posti per l'adeguamento della decisione alle caratteristiche del caso, non per tutelare interessi». L'a. aderisce, dunque, alla tesi già autorevolmente espressa da E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 138 s., secondo cui, nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, «[s]enza dubbio, non vi può essere discrezionalità dell'*an*: se ricorrono i presupposti di legge, la sanzione deve essere applicata; non sta all'amministrazione di valutare se convenga piuttosto omettere l'applicazione della pena pecuniaria». Ma «neppure in ordine alla misura della pena pecuniaria può ammettersi discrezionalità», in quanto la «determinazione in concreto non si compie mediante apprezzamento discrezionale-amministrativo» (tutt'al più una siffatta valutazione potrà essere denominata 'discrezionalità del giudice'). In senso analogo si v., anche, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 114, nella parte in cui si rileva che la natura di 'decisioni' degli atti di applicazione delle sanzioni consente di escludere dal relativo procedimento «ogni margine di discrezionalità amministrativa: nel procedimento rilevano solo la cognizione del fatto […], la valutazione del fatto sulla base del precetto […], la valutazione dell'infrazione sulla base della sanzione del precetto» (ossia, nella prospettiva dell'a., valutazioni e non 'scelte' in senso tecnico). Da ultimo, si v. F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2025, 13, ove si nega perentoriamente che il «potere sanzionatorio (o, se si preferisce, l'attività di applicazione della sanzione) abbia carattere discrezionale in senso proprio», ritenendosi che esso non integri una 'funzione amministrativa', bensì una 'funzione punitiva' attribuita all'amministrazione (p. 14).

[4] Così F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 262 e 264. In proposito si v., più di recente, D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 79, ove si chiarisce che la 'decisione amministrativa' ricomprende gli «atti amministrativi, a carattere non dispositivo, bensì dichiarativo, aventi la funzione di accertare i presupposti e le conseguenze previsti dalla legge come reazione alla violazione di un precetto, accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto».

[5] Ampi riferimenti e considerazioni critiche in F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 79 ss., cui si fa rinvio anche per la principale dottrina e giurisprudenza.

un'efficacia dichiarativa, finalizzata a determinare l'applicabilità della legge al caso concreto. Di conseguenza, mancherebbe loro il carattere dell''imperatività'[6], assumendo maggiore rilievo la c.d. esecutività, intesa come la possibilità di formare un titolo esecutivo stragiudiziale senza la necessità di un previo accertamento giudiziale sulla fondatezza della pretesa amministrativa[7].

Con riferimento alla fattispecie normativa sanzionatoria, l'orientamento in esame evidenzia un'accezione forte e particolarmente stringente del principio di legalità, cui si collegano corollari di matrice garantistica, quali la tassatività e la sufficiente precisione del precetto. Per l'effetto, viene esclusa ogni possibilità per l'amministrazione di integrare la fattispecie legale modificando il perimetro della liceità delle condotte, sia ampliandolo sia restringendolo, in base a valutazioni discrezionali o di opportunità[8]. Anche l'eventuale presenza di concetti giuridici indeterminati nella struttura della norma incriminatrice non consentirebbe comunque al soggetto 'applicatore' di esercitare margini di discrezionalità amministrativa, limitandosi quest'ultimo a svolgere una mera attività interpretativa.

Sempre secondo la suddetta impostazione teorica, la fase di commisurazione della sanzione non comporterebbe l'esercizio di discrezionalità amministrativa, potendo essere considerata – al più – come una manifestazione di discrezionalità 'giudiziale'[9]. Anche in

[6] Cfr., ancora, R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale*, cit., 279: «[s]e si accetta la prospettiva di una potestà sanzionatoria pecuniaria necessariamente afflittiva e separata dal potere di governo dell'area sussidiata, si comprende come si possa ipotizzare, proprio per l'estraneità alla cura di interessi pubblici specifici, che si tratti di una potestà unilaterale sì, ma non imperativa: nel senso che l'Amministrazione determina da sola la misura afflittiva, ma siffatta misura non ha l'efficacia di degradare le situazioni giuridiche del destinatario, che mantengono la consistenza di diritto soggettivo».

[7] Per ogni approfondimento sull'esecutorietà cfr., da ultimo, M. MAZZAMUTO, *Il diritto al primo colpo: unilateralità degli effetti e della esecuzione delle pretese amministrative*, in *Dir. economia*, 2024, 219 ss.

[8] Cfr. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 75.

[9] Aderisce a questa impostazione P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 123, alla stregua della tesi che non ravvisa nella sanzione l'esercizio di un potere amministrativo volto alla cura di un interesse pubblico, assegnando invece maggiore centralità alla finalità 'punitiva' del trasgressore, nell'ottica della prevenzione speciale e generale (così ID., voce «*Sanzioni amministrative*», in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), VI, Milano, 2006, 5428). Secondo l'a., in particolare, la

questo caso, l'accento è posto sulla natura interpretativa di tale momento applicativo, che si fonda su parametri ordinamentali volti a determinare in concreto la 'giusta sanzione'[10], senza che assumano rilevanza eventuali interferenze legate al perseguimento – almeno in via diretta – di specifici interessi pubblici[11].

In termini generali, adottando la prospettiva qualificatoria sommariamente descritta, l'asserito trasgressore sarebbe titolare – rispetto al potere di comminazione di sanzioni amministrative – di una situazione giuridica soggettiva che si configura come un diritto soggettivo[12] alla 'giusta pena' o all'integrità patrimoniale, con la

sanzione amministrativa è una «pena collegata, per fini di prevenzione, ad una violazione astrattamente prefigurata dalla legge e non uno strumento graduabile, in base ad una valutazione dell'amministrazione, in rapporto all'interesse pubblico da curare nel caso concreto».

[10] Cfr. F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 1111, secondo cui il giudice – quando fissa la misura corretta delle sanzioni amministrative – non fa altro che «trarre le conseguenze logiche dalla soluzione della controversia, riconoscendo al ricorrente ciò che gli spetta».

[11] Sul punto, si v. M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 28, ove si sostiene che il 'fine immediato' delle sanzioni amministrative è quello di «colpire (punire) l'autore della trasgressione», esulando tale effetto dalla «soddisfazione diretta (inteso quest'ultimo aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell'interesse (del soggetto pubblico o privato) specificamente pregiudicato». In giurisprudenza, è possibile richiamare il tradizionale orientamento relativo all'art. 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in forza del quale «[p]er la determinazione delle pene pecuniarie l'amministrazione deve effettuare delle valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati». In altri termini, l'«autorità amministrativa, e successivamente il giudice […] hanno un potere molto ampio di valutazione che è ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi, mentre in tema di sanzioni, l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione dev'essere esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria» (così, *ex multis*, Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *Giust. civ*., 1987, 2837 ss.).

[12] Su un piano più generale, autorevole dottrina (il riferimento è a F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., 261), a proposito dell'esercizio delle funzioni delle autorità c.d. neutrali (includendo tra queste l'AGCM), ha sostenuto che *(i)* con i loro atti «non vengono perseguiti interessi pubblici specifici, né vengono attuati indirizzi di politica amministrativa» (non ravvisando, pertanto,

conseguente tendenza a considerare il giudice ordinario quale giudice 'naturale' per il sindacato sulle sanzioni amministrative (pecuniarie).

A questo primo inquadramento si contrappone una diversa lettura, secondo cui non sussisterebbe alcuna rigida incompatibilità[13] tra la finalità punitivo-repressiva, propria delle sanzioni amministrative, e la loro (contestuale) funzionalizzazione alla cura diretta di interessi pubblici[14]. Ciò appare particolarmente evidente rispetto all'attività delle autorità amministrative indipendenti, preposte alla tutela della

profili di discrezionalità amministrativa); che *(ii)* al cospetto di tali funzioni è «ingiustificato ritenere che le imprese, che li auspicano o li subiscono, siano titolari di interesse legittimi»; che *(iii)* tali atti «incidono su diritti soggettivi (e non su interessi legittimi)», potendosi ipotizzare che il provvedimento amministrativo – in siffatte ipotesi – sia tale «soltanto nella forma, ma non nella sostanza»: di talché, l'eventuale giudizio avrebbe a oggetto «non tanto l'atto (la legittimità dell'atto) quanto direttamente la situazione soggettiva, che ha natura […] di diritto soggettivo». Il medesimo a., in F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 51, ribadisce la propria impostazione secondo cui «[l]e sanzioni amministrative proprie, essendo atti punitivi, impingono (direi, esclusivamente) su situazioni soggettive pienamente e direttamente tutelate, ossia su diritti soggettivi». In senso adesivo, riguardo alla titolarità di situazioni di diritto soggettivo in capo agli operatori economici 'incriminati' nell'ambito di procedimenti sanzionatori, si v. G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2021, 473, il quale giustifica così la previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[13] In favore della c.d. complementarietà tra la funzione di amministrativa attiva e la funzione sanzionatoria cfr., per tutti, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 243, secondo cui i processi di depenalizzazione hanno «innescato fenomeni di aggregazione della funzione sanzionatoria nell'ambito di potestà amministrativa di cura di interessi, contribuendo ad accentuare la prevalenza di un modello della sanzione amministrativa qualificabile come mezzo dell'azione amministrativa».

[14] *Contra* F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 10 s., secondo cui «[s]e la funzione delle sanzioni in generale, e di quelle amministrative in specie, è prettamente punitiva, l'interesse che con esse viene curato non è l'interesse specifico dato in cura volta a volta all'amministrazione, ma un interesse più generale, l'interesse alla effettività dell'ordine giuridico, un interesse per così dire 'ordinamentale'». Ad avviso dell'autorevole a., infatti, è solo l'effetto di deterrenza che può esprimere un collegamento con gli interessi pubblici specifici curati dall'amministrazione (nt. 18, 19 e 22): ma si tratta di un effetto psicologico e non giuridico (essendo ravvisabile il carattere giuridico della sanzione nella 'punizione', intesa come comminazione di effetti sfavorevole per il trasgressore). Sicché, si sostiene che la funzione punitiva sia «ontologicamente diversa dalla funzione di cura di interessi pubblici (nel senso di interessi specifici attribuiti alla cura dell'amministrazione)» (p. 12).

concorrenza o di altri mercati vigilati[15], che sono titolari di rilevanti funzioni di regolazione strettamente correlate a quelle sanzionatorie[16]. Del resto, analoghe conclusioni sono raggiunte – oltre che da una parte della giurisprudenza domestica[17] – anche dal diritto convenzionale[18] ed europeo, in particolare quando sottolinea che le sanzioni amministrative in materia *antitrust* irrogate dalla Commissione europea[19] rappresentano uno strumento di 'politica della concorrenza'[20].

[15] Si pensi, ad esempio, al settore finanziario o bancario, ma anche a quelli dell'energia o delle telecomunicazioni.

[16] Con riferimento a Consob cfr. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, *passim*; e, più in generale, R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, *passim*.

[17] Si v., quantomeno, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926, in *Foro It*., 1978, c. 1177 ss.; ma anche C. Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *Foro It*., 1990, c. 3364 ss., lì dove si ravvisa nelle sanzioni amministrative un «momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'Amministrazione».

[18] Si v., per tutte, C. Dir. Uomo, 27 settembre 2011 ('*Menarini c. Italia*'), § 40: «[p]er quanto riguarda la natura dell'infrazione sembra che le disposizioni, la cui violazione è stata contestata alla società ricorrente, mirassero a tutelare la libera concorrenza del mercato».

[19] Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 103: «la Commissione non solo gode di discrezionalità amministrativa sull'*an* e sul *quantum* della sanzione, ma può decidere di non iniziare nemmeno il procedimento sanzionatorio, pur quando un illecito appaia ipotizzabile; niente di più lontano, insomma, dall'idea italiana di una discrezionalità giudiziale, da, doverosamente esercitare in funzione della giustizia nel caso concreto».

[20] In questi termini, molto chiaramente, C. Giust. UE, 11 settembre 2014, in C-382/12, § 156, a proposito dell'intensità del sindacato giudiziale pur in presenza di profili di discrezionalità dell'autorità amministrativa investita delle funzioni *antitrust*: «il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto». Sul piano domestico, si v. C. Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. Cost*., 2019, 94 ss., ove si sostiene che l'AGCM, «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». In senso analogo, già Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Giur. it*., 1994, 380 ss., ove – sempre con riferimento alle sanzioni comminate dall'autorità *antitrust* – si rileva che «nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l'atto medesimo non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza della operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri

La critica rivolta ai sostenitori del primo orientamento muove dall'assunto che, con larga frequenza, l'inquadramento teorico dell'attività sanzionatoria come funzione meramente intellettiva e rigidamente vincolata risponda a esigenze di razionalizzazione a posteriori di scelte politico-legislative relative al riparto di giurisdizione[21], ossia per giustificare (anche sul piano costituzionale) la devoluzione al giudice ordinario della tutela nei confronti della maggior parte delle sanzioni amministrative depenalizzate. In sintesi, si verificherebbe sovente un'inversione logica nella ricostruzione giuridica tra dato processuale (che rappresenta un '*posterius*') e dato sostanziale (che esprime, invece, un '*prius*').

In particolare, secondo l'orientamento in esame, è necessario riconoscere l'esistenza di spazi o momenti di discrezionalità amministrativa[22], sia nella fase di determinazione del '*quantum*' sanzionatorio, sia nel previo accertamento del c.d. '*an*' della pretesa punitiva.

Rispetto alla commisurazione del *quantum*, l'interesse pubblico sussidiato entrerebbe nell'ambito delle valutazioni svolte dall'amministrazione nell'applicare il parametro della 'gravità della violazione'[23], insieme ad altri criteri finalizzati ad assicurare la

del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti»; e Cass., Sez. Un., 9 novembre 2009, n. 23667, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2515 ss.

[21] Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 84.

[22] Sul punto, è evidente la distanza rispetto ai sostenitori del primo indirizzo, i quali propendono per la natura totalmente vincolata della funzione amministrativa sanzionatoria, o quantomeno per la presenza di valutazioni ascrivibili alla discrezionalità 'giudiziaria', ontologicamente distinta da quella amministrativa o 'pura'.

[23] Sulla relazione tra interessi sussidiati e parametro della gravità della violazione si v. le riflessioni di C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce «*Sanzioni amministrative*», in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 370, i quali tuttavia escludono ogni apprezzamento 'libero' finalizzato alla migliore realizzazione degli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (risolvendosi la valutazione nella determinazione della lesione o della messa in pericolo degli interessi). *Contra*, F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 120, secondo cui «sarebbe del tutto irrealistico pensare che l'istituzionale finalizzazione dell'Amministrazione alla cura dell'interesse pubblico non si manifesti anche in sede di quantificazione della severità della risposta sanzionatoria».

proporzionalità (o, se si vuole, la 'giustizia') della commisurazione concreta della risposta sanzionatoria, in relazione alle caratteristiche personali del trasgressore. Il che dà origine a una ponderazione tra le esigenze obiettive di tutela dell'interesse pubblico e la proiezione soggettiva della misura sanzionatoria. Si noti, peraltro, che una parte autorevole della dottrina[24] ha da tempo osservato che anche la commisurazione delle sanzioni (formalmente) penali, alla stregua dei parametri di cui all'art. 133 c.p.[25], non rappresenta una valutazione giudiziaria di carattere vincolato, evidenziando profili di discrezionalità ampia in capo al giudicante[26], più affini alla nozione amministrativistica che non a quella (maggiormente neutra e oggettiva) di natura giudiziaria[27].

Rispetto al c.d. *an*, a differenza dell'impostazione più diffusa che, come anticipato, rimarca – per esigenze di imparzialità e di buon andamento[28] – il carattere vincolato e la doverosità della funzione di

[24] Il richiamo è, in particolare, a G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, 21 ss., ma anche *passim*.

[25] Gli indici di gravità del reato, soggetti ad apprezzamento discrezionale del giudice penale, richiamano i criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative depenalizzate previsti dall'art. 11 della l. n. 689/1981 («[n]ella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»).

[26] La giurisprudenza penale, in alcuni arresti, arriva ad affermare che l'adeguatezza della pena in concreto costituisce più un''intuizione' del giudicante che un processo logico di natura analitica (così, *ex multis*, Cass. Pen., sez. II, 28 maggio 1992, in *Cass. pen*., 1993, 2841 ss.; Cass. Pen., sez. VI, 15 novembre 1989, in *Cass. pen*., 1991,1808 ss.; Cass. Pen., sez. II, 18 gennaio 1985, in *Riv. pen*., 1985, 1080).

[27] Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 115, ad avviso del quale «ipotizzare una discrezionalità giudiziale nella determinazione delle sanzioni come qualcosa di oggettivamente diverso dalla discrezionalità amministrativa ha (forse) senso in una visione meramente retributivistica della sanzione» (si evidenzia, in particolare, la rilevanza della finalità rieducativa della pena, che necessariamente condiziona l'attività di determinazione in concreto della sanzione).

[28] Così M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 199.

applicazione delle sanzioni amministrative[29], sarebbe altrettanto possibile riconoscere la presenza di discrezionalità amministrativa.

In primo luogo, si consideri che già l'ammettere spazi di discrezionalità amministrativa nella fase di commisurazione della sanzione (il c.d. *quantum*) implica – allo stesso tempo – riconoscere la presenza di discrezionalità anche nell'*an* della pretesa punitiva.

Invero, la decisione di irrogare una sanzione pecuniaria di importo pari a zero o di entità simbolica è espressione di una scelta discrezionale a favore dell'opzione (tra le alternative astrattamente possibili) di non sanzionare, o comunque di non sanzionare in misura afflittiva. Inoltre, la rimeditazione del tradizionale inquadramento del potere sanzionatorio trova una giustificazione nella (sempre più ampia) ammissibilità di forme di 'negoziabilità' della pretesa punitiva.

A tale proposito, è possibile richiamare, come rilevanti esempi[30]:

(i) la facoltà di definire il procedimento sanzionatorio senza accertamento dell'infrazione, ma con impegni – reputati 'idonei' (di qui, la discrezionalità dell'autorità amministrativa) – che pongano obblighi a carico dell'impresa[31];

---

[29] Riscontrati i presupposti oggettivi e soggettivi integralmente tipizzati dal legislatore.

[30] Si v., *amplius*, M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti,* M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), 2013, 89 s., secondo cui – disposizioni come quelle richiamate *infra* nel testo – consentono di «desumere che l'ordinamento non è interessato tanto a punire chi commette l'illecito quanto a ristabilire l'ordine concorrenziale violato». Di conseguenza, anche nel procedimento sanzionatorio, l'«interesse istituzionalmente affidato all'Autorità è preminente rispetto a quello a punire il trasgressore». Sebbene l'a. precisi (p. 94 e s.) – alla luce della fisiologica 'plurifunzionalità' delle sanzioni amministrative – l'imprecisione di ogni classificazione rigidamente incentrata sul solo criterio 'funzionale', concludendo che «non è scorretto sostenere che le Autorità indipendenti, minacciando e applicando la sanzione, perseguono l'obiettivo di rendere effettivi i valori della regolazione; ma sarebbe certamente parziale ritenere che, in virtù di ciò, tali sanzioni siano prive del carattere afflittivo nei confronti del trasgressore e non svolgano funzione di prevenzione; e, al tempo stesso, sarebbe irragionevole negare che le sanzioni amministrative 'ordinarie' spesso costituiscano strumenti di cura indiretta dell'interesse affidato all'amministrazione».

[31] Con riferimento all'AGCM cfr. l'art. 14-*ter* della l. n. 287/1990 (in proposito si v., quantomeno, G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive.,* G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di),

(ii) la possibilità, in materia *antitrust*, di comminare sanzioni di importo 'simbolico'[32];

(iii) l'adozione di programmi di clemenza (c.d. *leniency program*)[33] che consentono la riduzione o, addirittura, l'esclusione della sanzione;

(v) infine, la possibilità di concludere – in esito a discussioni informate al principio del contraddittorio – transazioni con l'AGCM a seguito dell'apertura di istruttorie per presunti illeciti concorrenziali[34].

Stando quantomeno agli esempi prospettati, il riconoscimento di forme (più o meno ampie) di 'transattibilità' o 'negoziabilità' della pretesa punitiva comporta l'inserimento nella funzione sanzionatoria di valutazioni dell'autorità pubblica, espressione di discrezionalità amministrativa[35]. Ciò dovrebbe contribuire a superare il tradizionale timore del danno erariale derivante dalla rinuncia a un credito sanzionatorio, beninteso laddove si adotti la tradizionale ricostruzione

---

Padova, 2013, 123 ss.; e C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012); rispetto all'AGCOM cfr. l'art. 14-*bis* del d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006; per quanto concerne l'ARERA cfr. l'art. 45, co. 3, del d.lgs. n. 93/2011. Più di recente, l'art. 196-*ter* T.U.F. ha previsto la possibilità di definire con impegni anche i procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, tenendo conto della 'gravità delle violazioni' e della 'tutela degli interessi lesi'.

[32] Cfr. il punto 33 delle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, co. 1, della l. n. 287/1990 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

[33] Cfr. l'art. 15-*bis* della l. n. 287/1990. Si v., per tutti, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), Milano, 2007, 57 ss. e P. ZIOTTI, *Programmi di clemenza nel diritto della concorrenza*, in *Dig. disc. pubbl*., Agg., 2012, 575 ss.

[34] Cfr. l'art. 14-*quarter* della l. n. 287/1990, introdotto dall'art. 34, co. 1, della l. 5 agosto 2022, n. 118.

[35] Salvo ritenere che l'attività di irrogazione della sanzione conservi una natura vincolata e, come tale, priva di discrezionalità (in senso amministrativo), limitando le valutazioni sull'interesse pubblico sussidiato alle sole modalità di definizione alternativa del procedimento. Tuttavia, desta non poche perplessità sul piano teorico una ricostruzione che fondi la distinzione tra poteri vincolati o discrezionali sulla possibile conclusione del procedimento sanzionatorio. Per una critica cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., 141, secondo cui risulterebbe artificioso «'scomporre' la fattispecie in due atti (decisione sugli impegni o sull'ammissione al programma di *leniency* – discrezionale – e poi sanzione – in tesi vincolata), quando in realtà gli atti sono ricompresi nel medesimo procedimento sanzionatorio».

che ne ravvisa la genesi nella fonte legale, secondo lo schema di dinamica giuridica 'norma-fatto-effetto'[36].

L'impostazione ora sintetizzata trova un'ulteriore conferma sul piano processuale. Rispetto alle sanzioni devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tenendo conto dell'interpretazione dell'art. 103 Cost. fornita dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004[37], occorre ammettere l'esistenza di un collegamento con il potere autoritativo dell'amministrazione, nonché di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, pur 'intrecciate' a diritti soggettivi, pena l'incostituzionalità delle suddette assegnazioni[38].

Assumendo in via teorica questa seconda impostazione, ne discende che l'asserito trasgressore sarebbe titolare, rispetto al potere sanzionatorio, di un interesse legittimo[39]. Di conseguenza, il giudice amministrativo dovrebbe essere il giudice naturale per il sindacato di tali sanzioni, comprese quelle comminate da Consob e da Banca d'Italia, le quali – per scelta politico-legislativa – risultano attualmente devolute al giudice ordinario, dando luogo ai noti problemi di difetto 'nomofilattico' negli standard di sindacato applicati dai due plessi giurisdizionali.

---

[36] Secondo questa prospettiva, l'amministrazione si limiterebbe a rendere 'operativa' ed 'esecutiva' in concreto un'obbligazione *ex lege* da fatto illecito.

[37] Cfr. C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 214 ss., nella parte in cui si è chiarito che le 'particolari materie' *ex* art. 103 Cost. «devono essere 'particolari' rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

[38] Solleva dubbi a proposito dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva *ex* art. 133, co. 1, lett. l), c.p.a. sulle sanzioni delle autorità indipendenti F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 51. Ad avviso del chiaro a., infatti, sembra «fuori luogo averne fatto materia di giurisdizione esclusiva, considerato che non si ravvisa alcuna commistione di diritti e interessi che la possa rendere costituzionalmente legittima».

[39] Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, 383 ss., ma anche *passim*; nonché C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 130 ss., in part. 138; e M.A. SANDULLI, voce «*Sanzioni amministrative*», in *Enc. Giur*., Roma, 1992, 18.

2. *Il sindacato giudiziale sulle sanzioni amministrative 'punitive': modello confutatorio o sostitutivo? Le diverse interpretazioni del canone convenzionale della c.d.* full jurisdiction.

Il progressivo riconoscimento di uno spazio di discrezionalità amministrativa nell'*an* e nella commisurazione della risposta sanzionatoria, unitamente alla natura strumentale di quest'ultima rispetto all'*enforcement* di determinati interessi pubblici[40], sembra implicare – al contempo – l'esistenza di ambiti di valutazione 'riservati' all'amministrazione. Si tratta della logica del c.d. *ipse dixit*, giustificata dalla particolare *expertise* delle autorità incaricate, dall'elevata complessità tecnica della materia trattata o, ancora, dal principio democratico e della sovranità popolare[41].

In altri termini, secondo la tradizionale struttura della relazione giudice-amministrazione, laddove vi sia discrezionalità (amministrativa o tecnica[42]), il giudice è tenuto a rispettare il 'merito' delle valutazioni fornite dall'amministrazione in esito al procedimento, senza potersi sostituire a essa, salvo che nelle forme e nei limiti di un

[40] Si pensi, ad esempio, alla tutela della concorrenza o dei mercati regolamentati.

[41] Si può richiamare l'autorevole impostazione di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 151 ss. nonché 220 ss., in merito alla configurazione di un 'potere' di valutazione tecnica in capo all'amministrazione, tale da precludere un sindacato 'sostitutivo' da parte dell'organo giurisdizionale. *Contra*, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 1627, ove si traccia la seguente alternativa: «o si tratta davvero di scelte che non coinvolgono gli interessi pubblici ma solo il sapere specialistico, e allora i valori democratici di sovranità popolare non sembrerebbero avere, per definizione, nulla da dire in proposito […]; oppure, al contrario, occorrerebbe accettare che, anche in tali scelte tecniche, vi sia una componente di valutazione (o pre-valutazione) degli interessi, ma questo è, a ben vedere, esattamente l'assunto che tale tesi, persuasivamente, nega, laddove distingue con limpidezza tra valutazioni tecniche complesse e discrezionalità amministrativa».

[42] Tanto che la locuzione 'discrezionalità tecnica' dipende storicamente dall'esigenza di estendere le tecniche e i limiti di sindacato sull'eccesso di potere (anche) all'accertamento di fatti complessi, ossia implicanti l'utilizzo di criteri tecnico-scientifici opinabili. Del resto, come condivisibilmente osservato in chiave critica da G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 480, è senz'altro più semplice per il giudice «trattare la c.d. discrezionalità tecnica come fosse una discrezionalità amministrativa, onde evitare accertamenti complessi e istruttorie non facili da gestire».

sindacato c.d. debole o estrinseco sugli accertamenti, valutazioni e decisioni espresse nell'atto impugnato[43].

Tuttavia, la significativa influenza del diritto sopranazionale, *in primis* convenzionale[44], ma anche europeo, ha messo in discussione tale assunto, indipendentemente dalle richiamate riflessioni teoriche nazionali sulla natura dell'attività amministrativa sanzionatoria. In particolare, l'applicazione dell'art. 6 della CEDU[45] alle sanzioni c.d.

[43] Si v., ad esempio, C. Stato, sez. VI, 14 marzo 2001, n. 1348, in *Giorn. dir. amm*., 2001, 367 ss. (con nota di M. De Benedetto), ove si sostiene che «[a]llorché […] viene dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate». Un siffatto tipo di sindacato si traduce in una 'presunzione di esattezza' della ricostruzione tecnico-scientifica dell'autorità amministrativa (nel senso che il «giudice si attiene ad essa se non sia stata smentita, e non invece a condizione che sia stata verificata con esito positivo» - A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl*., 2004, 443). In proposito, F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 54, ritiene che – a tutt'oggi – il giudice amministrativo sia legato al proprio schema 'ideologico-processuale': «sindaca il modo in cui l'amministrazione esercita il suo potere, ritiene rilevanti i vizi procedimentali, svolge un sindacato limitato (di ragionevolezza, anzi, di non manifesta irragionevolezza e sproporzionalità) sul contenuto dell'atto sanzionatorio, e ha molte remore, nonostante la chiara disposizione del codice processuale sui poteri spettantigli nella giurisdizione estesa al merito, a sostituirsi pienamente all'amministrazione».

[44] Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 685 ss.

[45] Art. 6 CEDU ('Diritto a un equo processo'): «1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a: a) essere informato, nel più

punitive[46] (ossia, le '*criminal offences*'[47]) comminate da soggetti amministrativi[48], sulla base di procedure sostanziali non conformi alle garanzie convenzionali, ha comportato – come è noto – la necessità di un loro recupero *ex post*, mediante il sindacato giudiziale nella forma 'compensativa' della c.d. *full jurisdiction*. Non da ultimo, perché una piena conformità delle procedure amministrative sostanziali ai canoni e alle garanzie dell''equo processo'[49] avrebbe richiesto l'adozione di riforme significative da parte degli Stati firmatari della CEDU[50].

---

breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa; c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia; d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza».

[46] Cfr. D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 47, ove si chiarisce che le sanzioni amministrative 'punitive' rappresentano le «misure afflittive che, per quanto applicate da organi di natura amministrativa e non giurisdizionale, sono attratte, per impulso degli impegni assunti a livello internazionale, nell'alveo protettivo delle principali garanzie riconosciute in 'materia penale', al di là della loro formale qualificazione giuridica». La qualificazione di una sanzione formalmente amministrativa come illecito penale ai sensi della CEDU dipende dall'applicazione dei c.d. criteri 'Engel' (C. Dir. Uomo, 8 giugno 1976, '*Engel e altri c. Paesi Bassi*', § 82; fondamentale anche la successiva sentenza della C. Dir. Uomo, 21 febbraio 1984, '*Oztürk c. Germania*', annotata da 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, 893 ss.), ossia la classificazione giuridica effettuata dall'ordinamento nazionale, la natura dell'infrazione e il grado di severità della sanzione.

[47] Come è noto, la nozione di 'materia penale' è stata elaborata dalla Corte EDU in funzione anti-elusiva, assumendo così un significato autonomo rispetto alla corrispondente nozione domestica (sul punto, si rinvia per tutti a G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 21 ss.).

[48] Per ogni approfondimento, si v. quantomeno M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*; e F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, *passim*.

[49] Cfr., *amplius*, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1775 ss.

[50] Si v. M. ALLENA, *La* full jurisdiction *tra sindacato di 'maggiore attendibilità' del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in *L'applicazione*

Come più volte chiarito dalla Corte EDU[51], l'espressione '*full jurisdiction*' indica un sindacato pieno, '*point by point*'[52], sia in fatto sia in diritto, riguardante tanto l'*an* che il *quantum* della sanzione sostanzialmente penale. La pretesa sanzionatoria e, in via correlata, la situazione giuridica soggettiva dell'asserito trasgressore entrano così direttamente nell'oggetto del giudizio di opposizione alle sanzioni[53], pur mantenendo una struttura formalmente impugnatoria, in ragione dell'imprescindibile necessità di un 'atto' che applichi la sanzione al trasgressore[54].

A causa dell'approccio marcatamente casistico e anti-dogmatico del diritto convenzionale – la CEDU è infatti considerata un '*living*

dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei, A. CARBONE (a cura di), Napoli, 2020, 26, dove si evidenzia che, nella maggior parte degli Stati europei aderenti alla CEDU, i procedimenti amministrativi presentano *(i)* carattere inquisitorio, *(ii)* un modello di contraddittorio di tipo 'verticale' e *(iii)* una distinzione significativa – sul piano delle forme – rispetto al processo.

[51] Cfr., per tutte, C. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, '*Grande Stevens v. Italy*, § 139, ove si precisa che «[f]ra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore». In particolare, «esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito».

[52] Nella giurisprudenza domestica, cfr. l'interpretazione della formula offerta da C. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Foro amm*., 2015, 763 ss.: «[i]l sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale. La piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un'analisi '*point by point*' su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione».

[53] Cfr., *ex multis*, Cass., 24 gennaio 2019, n. 1921, in *Foro It*., 2019, c. 1235 ss., ove si evidenzia che il «giudizio di opposizione a sanzione amministrativa si configura come un giudizio rivolto all'accertamento del fondamento della pretesa sanzionatoria».

[54] Autorevole dottrina (R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale*, cit., 290) ha osservato, in materia sanzionatoria, che «oggetto dell'accertamento giudiziale è l'intera fattispecie, comprensiva dell'atto, giacché questo completa l'imposizione di cui va verificata la conformità allo schema legale».

instrument'[55] – si è sviluppato un ampio dibattito, nell'ordinamento giuridico italiano e non solo, sulla portata, il significato e l'intensità del modello di sindacato sintetizzato dalla formula riassuntiva di *full jurisdiction*.

Secondo una parte della dottrina[56], il suddetto paradigma deve essere interpretato in modo rigoroso, ossia come un sindacato integralmente 'sostitutivo'[57]. In altre parole – utilizzando un'espressione tipica del diritto amministrativo domestico – si tratterebbe di un sindacato di 'merito'[58]. In questa prospettiva, neppure la presenza di discrezionalità

[55] Cfr., *ex multis*, C. Dir. Uomo, 12 luglio 2001, '*Ferrazzini v. Italy*', § 26: «[t]he Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions».

[56] Si v., in particolare, M. ALLENA, *Art. 6* CEDU, cit., *passim*; e F. GOISIS, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 546 ss., cui si rinvia anche per il richiamo alla principale giurisprudenza convenzionale a supporto della tesi dell'a.

[57] Cfr., nella giurisprudenza europea più recente, C. Giust. UE, sez. IV, 23 marzo 2023, in C-412/21 ('*Dual Prod S.r.l.*'), § 42, ove si chiarisce che l'«articolo 47 della Carta richiede che ogni destinatario di una sanzione amministrativa di natura penale disponga di un mezzo di ricorso che gli consenta di far controllare tale sanzione da un organo giurisdizionale dotato di una competenza estesa al merito».

[58] Secondo un'illustre dottrina (F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit., 264), in materia sanzionatoria il giudice può sostituire la decisione adottata dall'autorità amministrativa con una propria. Tuttavia, ciò non configura (tecnicamente) un sindacato di merito, inteso come valutazione delle scelte discrezionali, bensì una nuova «determinazione in ordine alla fondatezza della parte della decisione dell'Autorità che riguarda le sanzioni». Il presupposto concettuale da cui muove l'autorevole a. è che, prendendo a esempio il potere dell'AGCM, l'autorità eserciti un «potere di decisione e non un potere di provvedere a cura di un interesse pubblico specifico, e nemmeno di una serie di interessi pubblici specifici, da individuare e coordinare nel procedimento». Nella formazione di tali 'decisioni' (che non costituiscono provvedimenti in senso tecnico) non vi è «nessun esercizio di discrezionalità amministrativa; e quindi non vi [può] essere nessun merito e nessun sindacato di merito». In altri termini, non esistono «scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate all'Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti, e la loro incidenza su diritti soggettivi»: di talché, «quello che viene qualificato come un giudizio di legittimità, si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza, o, se si vuole, di persuasività sul piano tecnico delle decisioni delle Autorità». Similmente, E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in AA.VV., *Atti del XXVI Convegno di Varenna*, Milano, 1982, 119, ove si collega la possibilità di una sostituzione processuale all'assenza di discrezionalità amministrativa in materia sanzionatoria. Ad avviso del chiaro a., «in specie, il giudice competente per

amministrativa nella fattispecie sostanziale costituirebbe un ostacolo al pieno dispiegarsi della *full jurisdiction*, salvo l'unico (ed eccezionale) limite delle questioni 'strettamente politiche'[59] ('*wide policy aims*'), connesse al principio di democraticità nella sua accezione più ampia[60] e non soggette, peraltro, a interpretazioni estensive.

In quest'ottica, la funzione compensatoria del processo implica, sul piano cognitorio, un'identità piena rispetto all'oggetto del procedimento, seguendo una logica rinnovatoria (o, se si preferisce, di 'appello' di una precedente decisione[61]) e non semplicemente

l'impugnativa, se dotato di giurisdizione nel merito (in senso civilprocessuale), può decidere sostituendosi all'amministrazione; invero, solo in presenza del potere discrezionale (amministrativo) v'è la insostituibilità, a tutela del principio di organizzazione dello Stato che si vuole esprimere con la formula della divisione del potere».

[59] Va tuttavia osservato che questo ambito riservato, di carattere eccezionale, può riguardare esclusivamente le controversie afferenti alla 'materia civile' ai sensi CEDU (*i.e.* i '*civil rights and obligations*') e non quelle relative alla 'materia penale' (*i.e.* le '*criminal offences*'), categoria che include anche le sanzioni amministrative di natura punitiva.

[60] In proposito, si rinvia *amplius* alle riflessioni di M. ALLENA, *Art. 6* CEDU, cit., 311 ss., in part. 314, dove si chiarisce che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, gli spazi di insindacabilità assoluta sono limitati alle «sole scelte amministrative più democraticamente rilevanti (dal punto di vista del principio di sovranità popolare), perché investenti le questioni fondamentali di governo della comunità come quelle di indirizzo o pianificatorie (tramite le quali vengono predeterminate le linee di sviluppo dell'azione amministrativa successiva), ovvero perché coinvolgenti profili di regolazione o di macro-organizzazione»; e di F. GOISIS, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 572 s., secondo cui le limitazioni alla pienezza della giurisdizione possono riguardare esclusivamente le «scelte non solo specialistiche, ma altresì discrezionali pianificatorie-politiche, di *policy* […]: quelle cioè più strettamente collegate al problema della legittimazione democratica di chi decide come perseguire il pubblico interesse». Quanto alla giurisprudenza convenzionale, si v. almeno C. Dir. Uomo, 14 novembre 2006, '*Tsfayo vs. United Kingdom*'.

[61] Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., 1633, secondo cui l'organo giurisdizionale adìto «dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum judicium*». In senso analogo, anche, F. GOISIS, *La* full jurisdiction *sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 19. Nella giurisprudenza convenzionale, cfr. ancora C. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, '*Grande Stevens v. Italy*, § 139, nella parte in cui

'cassatoria'[62]. Il giudice, pertanto, non deve limitarsi a un mero sindacato di 'attendibilità' dell'accertamento svolto dall'amministrazione sanzionante, quanto operare sul diverso piano – intrinseco – della "'condivisibilità' della decisione[63].

In altri termini, l'idea è quella di realizzare un '*continuum*' tra procedimento e processo[64], senza però violare il principio di

si fa riferimento alla decisione resa dall''organo inferiore' per evidenziare la natura 'appellatoria' della c.d. giurisdizione piena.

[62] In questi termini, in giurisprudenza, C. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm*., 2020, 740 ss. (caso 'Avastin'), con nota critica di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*: «l'esigenza di assicurare un controllo di '*full jurisdiction*' sulle sanzioni irrogate dall'Autorità *antitrust* […] ha spinto i giudici a connotare il processo amministrativo in termini di gravame 'appellatorio' piuttosto che 'cassatorio' di legittimità». Alla stregua di tale premessa, il giudice amministrativo ha ritenuto di sostituire il tradizionale sindacato di 'attendibilità' con un più rigoroso e intenso sindacato di 'maggiore attendibilità', richiamando a supporto lo scrutinio svolto dal giudice civile nell'ambito delle azioni risarcitorie c.d. *stand alone*, ossia per illeciti concorrenziali non previamente accertati con decisioni sanzionatorie dell'AGCM. Tuttavia, dopo pochi mesi, la stessa Sezione del Consiglio di Stato sembra essere ritornata a un modello di sindacato più tradizionale e deferente, affermando che «[i]l sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali» (C. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022, in *Foro amm*., 2019, 1471 ss.).

[63] *Contra*, nella giurisprudenza più recente, Cass., Sez. Un., 22 settembre 2023, n. 27140, ove si sostiene che il «sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, pur non estendendosi al merito con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, comporti la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto e si estenda anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante».

[64] La formula si rinviene in C. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Foro amm*., 2015, 763 ss.: «[i]l sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale».

separazione dei poteri[65]. Secondo una certa lettura della giurisprudenza della Corte EDU, infatti, è possibile individuare un'implicita adesione del giudice sovranazionale alla concezione kelseniana delle funzioni sovrane[66], basata sulla distinzione dualistica tra '*legis-latio*' (creazione di norme) e '*legis-executio*' (applicazione di norme)[67]: il che finirebbe per accomunare amministrazione e giurisdizione all'interno della medesima funzione 'aggiudicativa' (nel senso di '*adjudication*'), poiché entrambi i soggetti sono preposti all'applicazione concreta delle norme giuridiche di diritto obiettivo.

Ragionando in conformità all'impostazione sopra esposta, il sindacato sostitutivo sarebbe pienamente compatibile con il principio di separazione dei poteri, il quale trova una declinazione di diritto positivo nella regola che vieta al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati[68]. Pertanto, è sufficiente che il giudice decida dopo

[65] È stato anche osservato (F. GOISIS, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 591) che la 'materia penale' è «tradizionalmente, in pressoché tutti gli ordinamenti europei, di normale spettanza del potere giudiziale». Di conseguenza, diventa «difficile lamentare un'invasione della sfera dell'esecutivo da parte del potere giudiziario, quando in realtà la potestà penale è connaturata a quest'ultimo».

[66] Si v., *amplius*, M. ALLENA, F. GOISIS, *'Full jurisdiction' Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *European Public Law*, 2020, 287 ss.

[67] Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, 4° ed., Milano, 1963, 260 s.: «[i]n realtà, alla base dell'abituale tricotomia sta una dicotomia. La funzione legislativa si contrappone sia a quella esecutiva che a quella giurisdizionale, le quali sono evidentemente in più stretto rapporto fra loro che con la prima. La legislazione (la *legis latio* del diritto romano) è la creazione delle leggi (*leges*). Se parliamo di 'esecuzione', dobbiamo domandarci che cosa viene eseguito. Non vi è altra risposta all'infuori dell'affermazione che ad essere eseguite sono le norme generali, la costituzione e le leggi create dal potere legislativo. L'eseguire le leggi è, però, anche la funzione del cosiddetto potere giurisdizionale. Questo potere non è distinguibile dal cosiddetto potere 'esecutivo' per il fatto che soltanto gli organi di quest'ultimo 'eseguano' delle norme. Tanto dal potere esecutivo quanto dal potere giurisdizionale vengono eseguite delle norme giuridiche generali; la differenza è semplicemente che, in un caso, l'esecuzione delle norme generali è affidata ai tribunali e, nell'altro, ai cosiddetti organi 'esecutivi' o amministrativi. La tricotomia comune è quindi in fondo una dicotomia, la distinzione fondamentale fra *legis latio* e *legis executio*».

[68] Rispetto al processo amministrativo, si v. la regola codificata all'art. 34, co. 2, c.p.a., ove si dispone che «[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati». In dottrina, rispetto al tema in discorso, cfr. M. TRIMARCHI, Full jurisdiction *e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi*

che l'amministrazione abbia già emesso la propria decisione[69], non esistendo alcun privilegio amministrativo o riserva esclusiva di definizione dell'*an* o del *quantum* del rapporto sanzionatorio, bensì un diritto alla 'prima decisione' sulla fattispecie concreta[70].

Ad ogni modo, la tesi sinteticamente delineata solleva alcuni importanti interrogativi.

In particolare, ci si può domandare se una configurazione del giudizio di *full jurisdiction* integralmente 'ripetitiva' e sostitutiva non rischi di comportare una dequotazione[71] eccessiva delle eventuali violazioni delle garanzie procedimentali, non riconoscendo loro un carattere di per sé invalidante. Ciò rappresenta anche un corollario della tesi che identifica l'oggetto del giudizio sulle fattispecie in esame nel 'rapporto' o nella 'pretesa sanzionatoria'[72], con conseguente

note, in *P.A. - Persona e amm*., 2018, 321 ss. In particolare, l'a. ricorda (325 s.) che il divieto per il giudice di farsi amministratore (sul quale si v. anche le importanti riflessioni di M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 82 ss.) si giustifica «più che come un omaggio al modello teorico della separazione dei poteri […] per l'esigenza storica e pratica del giudice stesso di avere e fornire una immagine come di un soggetto imparziale e terzo rispetto al potere esecutivo».

[69] Il riferimento è all'importante e autorevole tesi di Franco Ledda (cfr., in particolare, F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipoteca degli schemi*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 315 s.; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, *ivi*, 391 ss.) secondo cui il 'problema' del giudice costituisce un problema di 'secondo livello' rispetto al problema dell'amministrazione. Sul pensiero dell'a., si rinvia *amplius* alla ricostruzione offerta da M. TRIMARCHI, *'Problema dell'amministrazione' e 'problema del giudice': principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in *Sindacato giurisdizionale e 'sostituzione' della pubblica amministrazione*, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), Milano, 2011, 177 s.

[70] Cfr. M. TRIMARCHI, Full jurisdiction *e limite dei poteri non ancora esercitati*, cit., 334 s.: «la *full jurisdiction* è configurata dalla giurisprudenza convenzionale europea come riesame di una precedente decisione, sia pur esteso al merito quando la decisione attiene alla materia penale e in ogni caso senza il limite delle valutazioni tecniche» (il che preserva, dunque, il carattere 'successivo' dell'intervento giudiziale).

[71] Si consideri, ad esempio, l'applicazione della regola di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, della l. n. 241/1990, in materia di vizi formali e procedurali non invalidanti.

[72] Si v., per tutte, Cass., 30 giugno 2020, n. 13150, ove si è ribadito che «in tema di sanzioni amministrative, l'opposizione all'ordinanza - ingiunzione non configura un'impugnazione dell'atto ed introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la

riconoscimento della possibilità per il giudice di riesercitare integralmente la funzione sanzionatoria.

In effetti, più di un dubbio può sorgere circa l'efficacia del processo nel recupero *ex post* delle illegittimità procedurali commesse sul piano sostanziale[73]. Se non altro, considerando il carattere afflittivo delle c.d. *major offences*[74] e, in particolare, lo 'stigma' derivante dai meccanismi di pubblicazione delle sanzioni (c.d. *naming and shaming*), non è affatto scontato che il processo possa realmente garantire forme effettive di 'compensabilità'. Infatti, il recupero *ex post* delle violazioni dei diritti procedimentali non elimina (in tutto o in parte) la quota di afflittività già subita dall'asserito trasgressore a causa dell'esecutività dei provvedimenti sanzionatori e, frequentemente, della loro diffusione attraverso la pubblicazione[75].

Da qui il suggerimento – sebbene in un'ottica '*de jure condendo*' – di posticipare l'efficacia delle sanzioni amministrative punitive

piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della stessa». In senso analogo, già Cass., 2 aprile 2015, n. 6778, nella parte in cui si precisa che l'«opposizione alla pretesa […], una volta proposta, devolve al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della pretesa stessa, con l'ulteriore conseguenza che […] il giudice ha il potere-dovere di esaminare l'intero rapporto, con cognizione che non è limitata alla verifica della legittimità formale dell'atto, ma si estende – nell'ambito delle deduzioni delle parti – all'esame completo del merito della pretesa fatta valere con l'ingiunzione, per stabilire se essa sia fondata o no e se lo sia in tutto o in parte, e in tale cognizione rientra anche la determinazione dell'entità della sanzione».

[73] Cfr. M. ALLENA, *La* full jurisdiction *tra sindacato di 'maggiore attendibilità'*, cit., 28; e F. GOISIS, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 550, ove si segnala la possibile violazione del principio '*nulla poena sine* (previo) *iudicio*' (in senso analogo, ID., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali 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 *Diritto processuale amministrativo*, 2013, 689 s.).

[74] La suddetta categoria ricomprende le principali sanzioni in materia *antitrust*, bancaria, finanziaria, *etc*. Cfr. C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., ove si rileva che l'«accertamento di *antitrust infringement* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale».

[75] L'argomento trattato assume una maggiore rilevanza se si considera la frequente incidenza della patologia della c.d. *path dependance*, ossia la tendenza delle autorità amministrative titolari di poteri sanzionatori a concludere i procedimenti avviati con una condanna dell'asserito trasgressore.

all'intervento (almeno cautelare) del giudice. In ipotesi, si potrebbe immaginare un effetto sospensivo automatico derivante dalla semplice proposizione del ricorso[76], in modo analogo a quanto avviene da tempo nel settore dei contratti pubblici tramite l'operatività dell'istituto del c.d. *standstill*[77]. Diversamente, il rischio è di realizzare il seguente paradosso: l'implementazione del paradigma della *full jurisdiction*[78], ove implicante l'obliterazione della decisione amministrativa e della pregressa fase procedimentale con i relativi vizi[79], finirebbe per accordare una tutela meno effettiva e satisfattiva rispetto al tradizionale sindacato di legittimità[80]. Ovviamente, ciò a condizione che, in un simile processo di matrice impugnatoria, i vizi procedimentali che si traducono in una lesione di garanzie (non dequotabili[81]) proprie della materia sostanzialmente penale assumano rilevanza invalidante[82].

[76] Così E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza*, cit., 699.

[77] Con riferimento alla disciplina vigente, cfr. l'art. 18, co. 3 e 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ('Codice dei contratti pubblici').

[78] Peraltro, sovente predicato nella forma, a fronte dell'applicazione – nella sostanza – di un modello di sindacato ampiamente deferente.

[79] Si v. le critiche avanzate da P. CERBO, *Il ruolo del giudice nell'opposizione a sanzioni amministrative*, in *Dir. economia*, 2021, 212, ove si osserva che «se le garanzie difensive sono assicurate nell'ambito del processo, la correttezza del procedimento amministrativo perde di rilievo, sì che quest'ultimo rischia di sostanziarsi in un passaggio per molti versi superfluo».

[80] Cfr., ancora, M. ALLENA, *La* full jurisdiction *tra sindacato di 'maggiore attendibilità'*, cit., 33.

[81] A proposito dell'art. 21-*octies*, co. 2, della l. n. 241/1990, cfr. F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedimentale*, in *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, A. CARBONE (a cura di), cit., 76 s., dove si suggerisce un'interpretazione convenzionalmente orientata di tale disposizione (altrimenti dovendosi riconoscere l'incostituzionalità della stessa per violazione dell'art. 6 CEDU, quale parametro interposto *ex* art. 117, co. I, Cost.), nel senso che è «sempre ammesso l'annullamento per la violazione delle norme procedimentali corrispondenti allo standard 'minimo' di garanzie prescritto dall'art. 6 CEDU, quale che sia la natura del provvedimento (discrezionale o vincolato)».

[82] Oltre, ovviamente, alla circostanza che il giudice disponga di ampi poteri cognitori per un completo accesso al fatto, come chiarito dalla diversa ricostruzione esposta *infra*.

Quanto appena rilevato conduce all'impostazione alternativa seguita da un'altra parte della dottrina[83], secondo cui il paradigma della *full jurisdiction* può essere sufficientemente tradotto in un sindacato 'confutatorio'[84] inserito nell'ambito di una giurisdizione 'piena' di legittimità, ossia caratterizzata da ampi poteri cognitori del giudicante e da un completo accesso al fatto: il che dovrebbe costituire una '*sufficient review*' ai fini della compatibilità dei processi nazionali con il parametro convenzionale dell'art. 6 CEDU[85].

Questa lettura alternativa si fonda sull'idea della distinzione funzionale tra amministrazione e giudice, in ragione della natura 'proattiva' dei poteri della prima e, viceversa, del carattere 'reattivo' dell'intervento del secondo[86]. Inoltre, dal diverso piano della dottrina dello Stato, si deduce l'esigenza di 'parità' tra le due funzioni sovrane richiamate [87].

Sicché, se è vero che occorre impedire la soggezione del giudice all'amministrazione (nelle forme del tradizionale *favor* accordato al c.d.

---

[83] Il riferimento è, in particolare, a F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e* full jurisdiction*. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. - Persona e Amm.*, 2018, 133 ss., in part. 143, ove si evidenzia che il «diritto positivo italiano esprime la preferenza per il sindacato confutatorio»; nonché ID., *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato*, cit., 65 ss.

[84] Il lessico utilizzato è ripreso dall'impostazione metodologica alla base dello studio di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 417 ss., ma anche *passim*, cui si rinvia per ogni approfondimento sulla distinzione teorica tra i modelli di sindacato c.d. confutatorio e sostitutivo.

[85] Cfr. F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato*, cit., 69, secondo cui l'art. 6 CEDU «non fornisce alcuna ragione per superare gli attuali limiti di diritto positivo alla giurisdizione di legittimità del g.a.: al giudice è vietato sostituirsi alle decisioni discrezionali e ai giudizi opinabili dell'amministrazione, ma gli è consentito valutare la fondatezza delle confutazioni avanzate dal ricorrente a quelle decisioni e a quei giudizi».

[86] Cfr. F. FOLLIERI, *op. ult. cit*., 71, ove si chiarisce che la giurisdizione si occupa propriamente di condotte già realizzate, per valutarne la conformità rispetto a un dato parametro; diversamente dall'amministrazione, il cui ruolo specifico è di produrre effetti giuridici al fine di realizzare gli interessi pubblici. Ad avviso dell'a., l'«amministrazione, ravvisate certe condizioni, pone in essere condotte (solitamente provvedimenti, ossia comportamenti programmatici o azioni deontiche) per soddisfare l'interesse pubblico».

[87] F. FOLLIERI, *op. ult. cit*., 74.

ipse dixit[88]), tuttavia non è possibile inferire da ciò la necessaria subordinazione dell'amministrazione al giudice, come accadrebbe laddove quest'ultimo disponesse del potere di sostituire alla decisione amministrativa contestata una propria statuizione altrettanto opinabile[89]. Ammettere una siffatta soluzione significherebbe collocare l'amministrazione in una relazione di natura 'simil-gerarchica' con il giudice, postulando così l'esistenza di rapporti di sovra-sotto-ordinazione tra i due poteri sovrani. Per tale ragione, la dottrina in esame ritiene preferibile un sindacato confutatorio completo[90], ma non sostitutivo.

3. *Incertezza e opinabilità residua nelle valutazioni dell'autorità amministrativa: la presunzione di innocenza e lo standard del c.d.* in dubio pro reo *come regola decisoria fondamentale in materia (sostanzialmente) penale.*

Se non si ritiene di adottare l'interpretazione più radicale della *full jurisdiction*, ossia quella che implica un sindacato integralmente sostitutivo e di merito, occorre interrogarsi su come affrontare e risolvere la questione dell'opinabilità 'residua' in giudizio, soprattutto

[88] Cfr. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e* full jurisdiction, cit., 158: «[i]n nessun caso la p.a. può godere della protezione dell'*ipse dixit* rispetto alla confutazione del ricorrente, nemmeno quando questi confuta l'attendibilità di un giudizio tecnico opinabile […] o lo squilibrio della ponderazione di interessi».

[89] *Ibidem*: «[l]a parità tra amministrazione e giurisdizione dunque richiede che il sindacato sui giudizi dell'amministrazione sia completo, ossia riguardi tutti i giudizi dell'amministrazione e tutti i livelli di giustificazione di quei giudizi, ma non sostitutivo: la parità tra amministrazione e giurisdizione richiede un sindacato confutatorio completo».

[90] Un sindacato confutatorio così inteso rappresenterebbe una '*sufficient review*' ai fini CEDU anche per la 'materia penale' (F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e* full jurisdiction, cit., 155 s.). Secondo l'a., infatti, l'art. 6 CEDU non imporrebbe al giudice amministrativo di esercitare una «giurisdizione estesa al merito in ogni caso in cui la p.a. abbia deciso su *civil rights and obligations* o su *criminal charges* e non abbia assicurato il rispetto dell'art. 6 CEDU durante il procedimento» (157). Semmai, il precetto convenzionale pone l'obbligo «in capo ai giudici amministrativi di superare il *self-restraint* nell'ammettere le confutazioni introdotte dal ricorrente ai giudizi dell'amministrazione», invitandoli a esercitare la «piena giurisdizione di legittimità» (161).

in relazione ad accertamenti tecnicamente complessi alla base delle decisioni in materia sanzionatoria.

In proposito, è possibile valorizzare il principio della presunzione di innocenza[91], quale parametro giuridico[92] che si traduce in un preciso standard probatorio e in una successiva regola decisoria: il c.d. *in dubio pro reo*[93]. In particolare, laddove permanga un margine di incertezza in giudizio riguardo alla fattispecie, nonostante il contraddittorio tra le parti, i mezzi di prova assunti e gli esiti dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio[94], il giudice non dovrebbe definire la controversia confermando la (legittimità della) sanzione in base alla sua

[91] Rilevanti intuizioni in G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 469 ss. Sul pensiero dell'a., si v. da ultimo F. GOISIS, *Valutazioni riservate nella potestà sanzionatoria della autorità garante della concorrenza e del mercato:* in dubio contra reum*?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2023, 683 ss.

[92] Cfr. l'art. 6, § 2, CEDU («[o]gni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»); nonché l'art. 48, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata»).

[93] Nella giurisprudenza convenzionale, cfr. C. Dir. Uomo, sez. II, 4 marzo 2014 ('*Grande Stevens c. Italia*'), § 159, ove si rimarca che il «principio della presunzione d'innocenza richiede, tra l'altro, che nell'adempiere alle loro funzioni i membri del tribunale non partano dall'idea preconcetta che l'imputato abbia commesso l'atto contestato; l'onere della prova è a carico dell'accusa e il dubbio è a favore dell'accusato»; nonché Id., 1° aprile 2007 ('*Geerings c. Paesi Bassi*'), § 41 ss. Nella giurisprudenza europea, cfr. C. Giust. UE, sez. VI, 8 luglio 1999, in C-199/92 ('*Hüls G c. Commissione europea*'), § 149, nella parte in cui si riconosce che il principio della presunzione di innocenza, «quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, […] sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario»; e, più di recente, Trib. UE, sez. II amp., 10 novembre 2017, in T-180/15 ('*Icap plc c. Commissione europea*'), § 256 s., ove si riconosce che il principio di presunzione di innocenza «implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Essa osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione, senza che la persona abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie inerenti all'esercizio dei diritti della difesa nell'ambito di un procedimento che segua il suo corso normale e si concluda con una decisione sulla fondatezza dell'addebito».

[94] In tali casi non è possibile applicare un giudizio binario secondo la logica 'giusto/sbagliato' o 'vero/falso' (G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 486).

'attendibilità' o 'plausibilità' tecnica[95], bensì annullandola in forza dell'esistenza di un ragionevole dubbio sulla spiegazione alternativa della condotta contestata[96].

A ben vedere, l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati o clausole generali nella struttura delle norme incriminatrici si riflette sull'area del 'lecito giuridico', al di là dello 'schermo' della legittimità della determinazione dell'autorità sanzionante[97]. Diversamente opinando, l'amministrazione finirebbe per determinare la condotta doverosa soltanto *ex post*, ossia a comportamento già realizzato[98]: il che, tuttavia,

[95] G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 487: «forse è proprio questa logica che dovrebbe essere capovolta. Anche perché essa si muove, ancora una volta, secondo la linea interpretativa che tende a stabilire il carattere illecito o lecito della condotta attraverso la legittimità o meno della decisione dell'Autorità (trasformando così un presupposto sostanziale in limite della discrezionalità)».

[96] Un siffatto ragionamento ha trovato riconoscimento in C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., nella parte in cui si è evidenziato che «qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione». In senso analogo, nella giurisprudenza europea, C. Giust. UE, 22 novembre 2012, in C- 89/11 P ('*E.ON Energie AG c. Commissione europea*'), § 72.

[97] Secondo l'impostazione di G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., 485, la condotta contestata non può «essere considerata lecita o illecita, solo perché risulti illegittima o legittima la determinazione dell'Autorità», essendo vero il contrario, ossia che «si dovrà dire che tale determinazione risulterà legittima o illegittima (sotto questo profilo), a seconda che la condotta in sé considerata venga 'contestata' come illecita o lecita». Ad avviso dell'a., infatti, se la condotta del privato è ricompresa «tra gli apprezzamenti resi possibili dall'opinabilità delle regole tecniche, in nessun caso dovrebbe poter essere considerata illecita: si tratterà pur sempre di un'attività consentita, in quanto rientrante tra quelle possibili, alla stregua delle scienze rilevanti» (488). In altri termini, l'opinabilità non attiene allo 'spazio di punibilità', ma a quello della 'liceità' (489).

[98] Cfr. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 483 s., ove si ricorda che il privato «deve poter conoscere in ogni momento 'cosa gli è lecito e cosa gli è vietato', senza che la fattispecie normativa possa essere integrata successivamente dall'Autorità, attraverso un'opera creativa della regola del caso concreto». A tale riguardo, si v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 184, ove – in relazione al potere sanzionatorio *antitrust* – si osserva che la garanzia del '*nulla poena sine previa lege*' «risulta grandemente attenuata ove si ponga mente all'assoluta indeterminatezza della norma di divieto la cui violazione comporta la irrogazione della sanzione». In tal modo, è solo «successivamente alla realizzazione di una determinata condotta o alla stipula di una determinata intesa che l'Autorità stabilirà in concreto la *regula juris* per quella fattispecie ed eventualmente accerterà la illiceità della condotta, la gravità di tale

contraddirebbe molti dei presidi garantistici propri della materia penale, tra cui il principio di irretroattività, in forza del quale nessuno può essere punito per un fatto non chiaramente definito *ex ante* come illecito[99].

Si è già anticipato, infatti, che la legalità in materia penale deve assumere i rigorosi attributi della precisione, conoscibilità e prevedibilità[100], come frequentemente sottolineato dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale[101] nell'imporre il doveroso rispetto del

condotta e la irrogazione della conseguente sanzione». Da ultimo, F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione*, cit., 56, ove si osserva come, in numerose fattispecie sanzionatorie, sia l'«organo amministrativo irrogante prima, e poi, eventualmente il giudice, a definire le fattispecie illecite; e ciò in aperta violazione del principio di tassatività».

[99] Si v. l'art. 1, co. 1, della l. n. 689/1981: «[n]essuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Rispetto alle sanzioni amministrative 'punitive', cfr. – nella giurisprudenza costituzionale – C. Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen*., 2011, 528 ss., ove si sostiene che «[d]alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale - data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito...') - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»; Id., 18 aprile 2014, n. 104, in *Cass. pen*., 2015, 1825 ss.; Id., 7 aprile 2017, n. 68, in *Giur. Cost*., 2017, 681 ss.; e Id., 5 dicembre 2018, n. 223, in *Giur. Cost*., 2018, 2575 ss.

[100] Ai fini in discorso si v. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1813, ove si ricorda che il «provvedimento di irrogazione della sanzione, debitamente pubblicizzato sul sito istituzionale dell'autorità, consente alla medesima di precisare gradualmente la stessa portata del precetto sanzionato, spesso costruito dal legislatore attraverso il ricorso a clausole generali che lasciano considerevoli margini di discrezionalità all'interprete». Ad avviso dell'a., ciò pone «inquietanti interrogativi circa la necessaria tutela del diritto fondamentale del destinatario del precetto alla *prevedibilità* della stessa sanzione» (corsivo dell'a.).

[101] Si v., *ex multis*, C. Cost., 13 giugno 2018, n. 121, in *Giur. Cost*., 2018, 1359 ss., ove si chiarisce che il «principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da

canone di sufficiente precisione della norma incriminatrice. Pertanto, laddove il precetto alla base di una sanzione punitiva risulti vago e indeterminato, come tale necessariamente rimesso a valutazioni e determinazioni tecnico-scientifiche di elevata opinabilità, la plausibilità delle giustificazioni addotte dal privato – non passibile di alcuna inversione sostanziale nell'onere della prova, che grava sempre sul titolare della pretesa punitiva[102] – si riflette nell'operatività della regola di giudizio assolutoria, conformemente allo *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio[103].

quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata». In senso analogo, anche, Id., 29 maggio 2019, n. 134, in *Foro It*., 2019, 2217 ss.

[102] In materia *antitrust*, un chiaro esempio si rinviene nell'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003, ove si dispone che «[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione». Con riferimento alle sanzioni amministrative depenalizzate, si v. l'art. 6, co. 11, del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ove è sancita la regola per cui «[i]l giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente». Del resto, la Corte costituzionale (C. Cost., 30 aprile 2021, n. 84, in *Giur. Cost*., 2021, 1028 ss.) ha riconosciuto anche il diritto al silenzio dell'asserito trasgressore, configurabile come '*privilege against self-incrimination*' ed espressione del tradizionale presidio garantistico di '*natural justice*' rappresentato con il brocardo '*nemo tenetur se detegere*', sul quale sia consentito rinviare a M. ALLENA, S. VACCARI, *Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, 2022, I, 689 ss.

[103] Lo standard in discorso trova un riconoscimento di diritto positivo – per gli illeciti 'formalmente' penali – nell'art. 533, co. 1, c.p.p. («[i]l giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»). Sul punto, sia consentito rinviare più ampiamente alle riflessioni svolte in S. VACCARI, *Presunzione d'innocenza e sanzioni amministrative 'punitive': lo standard probatorio dell''oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2023, *passim*. Si v., anche, S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 27, a proposito della rilevanza e centralità della questione dello *standard* probatorio applicabile alle sanzioni amministrative; e, più in generale, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: 'più probabile che non' e 'oltre', 'rilevante probabilità' e 'oltre ogni ragionevole dubbio'. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. economia*, 2018, 1121 ss.

Diversamente, la prassi delle corti sembra consolidata – anche rispetto alle sanzioni amministrative punitive – sul più debole (nel senso di: meno garantistico per l'asserito trasgressore)[104] standard probatorio della 'ragionevole probabilità', noto anche come preponderanza dell'evidenza o 'più probabile che non'[105]. Ciò comporta che, specie quando la commissione dell'illecito venga ricostruita attraverso procedimenti di tipo logico-inferenziale, il giudice possa ritenere legittima la comminazione della sanzione qualora il fatto 'ignoto' risulti correlato naturalisticamente al fatto 'noto' secondo il canone della ragionevole probabilità[106], ossia della prevalenza della ricostruzione offerta dall'autorità sanzionante rispetto alle spiegazioni alternative fornite dall'asserito trasgressore.

È doveroso precisare che l'anzidetto canone dell'*in dubio pro reo* non vale soltanto per il sindacato giudiziale *ex post*, ma anzitutto per l'amministrazione nell'ambito del (previo) procedimento sanzionatorio[107].

In quanto regola precettiva, la violazione di tale *standard* rende di per sé illegittima la sanzione amministrativa: una prospettiva valida

[104] Se consentito, si v. S. VACCARI, *Presunzione d'innocenza e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., 428, ove si rileva che i «provvedimenti sanzionatori vengono giudicati legittimi laddove il corredo probatorio portato dall'amministrazione, cui compete il relativo onere sostanziale, sia connotato da un grado di probabilità prevalente o, comunque, superiore rispetto alle ricostruzioni alternative addotte dall'asserito trasgressore».

[105] Quest'ultima locuzione, a rigore, è riferibile alla diversa questione del nesso di causalità in materia risarcitoria. Nella giurisprudenza civile, si v. per tutte Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Foro amm. CdS*, 2008, 93 ss.

[106] In materia di presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), l'impostazione generale del giudice di legittimità (cfr., per tutte, Cass., 13 marzo 2014, n. 5787, in *Foro It*., 2014, 3568 ss.) è quella per cui «[l]a prova logica, qual è appunto quella presuntiva, presuppone […] non la certezza, ma la mera probabilità d'un legame logico-causale tra fatto noto e fatto ignorato»; di talché, sussiste una corretta «inferenza presuntiva tra fatto noto e fatto ignorato quando il secondo sia probabilmente la conseguenza più attendibile del primo».

[107] Cfr. F. GOISIS, *Valutazioni riservate nella potestà sanzionatoria*, cit., 694, a proposito delle connessioni tra presunzione di innocenza e *full jurisdiction*: «l'Autorità amministrativa deve infliggere le sanzioni sostanzialmente penali nel rispetto del principio di presunzione di innocenza nella sua declinazione di *in dubio pro reo*, ossia, anzitutto, senza inaccettabili presunzioni *contra reum*, e il giudice di *full jurisdiction* deve, tra l'altro, valutare tale profilo, nel contesto del suo totale riesame del merito della pretesa sanzionatoria».

anche per coloro che aderiscono alla logica confutatoria del tradizionale sindacato di legittimità. Invero, un siffatto provvedimento sanzionatorio risulterebbe annullabile per violazione di legge[108], assumendo come parametro di validità – trasgredito, anzitutto, dall'amministrazione – il principio di presunzione di innocenza, che funge da fondamento per la regola assolutoria dell'*in dubio pro reo*.

Si è ovviamente consapevoli dell'importanza delle ragioni di efficienza del sistema sanzionatorio e delle connesse esigenze di tutela degli interessi pubblici sussidiati[109], specialmente nei settori in cui l'accertamento delle infrazioni si fonda fisiologicamente su prove presuntive, data l'estrema difficoltà – se non impossibilità – di disporre di prove dirette o rappresentative del fatto illecito[110].

Pertanto, al fine di evitare situazioni patologiche di '*under-enforcement*', è necessario che l'impostazione in discorso si fondi sul

[108] È la tesi proposta da M. CAPPAI, *Il delicato equilibrio tra* full jurisdiction *ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 703 ss., in part. 746 e 754; in seguito ripresa dall'a. in ID., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'*impasse, in *Federalismi.it*, 2019, 38 ss.

[109] Cfr. M. CAPPAI, *Il delicato equilibrio tra* full jurisdiction, cit., 746 s., ove si osserva che «[i]n caso di indiscriminata affermazione di un simile paradigma ermeneutico, l'altra faccia della medaglia, considerata la naturale opinabilità dei concetti indeterminati propri di questa disciplina [*i.e.* la materia *antitrust*] (e delle relative applicazioni al caso concreto), potrebbe rischiare di essere una tendenziale immunità dell'impresa ben assistita». Di qui, la rilevante preoccupazione dell'a.: «il *competition enforcer* deve scontrarsi con l'inesattezza della scienza che è chiamato ad applicare, con il risultato che l'affermazione generalizzata del paradigma processual-penalistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio potrebbe finire per svuotare di effettività l'intero apparato sanzionatorio vigente in materia antitrust» (751).

[110] In materia *antitrust*, si v. quantomeno C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit., ove si evidenzia che la «prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull'esperienza)»; e, nella giurisprudenza europea, C. Giust. UE, 7 gennaio 2004, in C-204/00 P, C- 205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P ('*Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione delle Comunità europee*'), § 55 ss.; e C. Giust. UE, 1° luglio 2010, in C-407/08 P ('*Knauf Gips KG c. Commissione europea*'), § 49. In materia finanziaria si v., per tutte, Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20930, in *Foro It*., 2010, 3129 ss.

seguente punto di equilibrio: il dubbio con portata 'assolutoria' deve essere 'ragionevole'[111] e non semplicemente prospettato in forma generica. In questo modo, si esclude la rilevanza delle (sole) argomentazioni meramente congetturali o astratte, ossia del tutto slegate da evidenze concrete o non supportate da adeguato materiale istruttorio[112].

Si tratta, chiaramente, di un apprezzamento da svolgere caso per caso e in concreto, prestando attenzione a evitare che l'amministrazione o il giudice amplino *de facto* l'onere probatorio a carico del privato[113], con conseguente violazione del principio di presunzione di innocenza e, di riflesso, dello standard garantistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio (*in dubio pro reo*).

[111] Per una definizione del concetto di 'dubbio ragionevole' cfr. G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018, 2, secondo cui l'espressione non riguarda «qualsiasi, possibile dubbio, astrattamente sempre configurabile, né il dubbio marginale, ma solo quello che, sorretto da oggettive evidenze probatorie, sia in grado di destrutturare l'apparente solidità dell'enunciato di accusa e, grazie all'opera maieutica del contraddittorio, immettere nel ragionamento giudiziale una plausibile spiegazione alternativa del fatto».

[112] Si v. il ragionamento svolto da C. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit.: «[a]ll'esito della predetta attività conoscitiva, l'ipotesi accusatoria, attentamente verificata nel contraddittorio delle parti, può ritenersi avere attinto la 'certezza processuale' soltanto quando essa risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto una eventualità remota».

[113] Cfr. M. CAPPAI, *Il delicato equilibrio tra* full jurisdiction, cit., 753: «il sindacato giurisdizionale (almeno nella fase di applicazione della norma contestualizzata al caso di specie) dovrà necessariamente accogliere il gravame in presenza di ragioni giustificatrici (non per forza 'maggiormente attendibili' ma anche semplicemente) 'attendibili' tempestivamente dedotte in sede procedimentale e non adeguatamente esplorate o confutate da parte dell'AGCM».

STEFANO L. VITALE

Tempo e potere amministrativo: il caso del termine della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust*

SOMMARIO: 1. Il tempo dei procedimenti antitrust. – 2. La questione del termine della fase pre-istruttoria nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. – 2.1. La posizione contraria all'applicabilità del termine di novanta giorni. – 2.2. La posizione favorevole all'applicabilità del termine di novanta giorni. – 3. La pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Caronte*. – 4. Alcune considerazioni critiche e problemi rimasti aperti: il parallelismo con i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea. – 5. (*Segue*) Il superamento del termine dei procedimenti antitrust e la violazione del diritto di difesa. – 6. (*Segue*) Le conseguenze del superamento del termine e la possibile distinzione tra profili "conformativi" e sanzionatori del provvedimento – 7. Considerazioni conclusive

1. *Il tempo dei procedimenti antitrust*

Il tema relativo ai tempi di svolgimento dei procedimenti condotti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e aventi ad oggetto le presunte violazioni degli artt. 2 e 3 della L. n. 287/90 nonché degli artt. 101 e 102 TFUE (qui indicati, per brevità, "procedimenti antitrust") è oggetto, da alcuni anni, di un vivace dibattito giurisprudenziale[1].

Le questioni che si pongono nascono dalla tensione tra contrapposti interessi che permeano il diritto della concorrenza[2], oggi chiamato a confrontarsi con profondi cambiamenti economici e sociali che mettono

* Il presente testo rappresenta una rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno "Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto" svoltosi presso l'Università degli Studi di Trento il 6 e 7 febbraio 2025.

[1] Per un inquadramento generale del tema si veda 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 *Merc. conc. reg.*, 2022, 237 ss. Il dibattito giurisprudenziale è ricostruito da C. VOLPE, *Recente giurisprudenza amministrativa in materia di tutela della concorrenza*, in www.giustiziamministrativa.it, 2025.

[2] Sulla "contaminazione" del diritto antitrust con una molteplicità di interessi pubblici, si veda G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2024, 444 ss.

alla prova la sua "resilienza"[3]. Tali contrapposti interessi sono alla base della difficoltà di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra l'effettività del *public enforcement* (e l'effettività, quindi, del diritto unionale) e le garanzie per i privati sottoposti a tali procedimenti che possono aver esiti anche particolarmente afflittivi (si riaffaccia sulla scena, insomma, la tradizionale dialettica tra libertà e autorità[4]).

Si tratta, difatti, di procedimenti caratterizzati da un elevato profilo di complessità, dove l'Autorità deve condurre delicate valutazioni economiche e giuridiche, anche "concretizzando" termini elastici posti dal legislatore.

Come meglio si dirà, in tali procedimenti la funzione sanzionatoria diretta alla "punizione" di un illecito amministrativo si lega strettamente alla funzione di tutela della concorrenza e, quindi, all'adozione di misure "conformative" del mercato.

Da un lato, tali procedimenti richiedono un'istruttoria articolata che senz'altro non può esaurirsi nell'ordinario termine di trenta giorni fissato per la generalità dei procedimenti amministrativi dall'art. 2 L. n. 241/1990.

Dall'altro lato, tuttavia, il procedimento può concludersi con l'adozione (anche) di sanzioni pecuniarie, che la giurisprudenza CEDU[5] ha riconosciuto avere natura sostanzialmente penale, il che,

[3] Cfr. A. KALINTIRI, *EU antitrust law's resilience: the good, the bad, and the ugly*, in *Yearbook of European Law,* 43, 2024, 184 ss., la quale sottolinea come l'incertezza derivante da crisi ed emergenze (sanitarie, climatiche, tecnologiche) incida sulla prevedibilità e sulla legittimazione del diritto antitrust.

[4] Si fa riferimento alle note riflessioni di M.S. GIANNINI, sintetizzate nel volume secondo di *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 654 ss., ove si afferma che: «la fine sostanza dell'intero diritto amministrativo consiste in una normazione volta a tale contemperamento (n.d.r.: tra autorità e libertà) […] nella dialettica libertà-autorità è sempre la prima che ha bisogno di tutela, e qui è la radice degli istituti della giustizia amministrativa e del procedimento amministrativo, intesi come complessi di norme che stabiliscono i modi di esercizio delle potestà pubbliche». L'evoluzione del rapporto tra i due termini del binomio nella dottrina amministrativistica italiana è ricostruita da B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2006, 909 ss., il quale ha evidenziato come la dialettica autorità-libertà abbia oggi perso centralità nel diritto amministrativo (nazionale e europeo).

[5] Come noto, la giurisprudenza CEDU ha elaborato i cd. criteri "Engel" al fine di stabilire se una determinata misura adottata dagli Stati abbia natura penale anche laddove non sia qualificata come tale in base al diritto nazionale. Per la prima

oltre a comportare l'applicabilità delle garanzie previste dalla Convenzione per la materia penale, orienta complessivamente l'interprete nel valorizzare le garanzie, sostanziali e procedimentali, apprestate a favore delle imprese incolpate.

Da qui l'affermazione, da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui per i procedimenti sanzionatori, inclusi quelli antitrust, il termine di conclusione del procedimento ha natura "sostanziale", ossia il relativo superamento comporta la decadenza per l'Autorità dall'esercizio del potere, con conseguente illegittimità del provvedimento tardivamente adottato. Difatti, pur in assenza di specifiche previsioni normative, la giurisprudenza ha ritenuto che il termine di durata sia strettamente funzionale al diritto di difesa e che il superamento del medesimo debba quindi essere "sanzionato" con l'invalidità del provvedimento [6] (si vedrà come a diverse conclusioni giunge la giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea).

Il tema del "tempo del procedimento", pertanto, si lega a quello del "tempo del potere", questione che negli ultimi tempi è stata oggetto di indagini da parte di attenta dottrina[7], la quale ha evidenziato una

applicazione di tale parametro, Corte EDU, Grande Sezione, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; per l'applicazione di tali criteri alle sanzioni antitrust adottate dall'AGCM si veda Corte EDU, 7 settembre 2011, *Menarini v. Italia*, caso n. 43509/08.

[6] Si veda, con riferimento ai procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), C. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584.

[7] Si rinvia allo studio di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 277 ss., che distingue tra «termine di conclusione del procedimento» e «termine attinente al potere». Su tale distinzione si veda anche F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, 209 ss.; G. GALLONE*, Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8*-bis *dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in questa *Rivista*, 2025, I, 341 ss. Per un'applicazione di tale distinzione, C. Stato, sez. VI, 19 marzo 2024, n. 2641 che distingue tra il 'termine di conclusione del procedimento' laddove « il tempo, nel suo decorso, è riferito al procedimento, appunto, come seriazione giuridico-formale che va dal suo avvio alla sua conclusione con un provvedimento espresso» e il 'termine attinente al potere' « che, viceversa, si ha quando la disciplina speciale prevede che l'esercizio in sé del potere, anche a prescindere dall'instaurazione di un procedimento formale, debba comunque avere luogo entro una determinata barriera temporale».

tendenza nel diritto positivo a rafforzare la stabilità dei rapporti giuridici di diritto amministrativo con erosione del tradizionale principio di "inesauribilità del potere".

Secondo tali ricostruzioni, sebbene il termine di conclusione del procedimento rappresenti, di norma, una regola procedimentale e non un paradigma di validità del provvedimento[8], in alcuni casi l'ordinamento prevede che il superamento di tale termine comporti la decadenza per l'amministrazione dal relativo potere. Si tratta di ipotesi in cui il tempo si atteggia quale condizione per l'esercizio in concreto del potere stesso e integra, di conseguenza, un parametro di validità dell'atto adottato (si ripropone, quindi, anche in questo ambito, la tradizionale dialettica tra regole di validità e regole di condotta, oggi al centro dell'attenzione nel dibattito scientifico sia con riferimento al diritto civile[9] che al diritto amministrativo[10]).

---

[8] Il punto è pacifico in giurisprudenza e si può vedere in proposito, tra tante, C. Stato, sez. VI, sentenza 4 maggio 2020, n. 2807, secondo cui la violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo, laddove non sia espressamente qualificato dalla norma come perentorio, «non può di per sé solo determinare l'illegittimità del provvedimento finale». Cfr. anche C. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 468.

[9] In ambito contrattuale, la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di condotta, oggi peraltro messa in crisi dalle discipline di settore del "secondo" e del "terzo" contratto, si basa sul principio della tipicità dei vizi del consenso e in generale delle cause di invalidità del contratto, cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Sul tema si veda, per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi,* in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss. e dottrina ivi citata.

[10] Ci si limita a segnalare come le incertezze legate ai confini tra regole di validità e di condotta oggi emergano nel diritto amministrativo soprattutto con riferimento alle conseguenze discendenti dalla violazione dei principi di diritto comune applicabili all'azione amministrativa e, segnatamente al principio di buona fede. Per tale dibattito si veda, tra tanti, L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 235 ss. e ID., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, secondo la quale la buona fede può entrare nel paradigma di validità dell'atto amministrativo, segnatamente grazie al carattere "aperto" del vizio dell'eccesso di potere. *Contra*, M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 80 ss., secondo il quale uno «sguardo critico al diritto positivo contemporaneo induce a ritenere che oggi è minimo, per non dire inesistente, lo spazio che si può assegnare alla buona fede come regola sulla decisione amministrativa sanzionata dall'invalidità»; in senso analogo si veda anche G. POLI, *I principi nel diritto*

2. La questione del termine della fase pre-istruttoria nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale

I procedimenti antitrust si articolano in due momenti distinti: una fase preliminare, comunemente definita pre-istruttoria, e una successiva fase istruttoria in senso proprio[11].

Durante la fase pre-istruttoria l'Autorità, sulla base di segnalazioni, denunce, esposti, notizie o informazioni autonomamente acquisite, procede in via officiosa a una indagine di tipo preliminare per verificare la sussistenza dei presupposti per procedere all'avvio dell'istruttoria[12]. La pre-istruttoria si conclude con l'archiviazione del procedimento ovvero, qualora l'Autorità ravvisi una "presunta infrazione"[13], con la decisione di avviare l'istruttoria formale.

La decisione di avviare il procedimento viene notificata alle imprese e agli enti interessati[14], segue la vera e propria fase istruttoria durante la quale l'Autorità può esercitare penetranti poteri di indagine[15] e che si conclude con l'emanazione della CRI (Comunicazione delle risultanze istruttorie) cui seguono le difese finali e, su richiesta delle parti "accusate", l'audizione davanti al Collegio dell'Autorità. Al termine del procedimento, l'Autorità adotta infine il provvedimento che conclude il procedimento.

Il dibattito giurisprudenziale sorto discende dalla circostanza per cui il legislatore non ha espressamente disciplinato né un termine complessivo di durata dell'intero procedimento né un termine della sola fase pre-istruttoria.

---

amministrativo. Tracce di un cambiamento in corso, Napoli, 2023 e, in particolare, 136 ss.

[11] Per un inquadramento generale del procedimento antitrust si veda, tra tanti, M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, 2024.

[12] Le verifiche che l'Autorità compie nella fase pre-istruttoria sono compendiate all'art. 12, comma 1, L. n. 287/1990, dove si prevede che l'istruttoria viene aperta dall'Autorità una volta «valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori».

[13] Art. 14, comma 1, L. n. 287/1990.

[14] Art. 14, L. n. 287/1990; art. 6, D.P.R. n. 217/1998.

[15] Cfr. art. 8 D.P.R. n. 217/1998, che specifica che tali poteri sono esercitabili solamente «dal decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria».

Per quanto riguarda la durata complessiva del procedimento, l'art. 2, comma 5, della legge n. 241 del 1990 stabilisce che, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. Tuttavia, l'AGCM non ha stabilito, in via generale e astratta, un termine massimo di durata dei procedimenti *de quibus*[16].

Al contrario, l'art. 6, comma 3, del d.P.R. n. 217 del 1998, dispone che il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare, tra l'altro, gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni ed il termine di conclusione del procedimento, attribuendo in tal modo all'Autorità un potere discrezionale volto alla fissazione di un autovincolo in ordine al termine di durata di ciascun procedimento. La giurisprudenza ritiene, inoltre, che il termine così fissato abbia natura perentoria (nel senso che il superamento del medesimo comporta l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato) ma possa essere, di volta in volta, motivatamente differito dalla medesima Autorità[17].

Maggiore dibattito giurisprudenziale si è invece di recente registrato con riferimento al termine di durata della fase pre-istruttoria.

A differenza di quanto stabilito per i procedimenti sanzionatori condotti da altre Autorità indipendenti[18], per tale fase del procedimento

[16] Più di recente, l'art. 14, comma 1, L. n. 287/1990, novellato dal D.lgs. n. 185/2021, ha previsto che l'istruttoria debba svolgersi «in tempi ragionevoli».

[17] Cfr. C. Stato, sez. VI, 26 agosto 2024, n. 7243, ove il Collegio «pur ritenendo, per tutto quanto esposto, che la natura del termine anzidetto non possa ritenersi perentoria, pena la possibile penalizzazione delle fondamentali esigenze perseguite dall'Unione Europea, sottese agli articoli 101 e 102 TFUE» ha, tuttavia, sottoposto sul punto un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di verificare se il diritto unionale, e in particolare, gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 46 CEDU ostino ad una tale disciplina nazionale laddove consente «di prorogare unilateralmente il detto temine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento». Nelle more della pubblicazione del presente articolo, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia, decima sezione, 15 gennaio 2026 (C-588/24), che ha dato risposta negativa al quesito sottopostole.

[18] Per varie altre Autorità indipendenti talora sono le stesse leggi che regolano l'esercizio dei poteri sanzionatori ad imporre l'osservanza di un termine per la contestazione delle violazioni al soggetto incolpato, talvolta derogando rispetto al termine fissato dall'art. 14 della L. n. 689/1981: cfr. art. 45, comma 5, D.lgs. n. 93/2011, per l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente; art. 195, comma

non è espressamente previsto, né in sede legislativa né regolamentare, alcun termine di durata né è previsto un meccanismo, analogo a quello adottato per la fase istruttoria, attraverso cui la medesima Autorità si autovincola a rispettare un certo termine.

Il quesito che si è posto al riguardo è segnatamente quello relativo all'applicabilità del termine previsto dall'art. 14, comma 2, della L. n. 689/1981, ossia la disciplina legislativa di carattere generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, la quale si applica «in quanto compatibile» anche ai procedimenti antitrust[19].

L'art. 14, ai primi due commi, prevede quanto segue:

«La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa.

Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento».

In ordine all'applicabilità di tale termine di novanta giorni anche ai procedimenti antitrust, sono emersi, in giurisprudenza e dottrina, due contrapposti orientamenti[20].

1, D.lgs. n. 58/1998, per la Banca d'Italia e la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, con riguardo alle sanzioni amministrative previste nel titolo II del Capo V del D.lgs. n. 58/1998 cit.; art.19-quinquies, D.lgs. n. 252/2005, per la Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione.

[19] Art. 31, L. n. 287/1990.

[20] Su tali orientamenti si veda l'approfondimento dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa redatto da F. GUARRACINO, *Parere sul tema della tardività dell'avvio dell'azione sanzionatoria antitrust*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2023.

2.1. *La posizione contraria all'applicabilità del termine di novanta giorni*

Secondo l'impostazione seguita, in particolare, dal T.A.R. Lazio[21] e da parte della dottrina[22], l'art. 14 cit. non sarebbe applicabile ai procedimenti antitrust e la fase pre-istruttoria dovrebbe invece concludersi entro un termine "ragionevole".

La "ragionevolezza" del termine è rimessa a valutazioni da condursi "caso per caso" e il superamento di tale termine ragionevole comporta la decadenza dell'Autorità dal potere, con conseguente illegittimità del provvedimento.

Secondo tale impostazione, la specialità e la complessità dei procedimenti antitrust non consentono di applicare un termine così breve e rigido come quello fissato dall'art. 14 della L. n. 689/1981 che, di conseguenza, sarebbe incompatibile con le peculiarità di tali procedimenti[23].

Altresì, tale indirizzo giurisprudenziale valorizza l'esigenza di effettività della tutela della concorrenza e dell'*enforcement* del diritto unionale, evidenziando come molti sospetti illeciti antitrust potrebbero rimanere "impuniti" ove l'Autorità fosse tenuta a rispettare, a pena di decadenza, un rigido e breve termine di svolgimento della fase pre-istruttoria.

---

[21] T.A.R. Lazio, 2 novembre 2022, n. 14271; T.A.R. Lazio, 18 luglio 2022, n. 10148; T.A.R. Lazio, 18 luglio 2022, n. 10148 (in materia di pratiche commerciali scorrette); T.A.R. Lazio, 3 ottobre 2022, n. 12507; T.A.R. Lazio, 24 marzo 2022, n. 3334; T.A.R. Lazio, 28 luglio 2017, n. 9048; cfr. in passato anche C. Stato, 26 gennaio 2022, n. 552; C. Stato, 21 dicembre 2021, n. 8492; C. Stato, 12 dicembre 2020, n. 1047; C. Stato, 25 giugno 2019, n. 4357 e C. Stato, 20 giugno 2019, n. 4215.

[22] *Ex multis*, P. MANZINI, *L'AGCM fa novanta? Il termine decadenziale di novanta giorni per l'applicazione delle sanzioni dell'AGCM al vaglio della Corte di giustizia*, in AIUSDE, 2023; C. POLICE, *L'applicabilità dell'articolo 14 della L. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust nell'interpretazione dei giudici amministrativi*, in *Osservatorio di Amministrativ@mente*, 2023; S. DE NITTO, *Sul rinvio del Tar Lazio alla Corte di giustizia (ordinanza n. 12962 del 2023): applicabilità dell'art. 14 della l. n. 689 del 1981 ai procedimenti antitrust?*, in *Amministrazione in Cammino*, 2023.

[23] In tal senso anche V. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, M. Fratini (a cura di), Padova, 2011, 831.

Sul punto, vengono altresì richiamate le previsioni della Direttiva unionale 1/2019, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, la quale prevede che le Autorità antitrust nazionali debbano avere il potere di stabilire le proprie priorità di azione (cfr. art. 4, par. 5). Nelle difese svolte nel corso dei giudizi, l'AGCM ha sostenuto che un breve termine di decadenza di novanta giorni sarebbe incompatibile con la possibilità di dare priorità ad alcuni procedimenti piuttosto che ad altri.

Vengono altresì prese in esame, quale elemento di comparazione, le regole procedurali relative ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea, dove non è previsto in via astratta e predeterminata un termine di durata della fase pre-istruttoria e la Corte di giustizia ha affermato l'obbligo per la Commissione europea di concludere il procedimento (inteso come fase pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria) entro un termine ragionevole[24].

Alcune pronunce, inoltre, in un'ottica sostanzialistica, sottolineano la necessità di verificare, caso per caso, se il superamento del termine della fase pre-istruttoria abbia pregiudicato il diritto di difesa dell'impresa incolpata. Solamente l'esistenza di un tale pregiudizio giustificherebbe l'annullamento giurisdizionale del provvedimento.

Infine, si sostiene che le esigenze di certezza del diritto già risulterebbero soddisfatte dalla previsione di un termine di prescrizione quinquennale per la riscossione delle sanzioni pecuniarie (art. 28, L. n. 689/1981).

[24] C. Giust. UE, 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P., *Baustahlgewebe c. Commissione*, punto 29, e 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99 a C-252/99 e C-254/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, punto 187. Con riferimento alla fase pre-istruttoria, C. Giust. UE, 21 settembre 2006, causa C-105/04, *Gebied*.

2.2. *La posizione favorevole all'applicabilità del termine di novanta giorni*

La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[25], seguita da parte della dottrina[26], ritiene applicabile il detto termine perentorio di novanta giorni di cui all'art. 14 cit.

Tuttavia, nonostante l'adozione di un parametro apparentemente rigido, viene riconosciuto un significativo temperamento perché si ritiene che il termine di novanta giorni decorra dall'acquisizione della piena conoscenza, da parte dell'Autorità, della condotta illecita, che implica il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione.

In primo luogo, tale orientamento sostiene che l'art. 14 della L. n. 689/1981 debba trovare applicazione per esigenze sistematiche: la legge del 1981 cit. si prefigge l'obiettivo di dettare una disciplina generale delle sanzioni amministrative pecuniarie e, pertanto, le deroghe alla medesima dovrebbero essere individuate in modo rigoroso dall'interprete.

Si sottolinea, inoltre, l'esigenza di garantire adeguatamente il diritto di difesa e la certezza del diritto, anche considerata la natura sostanzialmente penale, secondo la già richiamata giurisprudenza CEDU, delle sanzioni amministrative in materia antitrust. Pertanto, vi è l'esigenza che la fase pre-istruttoria, che si svolge segretamente, si concluda in tempi ravvicinati e che l'impresa incolpata sia messa tempestivamente a conoscenza della pendenza del procedimento. Ciò

[25] C. Stato, 5 aprile 2023, n. 3505; C. Stato, 4 ottobre 2022, n. 8505; C. Stato, 10 febbraio 2023, n. 1468; C. Stato, 21 gennaio 2020, n. 512. Da ultimo, C. Stato, 9 luglio 2024, n. 6057 e C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151, con cui sono stati sollevati davanti alla Corte di giustizia dei quesiti pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.

[26] F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della pre-istruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, in F. GHEZZI (a cura di), *Il diritto antitrust in crisi? La tutela della concorrenza tra nuovi obiettivi, modalità di enforcement, regole procedurali*, Atti del Convegno, Pavia, 15 marzo 2024.

consente all'impresa di esercitare i propri diritti di difesa ed, eventualmente, di decidere di non protrarre una condotta ritenuta potenzialmente illecita dall'Autorità.

Si richiamano, in proposito, i principi del giusto procedimento sanzionatorio di recente affermati anche da C. Cost. n. 151/2021[27] che, con riferimento agli illeciti amministrativi (non specificamente quelli antitrust), pur dichiarando inammissibili le questioni in quel caso sollevate al fine di consentire al legislatore di intervenire, ha svolto importanti affermazioni di principio sulla necessità che tali procedimenti abbiano un termine finale.

L'impostazione seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato evidenzia come l'applicazione di un termine "rigido" di novanta giorni (ferma restando l' "elasticità" circa l'individuazione del *dies a quo*, di cui si è detto) non pregiudicherebbe l'efficacia del *public enforcement* in materia antitrust, posto che tale fase ha ad oggetto solamente accertamenti sommari, volti a verificare la fondatezza di un *fumus* di sussistenza dell'illecito che dovrà poi essere accertato nella fase istruttoria vera e propria.

La Direttiva n. 1/2019 non viene ritenuta ostativa all'individuazione, da parte del legislatore nazionale, di un termine di decadenza della fase pre-istruttoria, posto che la direttiva medesima precisa che i procedimenti antitrust devono essere soggetti a garanzie adeguate che soddisfino "almeno" i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (considerando n. 14) e, pertanto, rimane aperta per gli Stati membri la possibilità di fissare garanzie maggiori rispetto a quelle stabilite dal diritto comunitario. Si evidenzia, inoltre, che la Direttiva cit. ammette che gli Stati membri stabiliscano dei termini di prescrizione "assoluti" del procedimento (considerando n. 70 e art. 29), ossia termini massimi non valicabili, non passibili di interruzione o sospensione, così confermando, *mutatis mutandis*, che il diritto europeo non osta alla previsione, nel diritto interno, di termini massimi, purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE.

[27] C. Cost., 12 luglio 2021, n. 151, su cui cfr. V. RUBINO, *Meglio il giudice a Berlino (Lussemburgo)? Garanzie difensive e termine per la conclusione dei procedimenti sanzionatori amministrativi nella necessaria prospettiva europea*, in *Eurojus*, 2022.

Si osserva, infine, che il termine di prescrizione di cinque anni fissato dall'art. 28 L. n. 689/1981 è un termine relativo alla prescrizione del diritto a riscuotere le sanzioni e non riguarda direttamente i termini procedimentali[28].

3. *La pronuncia della Corte di giustizia nel caso* Caronte

Sul tema relativo alla durata della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust nazionali è intervenuta di recente anche la Corte di giustizia in risposta ad un quesito pregiudiziale sollevato sul punto dal T.A.R. Lazio (cd. caso *Caronte*)[29].

Con la pronuncia della Seconda sezione del 30 gennaio 2025, causa C-511/2023[30] (per brevità indicata nel presente scritto con il termine "sentenza *Caronte*") la Corte di giustizia ha sostanzialmente condiviso l'impostazione seguita dall'ordinanza di rimessione del giudice nazionale.

La Corte muove dalla premessa per cui, non essendovi una normativa specifica dell'Unione che disciplini i termini dei procedimenti antitrust condotti dalle Autorità nazionali, gli Stati membri godono sul punto di autonomia procedurale.

La Corte afferma che è compatibile con il diritto dell'Unione la fissazione di termini procedurali ragionevoli, fermo restando che le norme nazionali non devono rendere praticamente impossibile o

[28] Può inoltre osservarsi che, a seguito della novella apportata dal D.lgs. n. 185/2021, l'art. 31-*bis* della L. n. 287/1990 contiene ora una disciplina circa l'interruzione e la sospensione del termine di prescrizione.

[29] T.A.R. Lazio, 1° agosto 2023, n. 12962.

[30] C. Giust. UE, Seconda sezione, 30 gennaio 2025, causa C-511/2023, *Caronte*, su cui si veda P. CHIRULLI, *Meglio tardi che mai (per l'avvio delle istruttorie antitrust)? Riflessioni a margine di Corte di giustizia, caso C-511/23 (Caronte & Tourist)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2025, 175; C. POLICE, *Abuso di posizione dominante e rispetto del termine ragionevole: tra esigenze di certezza del diritto e la (attesa) risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea (Causa C-511/23)*, in *Eurojus*, 2025. Si segnala anche la pronuncia "gemella" C. Giust. UE, sezione seconda, 30 gennaio 2025, causa C-510/2023 *Trenitalia*, riguardante l'analoga questione relativa al termine di svolgimento dei procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette. Nel corso del testo si fa riferimento unicamente alla sentenza *Caronte* in quanto riguardante specificamente i procedimenti antitrust che qui si esaminano.

eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione e devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

La pronuncia valorizza, in più passaggi, la necessità di trovare un equilibrio tra le esigenze di certezza del diritto e di tutela del diritto di difesa dell'impresa con l'effettiva attuazione del diritto unionale.

La Corte afferma di dovere valutare il rispetto di tale equilibrio prendendo in considerazione la durata del termine fissato a livello nazionale e le modalità della sua applicazione «quali la data a partire dalla quale inizia a decorrere, le modalità adottate per dare inizio al decorso di detto termine nonché quelle che consentono la sua sospensione o la sua interruzione» nonché sulla base delle peculiarità dei casi in materia di diritto della concorrenza e, in particolare, del fatto che tali casi richiedono di norma una complessa analisi materiale ed economica.

La Corte, pertanto, afferma che gli Stati possono fissare i termini della procedura e anche di singole fasi della procedura, purché il termine di ciascuna fase sia «materialmente sufficiente a garantirne il corretto svolgimento» (punto 52).

La Corte richiama anche la Direttiva n. 1/2019 che, sebbene non applicabile *ratione temporis* al procedimento oggetto della causa principale, deve comunque indirizzare l'interpretazione del diritto nazionale. La Corte valorizza le previsioni della Direttiva, di cui già si è sopra detto, che prevedono che le autorità nazionali debbano avere il potere di definire le proprie attività. Pertanto, la Corte evidenzia come nella «fase che precede la comunicazione degli addebiti […] l'autorità dev'essere in grado non solo di procedere a tutte le misure istruttorie preliminari nonché alle valutazioni di fatto e di diritto spesso complesse, necessarie per valutare se l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio sia giustificato, ma anche di scegliere, in funzione del grado di priorità che, nell'esercizio della sua indipendenza operativa, intende accordare a una procedura d'infrazione in corso, il momento più opportuno per avviare, se del caso, la fase istruttoria in contraddittorio di quest'ultima. Pertanto, un'autorità nazionale garante della concorrenza deve disporre della facoltà di rinviare temporaneamente l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio in un determinato procedimento, sebbene essa abbia già accertato l'esistenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione […]. Tuttavia, un

siffatto rinvio temporaneo non può avere come conseguenza un superamento del termine ragionevole entro il quale deve concludersi la fase che precede la comunicazione degli addebiti di una procedura d'infrazione» (punti 60 e 61).

Applicando le coordinate esposte alla disciplina italiana oggetto di scrutinio, i giudici europei giungono a ritenere la medesima incompatibile con il diritto unionale in quanto, «l'AGCM è tenuta ad avviare la fase istruttoria in contraddittorio del procedimento mediante la comunicazione degli addebiti entro il termine fisso di 90 giorni decorrente dall'accertamento degli elementi essenziali dell'asserita violazione. Inoltre, l'inosservanza del termine di cui trattasi ha come conseguenza, da un lato, l'annullamento integrale e automatico del provvedimento finale adottato dall'AGCM in esito alla procedura d'infrazione, sia nella parte in cui verte sulla cessazione della condotta anticoncorrenziale sia nella parte riguardante le sanzioni inflitte all'impresa interessata. Dall'altro, tale autorità, in forza del principio del ne bis in idem, è definitivamente impossibilitata ad avviare una nuova procedura d'infrazione per la medesima condotta anticoncorrenziale» (punto 66).

L'applicazione del termine di 90 giorni alla fase pre-istruttoria, secondo la Corte, impedirebbe all'AGCM di stabilire e attuare priorità per le sue procedure relative all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e le impedirebbe di cooperare pienamente nell'ambito della rete europea della concorrenza.

Altresì, la Corte sottolinea come i diritti della difesa delle imprese sottoposte a una procedura d'infrazione non possono, in ogni caso, risultare violati per il solo fatto dell'inosservanza del termine di cui trattasi.

La Corte di giustizia, pertanto, conclude ritenendo 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 a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, 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».

4. *Alcune considerazioni critiche e problemi rimasti aperti: il parallelismo con i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea*

Come notato anche da alcuni primi commentatori[31], la sentenza della Corte di giustizia non sembra aver pienamente colto la natura delle differenti fasi in cui si articola il procedimento antitrust davanti alla AGCM, forse anche a causa delle differenze che sul punto intercorrono tra i procedimenti antitrust nazionali e quelli che si svolgono davanti alla Commissione europea.

Nella sentenza *Caronte*, difatti, in più passaggi la Corte identifica la fase pre-istruttoria che si svolge davanti alla AGCM come quella che «precede la comunicazione degli addebiti» (punti 21, 42, 51, 60, 61)[32]. Anche nelle conclusioni (punto 82) la sentenza fa riferimento alla ritenuta incompatibilità con il diritto unionale della norma nazionale che imporrebbe di inviare la comunicazione degli addebiti entro novanta giorni.

Invero, come già evidenziato, la normativa nazionale configura la fase pre-istruttoria come quella in cui viene vagliata in via preliminare l'esistenza o meno di una "presunta infrazione" e, all'esito di tale fase, viene unicamente assunta la decisione in ordine all'avvio di un'istruttoria formale ovvero all'archiviazione. È solo al termine dell'istruttoria, nel corso della quale l'impresa può esercitare i propri diritti di difesa e l'Autorità esercita pienamente i propri poteri istruttori, che vengono formalizzati gli addebiti con la CRI.

---

[31] I. PEREGO, *Trenitalia e Caronte & Tourist: la storia è davvero finita?*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, I, 7 ss.

[32] Anche l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, indica tale fase come quella in cui «l'AGCM raccoglie gli elementi di indagine necessari alla formulazione delle contestazioni nei confronti dell'interessato» (punto 71) e fa riferimento alla possibilità che in tale fase l'Autorità debba effettuare ispezioni (punto 103).

Diversamente, i procedimenti antitrust che si svolgono davanti alla Commissione europea sono suddivisi in due fasi[33]. La prima fase va dalla apertura del procedimento fino alla contestazione degli addebiti, e in tale momento la Commissione può già esercitare tutti i propri poteri istruttori, alcuni dei quali implicano la possibilità che l'impresa interessata venga a conoscenza dell'esistenza del procedimento a suo carico[34]. La seconda fase inizia con la contestazione degli addebiti, la quale viene notificata all'impresa[35] che da questo momento usufruisce delle garanzie difensive (diritto di essere sentiti, accesso al fascicolo)[36], e si conclude con l'adozione della decisione finale.

Le imprecisioni terminologiche che caratterizzano la sentenza *Caronte* della Corte di giustizia sembrano dunque rivelare che la Corte ritenga — erroneamente — che anche nel procedimento dinanzi all'AGCM la prima fase (ossia la fase pre-istruttoria) si concluda con la contestazione degli addebiti, e che pertanto nel corso della stessa debbano già essere svolte tutte le attività istruttorie necessarie a formulare tali contestazioni. Pertanto, la preoccupazione della Corte di giustizia - secondo cui la normativa nazionale scrutinata potrebbe comportare un «rischio sistemico di impunità per i fatti integranti infrazioni al diritto della concorrenza dell'Unione» - sembrerebbe, invero, fondarsi su una premessa non corretta.

Deve, tuttavia, osservarsi, come la confusione possa essere generata anche dalla stessa previsione di cui all'art. 14 della L. n. 689/1981, che invero fissa il termine di novanta giorni per la "contestazione" degli "estremi della violazione".

---

[33] Per le regole procedurali che governano i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea cfr. E. ROUSSEVA, *EU antitrust procedure*, Oxford, 2020.

[34] Il cd. atto di avvio del procedimento, di cui all'art. 2 del Regolamento (CE) n. 773/2004, è infatti una mera notizia che segnala l'esistenza di una attività di indagine, segnatamente per precludere alle autorità nazionali l'avvio di proprie indagini sulle medesime condotte e la Commissione già prima dell'avvio del procedimento può esercitare i propri poteri di indagine (art. 2, comma 3, Reg. 773/2004 cit.). Inoltre, a tale atto di avvio non consegue l'esercizio per l'impresa dei diritti di difesa, prerogative che si collocano a valle dell'invio della comunicazione degli addebiti.

[35] Art. 10, par. 1, Reg. 773/2004 cit.

[36] Artt. 10-16, Reg. 773/2004 cit.

5. (Segue) *Il superamento del termine dei procedimenti antitrust e la violazione del diritto di difesa*

Un ulteriore profilo di rilievo, oggetto anche di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato[37], concerne la necessità o meno di verificare se il superamento dei termini di durata della fase pre-istruttoria abbia comportato una violazione del diritto di difesa dell'impresa incolpata.

In altre parole, indipendentemente dal parametro temporale accolto - di novanta giorni, come ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, o "ragionevole", come ritenuto dalla giurisprudenza del T.A.R. Lazio ora avallata dalla Corte di giustizia - occorre verificare se l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio consegua alla sola violazione di detto termine ovvero se occorra anche accertare che tale superamento abbia comportato una violazione del diritto di difesa dell'impresa.

Tale interrogativo sorge dall'approccio che in più occasioni ha seguito la giurisprudenza comunitaria con riguardo ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea. I giudici europei hanno affermato che il superamento del termine ragionevole di durata del procedimento rappresenta un motivo di annullamento solo qualora risulti provato che l'eccessiva durata ha avuto un'incidenza effettiva sui diritti della difesa delle imprese interessate[38]. Ad esempio, una tale incidenza potrebbe eccezionalmente esservi stata quando il tempo trascorso tra l'una e l'altra fase fosse stato tale da rendere più difficile

[37] C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151, con cui, per quanto qui interessa, è stata posta alla Corte di giustizia la questione se «l'art. 101 TFUE e la Direttiva (UE) 2019/1 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che prevede l'annullamento quale conseguenza automatica della violazione del termine ragionevole per l'avvio del procedimento istruttorio, senza che debba essere accertata l'effettiva lesione del diritto di difesa; o, in subordine, se essi ostano ad una normativa nazionale che, in presenza della violazione del termine ragionevole per l'avvio del procedimento istruttorio, onera l'Autorità (e non le imprese) della prova ulteriore che la violazione del predetto termine abbia leso in concreto il diritto di difesa».

[38] C. Giust. UE, 21 settembre 2006, causa C-113/04, *Technische Unie c. Commissione*, punti 47 e 48; C. Giust. UE, 8 maggio 2014, causa C-414/12, *Bolloré c. Commissione*, punti 84 e 85; C. Giust. UE, 9 giugno 2016, causa C-616/13, *PROAS c. Commissione*, punti da 74 a 76; C. Giust. UE, 28 gennaio 2021, causa C-466/19.

la raccolta degli elementi di prova a difesa[39]. Peraltro, la Corte di giustizia ritiene che ricada sull'impresa l'onere di provare l'avvenuta lesione dei propri diritti di difesa.

Nel giudizio *Caronte* l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, ha richiamato tale giurisprudenza ritenendola applicabile anche ai procedimenti nazionali antitrust[40]. La Corte di giustizia non ha specificamente affrontato l'argomento ma vi ha fatto un cenno laddove ha affermato che: «i diritti della difesa delle imprese sottoposte a una procedura d'infrazione non possono, in ogni caso, risultare violati per il solo fatto dell'inosservanza del termine di cui trattasi» (punto 71).

Rimane, quindi, aperta la questione se tale approccio sostanzialistico adottato dalla Corte di giustizia debba applicarsi anche ai procedimenti nazionali.

A ben vedere, una tale impostazione contrasterebbe con quella seguita dal nostro ordinamento, di cui si è detto sopra, che prevede che il superamento del termine fissato per i procedimenti sanzionatori comporti la decadenza dell'amministrazione dal relativo potere, con conseguente invalidità del provvedimento tardivamente adottato.

Escludere la sanzione della invalidità del provvedimento sanzionatorio tardivo rappresenterebbe una dequotazione della regola procedimentale, la cui violazione rimarrebbe priva di conseguenze (o, almeno, della conseguenza rappresentata dall'illegittimità del provvedimento tardivo). È pur vero che il nostro ordinamento, mercè l'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990, prevede un fenomeno di dequotazione dei vizi procedimentali, ma ciò avviene solo nell'ambito di procedimenti vincolati.

Inoltre, deve osservarsi che nei procedimenti antitrust, il rispetto dei termini procedimentali non è solo posto a garanzia del diritto di difesa dell'impresa incolpata. Trattandosi di procedimenti sostanzialmente penali, è la stessa pendenza del procedimento che comporta di per sé, a prescindere dall'esito del medesimo, effetti pregiudizievoli per l'impresa che vi è sottoposta. Non a caso, infatti, in sede CEDU la

[39] Cfr. C. Giust. UE, 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Consiliul Concurenţei c. Whiteland Import Export SRL*; C. Giust. UE, 18 aprile 2024, causa C-605/21, *Heureka Group (Comparateurs de prix en ligne)*; Trib. UE, 9 novembre 2022, causa T-657/19, *Feralpi c. Commissione*.

[40] Conclusioni dell'avvocato generale Priit Pikamäe, presentate il 5 settembre 2024, causa C-510/23, punto 132.

garanzia del *ne bis in idem* è anzitutto configurata come tutela procedimentale, ossia come garanzia per il soggetto che già è stato sanzionato a non essere sottoposto ad un secondo procedimento sanzionatorio (e non solo ad una seconda sanzione) per i medesimi fatti[41].

Anche la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 151/2021, pronunciata in relazione ad una controversia sul termine per l'esercizio del potere sanzionatorio, nel rilevare l'insufficienza del solo termine quinquennale di prescrizione, ha affermato che: «la predefinizione legislativa di un limite temporale (…) il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coessenziale ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati», ossia con gli artt. 24 e 97 Cost.

6. (Segue) *Le conseguenze del superamento del termine e la possibile distinzione tra profili "conformativi" e sanzionatori del provvedimento*

Il dibattito giurisprudenziale sui termini dei procedimenti antitrust ha dischiuso un ulteriore profilo suscettibile di incidere in modo significativo sulla disciplina della tutela della concorrenza

La giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato negli ultimi tempi ha iniziato a prospettare, al momento solamente in alcuni *obiter dicta*[42], la possibilità che il superamento dei termini procedimentali comporti l'illegittimità non dell'intero provvedimento adottato dalla AGCM ma solamente della parte sanzionatoria di questo.

Limitandoci al procedimento antitrust (analoghe considerazioni possono essere condotte anche per i procedimenti aventi a oggetto pratiche commerciali scorrette), in presenza di un accertato illecito, l'Autorità anzitutto adotta una "diffida", ossia un ordine con cui impone

[41] Sulla garanzia del *ne bis in idem* nei procedimenti amministrativi sanzionatori sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 203 ss.

[42] C. Stato, 22 marzo 2024 n. 2791, sul noto caso "Diselgate" riguardante una pratica commerciale scorretta, con nota di B. DE SANTIS, *Una transazione chiude la vicenda Dieselgate: riflessioni sull'epilogo della più grande class action italiana*, in *Judicium*; C. Stato, 9 luglio 2024, n. 6057; C. Stato, 26 agosto 2024, n. 7243.

la cessazione dell'infrazione e dei suoi effetti e ne vieta la reiterazione in futuro e, in secondo luogo, commina una sanzione pecuniaria[43].

Prima della novella di cui al D.lgs. n. 185/2021, l'art. 15 della L. n. 287/1990 prevedeva, altresì, che la sanzione pecuniaria venisse comminata solo in presenza di infrazioni "gravi" e l'Autorità aveva in più occasioni applicato la sola diffida a comportamenti che non esibivano tutti gli elementi dell'illecito amministrativo, segnatamente sul piano dell'elemento soggettivo[44].

Sebbene tale previsione è oggi venuta meno, rimane la possibilità di comminare sanzioni di importo 'simbolico'[45].

Inoltre, sono molteplici gli istituti che valorizzano i profili "conformativi" del procedimento a scapito di quelli sanzionatori e possono citarsi al riguardo:

- i programmi di clemenza, nell'ambito dei quali l'Autorità può non applicare le sanzioni, ovvero può ridurne l'importo, nei confronti delle imprese che decidono di collaborare con l'Autorità nell'accertamento dei cartelli[46];

- l'istituto degli impegni, che consente la conclusione del procedimento senza l'accertamento dell'infrazione, ma con accettazione, da parte dell'Autorità, di impegni assunti dall'impresa «tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria»[47].

---

[43] Art. 15, L. n. 287/1990

[44] Sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *op. cit.*, 259 ss.

[45] Punto 33 delle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, co. 1, della l. n. 287/1990 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

[46] Artt. 15-*bis* – 15-*septies*, L. n. 287/1990. Su tale istituto cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm*., 2007, 265-291; C. LO SURDO, *Prime riflessioni sulle modifiche apportate all'istituto della leniency in sede di attuazione della Direttiva Ecn plus*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2022, 391 ss.

[47] Art. 14-*ter* L. n. 287/1990. Su tale istituto cfr., *ex multis*, G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), Padova, 2013, 123 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012. Istituti analoghi sono previsti nell'ambito dei procedimenti condotti da altre Autorità amministrative indipendenti: cfr. l'art. 14-*bis*

Se in generale si discute di quale sia il legame tra la funzione sanzionatoria e le altre funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni[48], nel procedimento antitrust (e, in generale, nell'ambito delle Autorità amministrative indipendenti) è particolarmente evidente come le esigenze punitive convivano con quelle di "cura" dei mercati che rivestono un ruolo centrale e logicamente prioritario[49]. Tale elemento è stato altresì valorizzato dal

del D.l. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006 per l'AGCOM; cfr. l'art. 45, comma 3, del D.lgs. n. 93/2011 per l'ARERA; l'art. 196-*ter* T.U.F. per la CONSOB.

[48] Cfr. S. VACCARI, *Appunti sul potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: tra procedimento e processo*, nel presente fascicolo di questa *Rivista*, che richiama il dibattito circa la compatibilità o meno tra la finalità punitivo-repressiva, propria delle sanzioni amministrative e la loro (contestuale) funzionalizzazione alla cura diretta di interessi pubblici. Per la prima tesi si veda, per tutti, F. G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 3 ss. che, con riferimento in generale alle sanzioni amministrative, ritiene che rappresentino di una determinazione regolata direttamente dalla legge sulla base di precisi criteri tecnici vincolanti, in relazione alla quale sussistono posizioni di diritto soggettivo. Nel senso della connessione tra funzione sanzionatoria e funzioni di amministrazione attiva, si veda M. CAPPAI, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023. Di coesistenza tra "logica amministrativa" e "logica sanzionatoria" parla anche M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie dopo la sentenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 ss.

[49] Con specifico riferimento ai procedimenti condotti dalle Autorità indipendenti e alla connessione che si verifica in tale ambito tra funzione sanzionatoria e cura concreta dell'interesse pubblico, cfr. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm*., 2015, 767 ss., che evidenzia come nel diritto dell'economia le sanzioni amministrative «sintetizzano e cumulano in modo complesso, e anomalo, finalità diverse sottese a un sistema che, dietro aspetti afflittivo-dissuasivi, nasconde sempre la cura concreta dell'interesse pubblico; sembra necessario perciò mettere a sistema le numerose indicazioni normative in questo senso e considerarle idonee a disegnare un modello almeno in parte diverso e peculiare di sanzione amministrativa»; 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*, in *Il diritto dell'economia*, 2013; Si veda anche R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 143 ss., secondo cui, 163, la funzione sanzionatoria «finisce così per essere non espressione di una mera potestà punitiva ma elemento e componente dell'intera attività (e funzione) di regolazione svolta dall'autorità e che si esplica attraverso l'imposizione di prescrizioni e divieti e eventualmente di diffide e poi anche attraverso l'esercizio della

legislatore che, con la novella normativa del 2021, ha ampliato i possibili contenuti della diffida[50].

Il provvedimento antitrust ha, quindi, natura composita e può ritenersi espressione di poteri che appartengono a "logiche" differenti.

Con la diffida l'Autorità mira a rimuovere gli effetti distorsivi alla concorrenza e a evitarne il ripetersi nel futuro con effetti "conformativi" del mercato, mentre nelle sanzioni pecuniarie emerge una finalità (anche ma non solo) punitiva[51].

Muovendo da tali premesse, appare condivisibile l'osservazione avanzata dalla giurisprudenza citata in ordine al contenuto composito del procedimento e del provvedimento[52]. Convivono in tale ambito diversi poteri, ciascuno assoggettato ad un diverso regime e le garanzie e le regole proprie dei procedimenti sanzionatori riguardano solamente il profilo sanzionatorio del procedimento e del provvedimento.

Ne discende la possibilità che il superamento dei termini procedimentali comporti la decadenza dell'amministrazione solamente dal potere sanzionatorio, non anche dai poteri "conformativi". Come si è sopra detto, difatti, i termini di conclusione del procedimento amministrativo rappresentano un parametro di validità solamente

---

potestà sanzionatoria in senso stretto»; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1997, 335, a sua volta citando C. TEITGEN-COLLY, *Sanctions administratives et autorités admini-stratives indépendantes*, in *Petites Affiches*, 1990, n. 8, 26 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 181 ss. e in particolare 191 ove si rileva criticamente che nella prassi della AGCM «la sanzione diventa lo strumento più efficace e significativo di politica della concorrenza, come dimostra l'esperienza di questi anni nei quali l'Autorità ha fatto ricorso ai propri poteri sanzionatori irrogando anche sanzioni pecuniarie assai pesanti al fine di assicurare un nuovo e diverso equilibrio concorrenziale in determinati mercati».

[50] Si fa riferimento alla novella che il D.lgs. n. 185/2021 ha apportato all'art. 15 della L. n. 287/1990 che al comma 1 oggi prevede che l'Autorità «fissa alle imprese e associazioni di imprese interessate il termine per l'eliminazione dell'infrazione stessa ovvero, se l'infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione. A tal fine l'Autorità può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa».

[51] Per approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *op. cit.*, 259 ss.

[52] *Contra*, M. DELSIGNORE, *Regolare sanzionando o sanzionare per regolare: è possibile un distinguo in concreto?,* nel presente fascicolo di questa *Rivista*, che esprime perplessità rispetto a tale giurisprudenza.

nell'ambito dei procedimenti sanzionatori mentre negli altri procedimenti amministrativi, salvo che non sia diversamente previsto, il superamento del termine non comporta l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato.

Tale linea interpretativa è suscettibile di produrre conseguenze di rilievo, soprattutto sul piano del *private enforcement*, dal momento che l'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità fa stato nei giudizi civili risarcitori[53]. Laddove si ritenga che il provvedimento antitrust, pur tardivamente adottato, rimanga valido per quanto attiene al profilo di accertamento dell'illecito e conformativo, si agevolerebbe significativamente la possibilità per i soggetti danneggiati dall'infrazione (di regola, i consumatori) di ottenere la tutela risarcitoria in sede civile.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza della Corte di giustizia orienta senz'altro l'interprete nazionale nella direzione di ritenere non applicabile il termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 L. n. 689/1981. Tuttavia, la sentenza non consente di dirimere in via definitiva varie questioni interpretative ancora controverse.

In primo luogo, la Corte sembra muovere da un presupposto non del tutto corretto, ossia che la fase pre-istruttoria condotta dall'AGCM si concluda con la contestazione degli addebiti. Come già osservato, tale contestazione interviene, invece, solo al termine della fase istruttoria, attraverso la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI). Ne consegue che il riferimento della Corte appare, almeno in parte, viziato da un'incomprensione del funzionamento concreto del procedimento nazionale.

[53] Ai sensi dell'art. 7, comma 1, D.lgs. n. 3/2017, «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». Su tale norma cfr., tra i molti contributi, F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss.

In secondo luogo, la decisione si fonda sull'interpretazione della normativa nazionale così come proposta nell'ordinanza di rinvio del T.A.R. Lazio, la quale, tuttavia, non risulta univoca. Ciò ha condotto la Corte a pronunciarsi in termini che non paiono esaurire l'ampiezza del dibattito interpretativo interno.

Merita attenzione, a tal proposito, il contenuto della sentenza *Caronte* laddove si afferma l'incompatibilità con il diritto unionale di un termine dalla fase pre-istruttoria di novanta giorni decorrente «dal momento in cui l'Autorità viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito»[54]. Come sopra ricordato, tuttavia, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato individui in modo flessibile il *dies a quo* del termine di durata della fase pre-istruttoria che, in genere, si ritiene non coincida con la prima segnalazione.

Altresì, la Corte di giustizia afferma l'incompatibilità con il diritto unionale di un termine di novanta giorni la cui inosservanza comporti «l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione» nonché «la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica»[55]. Anche a tal riguardo, si è visto come, in ordine al primo profilo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia prospettato la possibilità di un annullamento solo parziale del provvedimento.

In ordine al *ne bis in idem*, deve ritenersi che, una volta spirato il termine, l'Autorità potrebbe avviare un nuovo procedimento per condotte cronologicamente successive a quelle prese in considerazione in precedenza[56]. Tale osservazione induce a ridimensionare la preoccupazione espressa dalla Corte di giustizia secondo cui «l'impossibilità per l'AGCM di avviare una nuova procedura d'infrazione al fine di adottare siffatte sanzioni potrebbe, di fatto, indurre le imprese a mantenere pratiche anticoncorrenziali, compromettendo così gravemente l'effettiva attuazione, da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza, delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione»[57].

[54] Punto 82.
[55] Punto 82.
[56] Così anche F. CINTIOLI, *op. cit.*, 277-278.
[57] Punto 75.

In attesa di conoscere il riscontro che la Corte di giustizia darà alle due ordinanze del Consiglio di Stato che sollevano dei quesiti pregiudiziali in materia[58], possono trarsi delle (provvisorie) considerazioni conclusive, anche evidenziando alcuni profili ancora rimasti in ombra nel dibattito.

Una prima considerazione attiene alla perdurante insoddisfazione che suscitano le soluzioni sin qui elaborate.

Dal momento che i procedimenti antitrust possono assumere una particolare carica afflittiva per le imprese, avendo natura sostanzialmente penale secondo la giurisprudenza CEDU, ci si attenderebbe che le garanzie procedimentali legate alla durata del procedimento medesimo non siano rimesse a criteri vaghi destinati ad essere "concretizzati" solo *ex post*.

La soluzione patrocinata dalla giurisprudenza del T.A.R. Lazio, e ora confortata dalla pronuncia della Corte di giustizia, secondo cui alla fase pre-istruttoria non è applicabile il termine "rigido" di novanta giorni ma, comunque, la durata deve essere "ragionevole", non appare pienamente satisfattiva sotto il profilo della certezza del diritto.

D'altro canto, anche la soluzione offerta dall'orientamento dal Consiglio di Stato rischia di lasciare aperti margini di incertezza, in quanto, pur ancorando la durata di tale fase ad un termine fisso di novanta giorni, rimette a valutazioni da condursi "caso per caso" l'individuazione del *dies a quo* da cui computare tale termine. È evidente al riguardo l'esigenza, avvertita da tale giurisprudenza, di garantire all'Autorità di raggiungere, pur nell'ambito di accertamenti sommari, un certo grado di approfondimento al fine di poter circoscrivere adeguatamente, soggettivamente ed oggettivamente, la successiva istruttoria[59] e preparare le attività di indagine da svolgere "a

[58] C. Stato, 9 luglio, 2024, n. 6057 e C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151. Quando il presente articolo era in corso di pubblicazione, è intervenuta l'ordinanza del 18 dicembre 2025 (causa C-491/24) della Corte di giustizia, decima sezione, con cui, con motivazione analoga a quella già resa nel caso *Caronte*, è stata fornita risposta al quesito pregiudiziale sollevato dall'ordinanza n. 6057 cit.

[59] Cfr. F. CALIENTO, *La ragionevolezza del termine per avviare i procedimenti amministrativi: il caso dei procedimenti antitrust*, inedito, secondo cui «conoscere da subito il punto di vista delle imprese coinvolte potrebbe consentire all'AGCM di svolgere in maniera più mirata l'istruttoria; è altresì vero che una compressione della fase pre-istruttoria potrebbe portare ad avvii meno circostanziati, con un risultato complessivo neutro tra i vantaggi e gli svantaggi ottenibili. Soprattutto, avvii meno

sorpresa" in concomitanza con l'avvio dell'istruttoria medesima, segnatamente attraverso lo strumento delle ispezioni.

Tuttavia, la necessità di "chiarezza" in ordine alla durata massima della fase pre-istruttoria emerge vieppiù laddove dovesse essere definitivamente abbracciata dalla giurisprudenza la prospettiva relativa alla natura composita del procedimento e alla possibile invalidità parziale del provvedimento[60]. Un tale approdo renderebbe con maggiore evidenza necessario che gli attori coinvolti sappiano fin dal principio se il termine della fase pre-istruttoria sia stato superato e, quindi, se l'Autorità sia decaduta dalla potestà sanzionatoria. Una conseguenza così rilevante, discendente dalla violazione di una regola procedurale, non può essere lasciata all'interpretazione di formule elastiche da valutarsi sulla base delle circostanze proprie di ciascun caso e, quindi, necessariamente rimesse alla valutazione del giudice che interviene *ex post*. Il rischio consiste, da un lato, in un inutile dispendio di attività amministrativa (che si verificherebbe in caso di successivo annullamento parziale del provvedimento in sede giurisdizionale) e, dall'altro, in una compromissione delle garanzie di tutela per l'impresa che subirebbe in ogni caso l'afflittività derivante dalla pendenza a proprio carico di un procedimento sanzionatorio.

Ad oggi, difatti, nell'impossibilità di applicare il termine di 90 giorni di cui all'art. 14 L. n. 689/1981, non è stabilito *ex ante* e in via generale un termine "fisso" per la fase pre-istruttoria (e si applica solamente il termine "ragionevole") e, per quanto riguarda la fase istruttoria, viene di volta in volta, per ciascun singolo procedimento, stabilito un termine con un atto di autovincolo dell'Autorità. Né è stabilito un termine complessivo di durata del complessivo procedimento, comprendente sia la fase pre-istruttoria che quella istruttoria.

A tale ultimo proposito, deve porsi in evidenza un aspetto spesso rimasto in ombra nel dibattito, ossia quello relativo alla natura procedimentale anche di tale fase[61]. Sebbene detta fase venga

circostanziati potrebbero implicare un maggior numero di imprese coinvolte nella fase iniziale […]. Quindi, è ipotizzabile che un maggior numero di imprese subirebbe l'onere di accertamenti ispettivi. Tutto questo, oltre che per le imprese, costituirebbe un onere aggiuntivo per l'attività dell'amministrazione pubblica».

[60] Cfr. *supra* par. 6.

[61] Si veda sul punto L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e pre-istruttoria amministrativa*, in *Dir. amm*., 2002, 717, il quale evidenzia che «l'ascrizione della

comunemente indicata come momento meramente informale che precede l'avvio del procedimento, invero nel corso della medesima si svolge un'attività procedimentalizzata, di natura doverosa, diretta all'adozione del provvedimento di archiviazione ovvero all'atto di avvio dell'istruttoria. A conferma della natura procedimentale di tale fase, può osservarsi come l'archiviazione, quale possibile atto terminale della stessa, rappresenti un provvedimento, che si ritiene debba essere motivato e possa essere impugnato dai terzi che da esso si ritengano lesi[62].

Sebbene non possa ritenersi che la fase pre-istruttoria rappresenti un procedimento a sé stante (difatti tale fase può concludersi con l'atto di avvio dell'istruttoria, il quale ha natura endoprocedimentale), deve ritenersi che sia la cd. fase pre-istruttoria che la successiva fase istruttoria compongano il (complessivo) procedimento antitrust.

Dovrebbe quindi operare, con riguardo a tale complessivo procedimento, la previsione di cui all'art. 2, comma 5, della L. n. 241/1990, in base alla quale l'Autorità deve stabilire in via regolamentare i termini massimi di durata dei propri procedimenti.

Sarebbe, quindi, necessario un intervento regolamentare dell'Autorità (o un intervento del legislatore) che definisca il termine

pre-istruttoria alla funzione amministrativa ne mette in luce l'aspetto di doverosità, come è peraltro confermato anche dall'aspetto funzionale sopra ricordato. Se poi si considera che essa deve comunque essere improntata ai principi di economicità, efficacia, e pubblicità – secondo quanto disposto dall'art. 1, comma 1, della legge generale sul procedimento amministrativo, valido anche per l'attività interna – ne deriva che logicamente essa deve essere organizzata in forma di procedimento, proprio al fine di assicurarne lo svolgimento ordinato e adeguato alle proprie finalità. Naturalmente, è bene sottolineare che la scansione seriale in cui l'attività si articola può essere caratterizzata da una maggiore flessibilità rispetto ai procedimenti esterni, se non altro in ragione delle diverse fonti preposte a disciplinarne lo svolgimento (come detto, regolamenti interni, ma anche ordini di servizio, istruzioni, ordini individuali, ecc.), nonché del concreto modificarsi delle esigenze organizzative dell'ente pubblico»; cfr. anche M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanziona-torio delle Autorità Amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti*, M. Allena, S. Cimini (a cura di), in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), 2013, 125 ss.

[62] Cfr. C. Stato, sez. VI, 9 giungo 2008, n. 2761, sull'impugnabilità degli atti di archiviazione delle Autorità amministrative indipendenti e, più di recente, C. Stato, 1° ottobre 2024, n. 7869.

massimo di durata del complessivo procedimento (come previsto dall'art. 2, comma 5, cit.) e, auspicabilmente, anche delle varie fasi del medesimo. Ciò consentirebbe di contemperare, da un lato, l'esigenza di certezza in ordine alla durata dei procedimenti antitrust e, dall'altro, l'esigenza di assicurare all'Autorità un adeguato tempo per la definizione di procedimenti caratterizzati da elevata complessità[63].

Del resto, le pronunce della Corte di giustizia hanno ritenuto incongruo, in quanto eccessivamente breve, un termine di 90 giorni della fase pre-istruttoria, ma non è mai stata messa in discussione la possibilità per gli Stati membri di fissare termini di durata del procedimento e delle sue singole fasi, purché si tratti di termini coerenti con le esigenze di effettività del diritto unionale[64].

La complessità del procedimento, difatti, non può essere di per sé ostativa alla fissazione di termini "fissi" di durata e, del resto, anche per le indagini preliminari penali, che pure possono essere caratterizzate da elevati livelli di complessità, il legislatore stabilisce i termini di durata "ordinari", i meccanismi di proroga nonché i termini di durata massimi (cfr. artt. 405-407 c.p.p.). Benché non sia proponibile una piena assimilazione tra procedimento penale e procedimento amministrativo sanzionatorio, la comparazione evidenzia come la garanzia di un termine certo non sia incompatibile con la natura complessa delle indagini.

---

[63] Cfr. in tal senso F. CINTIOLI, *op. cit*., 272-273, il quale afferma che: «sarebbe utile l'intervento del legislatore, mediante la sostituzione del termine di 90 giorni con un termine più ampio, oppure si potrebbe anche concepire la facoltà dell'Autorità, nell'approssimarsi della scadenza del termine perentorio (che sia di 90 giorni od anche più lungo), di adottare un atto amministrativo di proroga con una motivazione specifica su quali siano i bisogni istruttori od organizzativi che la rendano indispensabile. Tale proroga dovrebbe restare segreta in considerazione delle esigenze di questa fase del procedimento, per poi diventare visibile alle parti una volta che giungesse l'atto di avvio, consentendo a quel punto alle parti anche di far valere eventuali illegittimità circa la fondatezza e congruenza di tale motivazione in una con l'impugnazione del provvedimento finale come».

[64] Si veda da ultimo Corte di giustizia, ordinanza del 18 dicembre 2025 cit.: "gli Stati membri possono prevedere non solo norme generali in materia di prescrizione applicabili alla procedura d'infrazione nel suo complesso ma anche, se del caso, termini che disciplinino lo svolgimento di taluni stadi di tale procedura, quali quello della fase preliminare alla comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, purché i termini in questione siano conformi ai precetti di cui ai punti da 62 a 65 della presente ordinanza (sentenza Caronte & Tourist, punto 51)" (punto 66).

In definitiva, la mancata predeterminazione normativa di un termine della fase pre-istruttoria ha alimentato incertezze difficili da colmare in sede interpretativa. Tale lacuna espone a un rischio duplice: da un lato, la compromissione dell'effettività dell'*enforcement* (sia pubblicistico che privatistico, considerati gli effetti che possono derivare dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento) e, dall'altro, la compressione delle garanzie difensive delle imprese sottoposte al procedimento. Una disciplina chiara del fattore temporale consentirebbe di evitare che la flessibilità si traduca in incertezza, permettendo di individuare un punto di equilibrio più soddisfacente nella dialettica tra autorità e libertà che caratterizza tali procedimenti. Si deve tenere presente, peraltro, che l'esigenza di certezza temporale si colloca non solo a presidio dei diritti di difesa, ma anche quale corollario del principio di buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

I poteri di regolazione in una crescente fluidità di sistema

SOMMARIO: 1. I poteri di regolazione: le classificazioni delle AAI per funzione-tipo possono dirsi ancora attuali? 2. L'incertezza delle categorie giuridiche e, conseguentemente, del sistema delle fonti del diritto. 3. Tre casi paradigmatici: uno sguardo di insieme sulle relazioni della sessione presieduta.

1. *I poteri di regolazione: le classificazioni delle AAI per funzione-tipo possono dirsi ancora attuali?*

Nel corso del tempo una pluralità di fenomeni eterogenei è stata ricondotta a una matrice unitaria, sintetizzabile con l'espressione "poteri di regolazione".

Con tale formula – che assume un'accezione forse troppo ampia, utile più in senso descrittivo che giuridico – si allude, convenzionalmente, a tutti quei poteri attraverso i quali le Autorità Amministrative Indipendenti conformano, a diverso titolo e con tecniche differenziate, l'attività dei privati. In sostanza, è sufficiente la compresenza di un elemento oggettivo (la conformazione dei comportamenti) e uno soggettivo (il potere è esercitato da un'AI).

Una definizione così ampia, naturalmente, mette insieme fenomeni che, da un punto di vista giuridico, sono tra loro estremamente eterogenei. Alcuni poteri di "regolazione" sono, infatti, "normativi", in quanto, nei casi previsti dalla legge, producono diritto, purtroppo con garanzie di forma e procedimento sempre più inconsistenti. Altri, invece, hanno valore provvedimentale, concretandosi in poteri di "vigilanza", parimenti assoggettati al principio di legalità.

Gli steccati concettuali, tuttavia, non sempre risultano, nella realtà pratica, così nitidi.

Basti pensare che alcuni provvedimenti presentano un contenuto complesso. E questo avviene tanto per gli atti normativi (penso, ad esempio, alla "Circolare" Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, in cui, a dispetto del *nomen iuris*, confluiscono "disposizioni di vigilanza" con varia forza giuridica), quanto per gli atti di vigilanza (es. provvedimenti antitrust, in cui l'accertamento dell'infrazione e la diffida, talvolta corredata dell'ordine di riduzione in pristino delle

condizioni concorrenziali del mercato, si fondono con la leva sanzionatoria).

In alcuni contesti ordinamentali, poi, l'attività di normazione scivola insidiosamente (e indebitamente) verso la fase "applicativa" propria della vigilanza, dando vita a torsioni non ancora adeguatamente sistematizzate da dottrina e giurisprudenza. Mi riferisco, in particolare, al potere della BCE, in materia di "vigilanza prudenziale", e della neo-istituita AMLA, in materia di anti-riciclaggio, di applicare il diritto nazionale sui soggetti sottoposti a vigilanza diretta. Potere che reca con sé il rischio di interpretazioni euro-unitariamente orientate che, per quanto, magari, formalmente corrette, potrebbero avere l'effetto, a mio avviso inaccettabile, di sovrascrivere in sede applicativa il diritto nazionale, anche in difetto di fonti unionali direttamente applicabili.

Da ultimo, anche la tradizionale distinzione tra Autorità "di regolazione" (dotate, per l'appunto, di poteri di normazione, come ad es. ARERA; AGCom; ART; ecc.) e Autorità "di aggiudicazione" (tendenzialmente coincidenti con le Autorità "di garanzia", come ad es. l'AGCM e il Garante privacy, anche se le due diciture non sono perfettamente coincidenti) scolora.

Invero, è opinione non isolata che pure le Autorità che venivano solitamente ricondotte al secondo modello esercitano poteri tradizionalmente riferibili alle sole Autorità "di regolazione", come i poteri di normazione e di imposizione di misure di regolazione asimmetrica.

Per il primo profilo mi riferisco, in particolare, alle Linee guida del Garante privacy. Nonostante il *nomen*, tipico degli atti di *soft law*, alcuni interpreti riconoscono, almeno in alcune di queste, il carattere della cogenza proprio dell'atto normativo. Con percorsi argomentativi non dissimili da quelli – personalmente non condivisi – che nel 2016 avevano indotto il Consiglio di Stato, in sede consultiva, a riconoscere il carattere vincolante di alcune delle Linee guida elaborate dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, co. 2 d. lgs. n. 50/2016, nella sua formulazione originaria. Peraltro, giungendo alla conclusione – che denota una certa confusione concettuale – che trattavasi di "atti amministrativi generali di regolazione".

Per quanto concerne il secondo profilo mi riferisco, invece, ai nuovi poteri di *market investigation* conferiti all'AGCM, che sono stati descritti come un *New Competition Tool*.

Prima di lasciare la parola ai nostri relatori, mi preme ricordare come il tema della natura degli atti delle AAI non sia solo teorico, dal momento che a ciascuna tipologia di atti si ricollega uno specifico regime giuridico.

Lo dimostra il dibattito sulle misure di repressione, soggette, quando rispondono ai c.d. *Engel criteria*, ai principi e alle regole di garanzia delle sanzioni penali. Non meno rilevante è la questione dell'ascrivibilità o meno di un atto alla categoria delle fonti di produzione.

2. *L'incertezza delle categorie giuridiche e, conseguentemente, del sistema delle fonti del diritto*

Il tema della natura giuridica degli atti (così genericamente definiti) di regolazione si inserisce, dunque, in quello, assai più ampio, dell'incertezza delle categorie giuridiche e, nell'ambito di questo, dell'incertezza nel sistema delle fonti, che sempre più gravemente mina il fondamentale principio di certezza del diritto, tanto più importante quando, come nella nostra materia, si ha a che fare con un potere pubblico che condiziona l'esercizio delle libertà personali ed economiche.

Oggi più che mai, per i forti condizionamenti che su tale materia esplica una realtà in continuo e vorticoso divenire, le poche -e comunque "brevi"- leggi generali sull'azione e sull'organizzazione, così come i testi unici e i codici di settore, sono oggetto di continue modifiche e, nonostante le migliori intenzioni e rassicurazioni di stile inserite a chiusura dei relativi articolati, devono fare i conti con le deroghe esplicitamente contenute -o, non di rado, interpretativamente rinvenute- nelle numerose disposizioni particolari che, in modo alluvionale e tendenzialmente poco chiaro, si susseguono all'interno di ulteriori normative di settore o nei vari testi legislativi *omnibus*, spesso approvati con mozioni di fiducia.

Il diritto amministrativo risente peraltro, più delle altre branche del diritto, della complessità del sistema multilivello, non soltanto perché, diversamente dal diritto civile e penale, è per gran parte disciplinato anche da leggi e regolamenti regionali e delle Province ad autonomia speciale, e da atti normativi degli enti locali e degli altri enti pubblici, ma anche perché, per il suo oggetto, è maggiormente condizionato dal

diritto costituzionale e, soprattutto per le materie di rilevanza economica, in forza dell'art. 117, comma 1 Cost., dai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (e, per l'effetto, dalle sentenze della Corte di Giustizia e della Corte EDU).

In questo contesto si inseriscono con sempre maggiore frequenza varie tipologie di atti amministrativi diretti a regolare -con carattere preventivo e generale e con effetti che vengono considerati vincolanti, per i privati e, assimilati ad auto-vincoli o linee direttive o di indirizzo, per le pubbliche amministrazioni- situazioni rilevanti per ordinamenti particolari o per predefinite tipologie di destinatari, al verificarsi di specifiche fattispecie: si tratta degli atti -alcuni dei quali venivano e, da vari autori, vengono tuttora qualificati anche come "norme interne"- attualmente, come detto, più atecnicamente ascritti alla generica e amplissima categoria degli atti -generali- con funzioni di "regolazione" (nella quale si fanno convergere le direttive; gli atti contenenti istruzioni, come alcune circolari, avvisi, indirizzi e simili; le Carte dei servizi pubblici, le c.d. "fonti deboli", gli atti di pianificazione e di programmazione e tra questi, da ultimo, il PNRR; ecc.).

Nonostante qualche iniziale tentennamento (che ha per vero seriamente preoccupato molti di noi, come dimostrano i numerosi scritti critici sullo spazio dato alle Linee Guida dell'ANAC dal codice contrattuale del 2016, significativamente ridimensionato dal d.lgs. 36/23), dovrebbe essere ormai chiaro che almeno queste due ultime tipologie di atti (atti di regolazione flessibile o *soft law* e atti di pianificazione e programmazione) non possono essere riconosciute come "fonti". Al contempo, è innegabile che essi hanno creato e tuttora creano importanti condizionamenti, se non altro ai fini della valutazione della ragionevolezza dell'azione amministrativa e della responsabilità dei soggetti che la esercitano o che vi si rapportano.

La distinzione tra atti normativi e non è, però, fondamentale, perché la qualificazione di un atto formalmente amministrativo come fonte giuridica implica quale corollario l'applicazione di una serie di regole, tra cui quelle di *iura novit curia*, *ignorantia legis non excusat*, necessità della pubblicazione nei modi ufficiali previsti dall'ordinamento giuridico, applicazione dell'art. 12 delle preleggi in materia di interpretazione, censurabilità della relativa violazione o falsa applicazione da parte dei giudici civili e penali dinanzi alla Corte di cassazione.

Da cui la rinnovata e sempre più forte presa di coscienza, tanto in ambito giurisprudenziale quanto in ambito scientifico e accademico, delle problematiche connesse alla confusione delle e nelle fonti e, di conseguenza, dell'importanza del loro studio e del loro costante approfondimento. Cito, per tutti, il Convegno di studi organizzato lo scorso novembre dalla Corte dei conti sul tema "*Giustizia al Servizio del Paese. Il principio di legalità*", nel quale, cogliendo l'occasione di riflessione fornita dalla nota sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale in tema di responsabilità erariale, si sono confrontati, sotto le presidenze dei vertici delle magistrature supreme, autorevoli esponenti della Corte costituzionale, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato, della stessa Corte dei conti, oltre che della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte dei diritti dell'uomo, dialogando con qualificati esponenti dell'accademia e del mondo delle istituzioni, tra cui il Ministro della Giustizia, il Vice Presidente del CSM e l'Avvocato Generale dello Stato.

Da qui l'estremo interesse dell'incontro organizzato da Ugo Malvagna, della meravigliosa Università che oggi ci ospita, insieme con – in ordine di *panel* – Antonio Davola, Stefano Vaccari e Marco Cappai, nel cui ambito ho l'onore di presiedere la sessione intitolata "Indagini di mercato e poteri conformativi". Passo quindi subito a due parole introduttive delle relazioni che ci accingiamo ad ascoltare.

3. *Tre casi paradigmatici: uno sguardo di insieme sulle relazioni della sessione presieduta*

Nella relazione dal titolo "*Il rafforzamento delle indagini conoscitive condotte dall'AGCM*", la dr.ssa Elisabetta Maria Lanza affronta il tema del potenziamento del potere di condurre "indagini conoscitive" che il D.L. 104/2023 (c.d. Decreto Asset) ha conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Fin dalla sua istituzione, l'AGCM è titolare del potere di condurre un'attività conoscitiva di carattere generale in quei settori economici in cui l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata. Come il nome del potere sta a indicare, l'indagine conoscitiva non poteva essere la sede per correggere le criticità concorrenziali eventualmente riscontrate. A oggi, l'Autorità ha

concluso 54 indagini conoscitive in vari settori (quali, in particolare, energia e gas, trasporti, telecomunicazioni e digitale, banche e finanza, agroalimentare, carburanti e sanità).

Analoghi poteri conoscitivi sono esercitati anche dalla Commissione europea e da molte altre Autorità Nazionali di Concorrenza (ANC). Solo in pochi ordinamenti nazionali, tuttavia, l'Autorità vanta il potere di adottare, a chiusura dell'indagine, raccomandazioni o misure vincolanti per le imprese. Primeggia, anche per la consistenza degli interventi correttivi, l'esperienza britannica, nel tempo raggiunta da Grecia e Islanda.

Nell'ottica di un rafforzamento dei poteri conoscitivi a livello euro-unitario, nel 2020 anche la Commissione europea aveva avviato l'iniziativa "*Single Market - New Complementary Tool to Strenghen Competition Enforcement*", considerando l'adozione di uno specifico regolamento per introdurre un sistema di indagini di mercato di competenza della Commissione europea "*à l'anglaise*" ("*New Competition Tool*" o NCT).

A fronte dell'accantonamento dell'iniziativa, diverse giurisdizioni nazionali, tra cui la Germania e l'Italia, hanno dato o stanno dando autonomamente seguito all'impulso di adottare un NCT nazionale. In questo quadro si inserisce la novità introdotta nel 2023 dal Decreto Asset, che ha abilitato l'AGCM a imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza, laddove riscontri, in esito a un'approfondita analisi di mercato, "*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*".

Ciò ha posto alcuni delicate questioni.

Soprassedendo sulla fragilità della base giuridica, viene in primo luogo in rilievo il problema della qualificazione della funzione sottostante al novellato potere conoscitivo. Da un lato, occorre escludere che si tratti di uno strumento repressivo (facendo difetto un potere di accertamento di infrazioni, cui tipicamente corrisponde anche un potere sanzionatorio); dall'altro lato, appare difficile escludere che l'applicazione delle misure in parola implichi una funzione di carattere regolatorio, ancorché sempre orientata a garantire le condizioni di concorrenza nel settore interessato, considerato il carattere *ex ante* dell'intervento e l'impatto pressoché generale rispetto agli operatori

economici coinvolti. In tale prospettiva, si pone il tema del coordinamento fra il NCT italiano e i poteri di regolazione che le normative speciali attribuiscono alle Autorità Nazionali di Regolazione (ANR), tra le quali rientra – vedremo – anche l'ARERA.

Un ulteriore profilo dibattuto è quello del carattere complementare o sussidiario del nuovo potere rispetto alle altre funzioni esercitate dall'AGCM. In particolare, non è del tutto chiaro se il (rinnovato) potere conoscitivo debba ritenersi complementare o sussidiario a tutti i tradizionali poteri di accertamento e sanzione e di *advocacy* di cui è titolare l'Autorità.

Nella sua relazione dal titolo "*Il ruolo di ARERA tra funzione di regolazione e funzione di* enforcement", il dr. Cristiano Artizzu ci illustra la posizione dell'ARERA nel quadro regolatorio e i rapporti e le interferenze di tale soggetto con le Autorità "trasversali", *in primis* l'AGCM.

Ai sensi della legge istitutiva n. 481/95 e del d. lgs. n. 93/11, ARERA è titolare del potere di regolare i settori dell'energia elettrica e del gas naturale, bilanciando interessi tra di loro confliggenti. Tale potere si declina nella conformazione dell'attività dei privati proprio al fine, da un lato, di realizzare un mercato concorrenziale e, dall'altro, di promuovere la tutela dei clienti finali, la qualità del servizio e l'efficienza degli operatori. Nel suddetto contesto, l'Autorità è chiamata a dettare regole generali di comportamento -adottando Delibere riconducibili a pieno titolo alla fonte regolamentare- nonché a vigilare sull'osservanza di tali norme e reprimere le violazioni accertate, irrogando sanzioni e adottando gli opportuni ordini di cessazione delle condotte illegittime. ARERA è anche dotata del potere di effettuare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché di adottare e imporre, in esito a dette indagini, i provvedimenti correttivi (necessari e proporzionati) per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati. In funzione della promozione della concorrenza, l'Autorità può in particolare adottare misure temporanee di regolazione asimmetrica.

La panoramica che precede rende subito evidente che ARERA è chiamata anche a "collaborare" con altre Autorità, prima fra tutte l'AGCM. Si pensi, a tal proposito, al tema delle pratiche commerciali scorrette e alle previsioni del Protocollo di intesa appositamente siglato in materia tra le due Autorità nel 2014, in attuazione della disposizione

del Codice del consumo che prevede il rilascio di un parere (secondo la giurisprudenza amministrativa obbligatorio ma non vincolante) da ARERA ad AGCM (art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo); parere richiesto anche nel caso in cui l'impresa sottoposta al procedimento sanzionatorio avviato dall'AGCM proponga impegni, con tutte le implicazioni che ciò comporta (non potendo essere trascurato il fatto che l'approvazione di un impegno ben potrebbe offrire l'occasione per la positivizzazione di una misura regolatoria sostanzialmente "asimmetrica" da parte di un'Autorità -l'AGCM- che, però, ha funzioni trasversali e non è qualificata dall'ordinamento, europeo e nazionale, come ANR).

L'acquisizione di un parere di ARERA non è invece prescritta *ex lege* per i procedimenti condotti dall'AGCM in materia di tutela della concorrenza. L'unica previsione espressa sul punto si rinviene, paradossalmente, all'interno di un atto di regolazione flessibile, ossia la Comunicazione adottata a maggio 2024 dall'AGCM al fine di rendere conoscibile all'esterno la scansione procedimentale che essa intende imprimere alle indagini di mercato condotte ai sensi del potere di *market investigation* recentemente introdotto dal c.d. Decreto Asset.

Prendendo spunto dall'esperienza di queste due Autorità -e dalle crescenti tensioni istituzionali che sembrano stagliarsi all'orizzonte- nella sua relazione dal titolo "*Dalla legalità procedurale alla legalità cooperativa*" il dr. Marco Cappai dà conto di alcuni orientamenti giurisprudenziali che, operando sullo sfondo, potrebbero consegnare all'interprete ulteriori chiavi di lettura per decodificare (e, auspicabilmente, razionalizzare) i rapporti inter-amministrativi.

Punto di partenza dell'analisi è la constatazione che il passaggio dalla legalità "sostanziale" alla legalità "procedurale", con i suoi pregi e difetti, è acquisito nella letteratura scientifica e trova ampio riscontro, oramai, nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Tuttavia, anche questa mimesi sembra non essere, da sola, più sufficiente a tenere il passo con il mondo che ci circonda. La necessità di governare fenomeni trasversali e complessi ha spinto il legislatore europeo, forse con eccesso di zelo, alla moltiplicazione dei livelli normativi e dei centri decisionali. Ne deriva una crescente esigenza di confronto tra le varie Autorità indipendenti e Agenzie, non avvertita nei medesimi termini in passato. Infatti, salvo quando ciò fosse espressamente previsto dal legislatore, l'instaurazione di un momento di confronto con altri centri

di potere era stata sostanzialmente trattata, fino a poco tempo fa, come questione di opportunità rimessa alle spontanee iniziative dell'Autorità procedente. In alcune recenti pronunce, tuttavia, il Giudice europeo e il Giudice amministrativo nazionale sembrano richiedere qualcosa di più, scrutinando la legittimità del provvedimento esaminato anche alla luce dei passaggi dialogici tenuti (o non tenuti) dalle Autorità coinvolte, e anche a prescindere dall'esistenza di congegni normativi che lo prevedano espressamente. Ciò sta facendo emergere un nuovo paradigma di legalità, che non sostituisce i precedenti, ma vi si aggiunge, e che, traendo spunto dall'art. 4, § 3 TUE, potrebbe definirsi come legalità "cooperativa". Le implicazioni di questo nuovo canone sono tanto inesplorate quanto, potenzialmente, dirompenti, e dunque meritano un tentativo di sistemazione.

MARCO CAPPAI

Dalla legalità procedurale alla legalità cooperativa

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Delimitazione del tema. – 2. L'epifania della "legalità cooperativa": un'apparizione piena e una a metà. – 3. La legalità cooperativa come principio di natura (logicamente) generale. – 4. Il potenziale campo applicativo della legalità cooperativa. – 5. La legalità cooperativa come concetto atipico non riconducibile alla funzione consultiva. – 6. Ricadute giuridiche dell'estraneità della legalità cooperativa alla funzione consultiva. – Conclusioni.

Introduzione

Secondo una nota impostazione, l'attività delle Autorità amministrative indipendenti è segnata da una sorta di dequotazione (o meglio, mimesi) della legalità "sostanziale" a beneficio di un modello di legalità c.d. "procedurale"[1]. Secondo questa influente posizione dottrinale, se è vero che uno dei principali fattori alla base dell'erompere del modello è proprio la crisi della legge, intesa come incapacità della fonte primaria (e della fonte secondaria governativa) di normare tempestivamente aspetti tecnici involgenti interessi sensibili[2], con conseguente caduta del principio di legalità sostanziale, è altrettanto vero che le leggi speciali che disciplinano l'azione di questi soggetti prevedono meccanismi partecipativi più avanzati rispetto alla legge generale sul procedimento amministrativo[3]. Il che consentirebbe anche di recuperare, almeno in parte, il *deficit* di legittimazione democratica che connota l'agire delle *Authorities*, funzionalmente e

[1] Cfr. L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), tomo I, Torino, 2010, 361 ss. Più di recente, G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 749 ss.

[2] In controtendenza con tale visione, la crisi di statualità che tracima in incapacità di legiferazione dei Parlamenti viene ricondotta a cause essenzialmente politiche da M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, 2-3.

[3] Per esempio, diversamente da quanto avviene per le Autorità indipendenti, gli artt. 3, comma 2 e 13, comma 1 L. n. 241/1990 escludono il dovere di motivazione e il diritto di partecipazione per gli atti normativi e quelli a contenuto generale.

finanziariamente indipendenti, con intensità gradata a seconda del modello, dall'Esecutivo[4].

Prendendo spunto da alcune tendenze evolutive in atto, il saggio intende verificare se si stia assistendo alla genesi di un terzo paradigma di legalità, che non sostituisce i precedenti, ma vi si affianca, e che, traendo spunto dall'art. 4(3) TUE[5] (e, *mutatis mutandis*, dall'art. 120, comma 3 Cost.[6]), potrebbe definirsi legalità "cooperativa" (o, se si vuole, "collaborativa").

Occorre subito chiarire che si tratta di un'espressione ai limiti del provocatorio, discorrendosi – si vedrà – di un concetto di matrice giurisprudenziale, tratto in via ermeneutica da un principio generale ed emerso per la prima volta in un'area non battuta dalla legalità, ossia i rapporti tra il diritto antitrust e la tutela della privacy[7]. Anche in riferimento al diritto costituzionale nazionale – in cui la tendenza a instradare il principio in binari normativi è maggiore – si è osservato che «la leale collaborazione viene sovente invocata per fornire una base di legittimazione a pretese o poteri altrimenti privi di un esplicito fondamento normativo»[8]. Come chiarito dalla Corte costituzionale, la leale collaborazione introduce dei momenti di elasticità nell'ordinamento, mostrando «capacità adattive, improntate alla valorizzazione delle circostanze peculiari di ogni fattispecie»[9].

Ci si muove, dunque, in un contesto di legalità "costituzionale", il cui principale referente è, ai fini della presente indagine, l'art. 4(3)

[4] *Ex post*, poi, tale carenza verrebbe colmata con il sindacato giurisdizionale sugli atti delle AAI. In argomento, M. TRIMARCHI, *Note sull'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione*, in *P.A.*, 2024, 51 ss.

[5] «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

[6] «… La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

[7] *Infra* § 2.

[8] Q. CAMERLENGO, voce «*Leale collaborazione*», in *Digesto disc. pubbl.*, Agg. VI, Torino, 2015, 241 ss. L'A. qualifica la leale collaborazione come «principio supremo del sistema costituzionale», appartenente «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

[9] Sentt. 12 aprile 2012, nn. 87 e 88.

TUE, come interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *Meta Platforms*[10].

Nello specifico, il fenomeno oggetto di analisi consiste in un rinnovato modo di intendere la leale cooperazione tra pubbliche Amministrazioni. Tradizionalmente, la decisione di instaurare un momento di confronto con altri centri di potere, quando ciò non sia espressamente prescritto dalla legge, è stata rimessa alle spontanee iniziative dell'Autorità procedente. In alcune recenti pronunce, tuttavia, il Giudice europeo e, di riflesso, quello nazionale sembrano richiedere qualcosa in più, mostrando una crescente propensione a scrutinare la legittimità del provvedimento controverso anche alla luce dei passaggi dialogici tenuti (o non tenuti) dalle Autorità coinvolte. Tanto – si ribadisce – a prescindere dall'esistenza di congegni normativi che prevedano espressamente momenti di confronto.

1. *Delimitazione del tema*

L'eterea consistenza del canone di legalità "cooperativa" che ci si accinge a illustrare impone un preliminare sforzo di delimitazione del campo di indagine.

In particolare, l'analisi che segue copre tutte quelle ipotesi in cui ricorrono, cumulativamente, tre condizioni:

i) si registra una sovrapposizione normativa intersettoriale, nel senso che la medesima vicenda può essere sussunta in diverse norme di legge, affidate all'*enforcement* di amministrazioni non riconducibili al medesimo sistema di vigilanza;

ii) le Autorità amministrative di più ambiti ordinamentali possono ritenersi, per i profili di competenza, titolate a intervenire e manca un criterio di risoluzione del concorso tra le norme sostanziali in concorso;

iii) il legislatore non prevede (o non disciplina compiutamente) meccanismi di coordinamento inter-amministrativo: talvolta nulla dice sul punto; talaltra si limita a evocare genericamente il principio di leale collaborazione; altre volte ancora crea delle apposite sedi istituzionali di confronto ("comitati", "gruppi", e via discorrendo), senza però regolarne l'operatività.

[10] *Infra* § 2.

Discende dalla prima condizione che non sono parte del discorso tutte quelle ipotesi in cui la legge stabilisce meccanismi di integrazione e raccordo tra amministrazioni, europee e/o nazionali, che sono parte del medesimo sistema di vigilanza. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, ai mondi della privacy, della vigilanza prudenziale sulle banche, della tutela della concorrenza, della protezione dei consumatori, del contrasto degli abusi di mercato[11]. In questi casi, infatti, vi è piena comunione di intenti e identità di missione tra le Amministrazioni coinvolte, e sarebbe riduttivo, per non dire *fictio iuris*, ricondurre il coordinamento inter-amministrativo a una sola questione di leale collaborazione. In questi peculiari contesti, a ben vedere, sussiste un dovere di stabile e duraturo coordinamento che trova fonte nel diritto dell'individuo a ricevere una buona amministrazione (art. 41 CDFUE) e, in materia sanzionatoria, a non essere sottoposto due volte a un'accusa per lo stesso fatto (art. 50 CDFUE)[12].

In ordine alla seconda condizione, va precisato che esulano dal campo di indagine tutti quei casi in cui il legislatore stabilisce una previa ripartizione o concentrazione di competenze amministrative. Per un esempio di netta ripartizione delle competenze, si pensi all'autorizzazione dell'acquisizione di partecipazioni qualificate bancarie, spettante alla BCE, su proposta della Banca d'Italia, per i profili di stabilità finanziaria[13], nonché, per i risvolti concorrenziali, all'AGCM, in caso di dimensione nazionale dell'operazione[14]. Per un caso di concentrazione delle competenze, può portarsi l'esempio del Cyber Resilience Act[15]. Esso non si limita a chiarire in che modo i requisiti relativi all'accuratezza e robustezza di un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, sanciti dall'AI Act[16], devono essere declinati quando vengono in gioco «prodotti con elementi

[11] Per una recente panoramica, anche su materie non affidate ad Autorità indipendenti, si veda E. CHEVALIER, M. ELIANTONIO, R. TAVARES LANCEIRO (a cura di), *Administrative Cooperation in the European Space*, Bruxelles, 2025.

[12] Per questa lettura, M. CAPPAI, *Dal* ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023.

[13] Artt. 4(1)(c) e 15 Regolamento UE n. 2013/1024 (MVU) e 19 d. lgs. n. 385/1993 (TUB).

[14] Artt. 16, comma 1 e 20, comma 3 L. n. 287/1990.

[15] Regolamento UE n. 2024/2847.

[16] Art. 15 Regolamento UE n. 2024/1689.

digitali» ricadenti nel suo campo di applicazione, ma compie un'operazione più radicale, delegando le valutazioni in questione ai medesimi organismi privati[17]. Parimenti, la questione della legalità cooperativa non si pone in presenza di previsioni di legge che, pur senza delimitare nettamente le competenze, si fanno comunque carico di regolare il concorso tra le norme sostanziali di riferimento. Può al riguardo richiamarsi la saga sull'*actio finium regundorum* tra Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (AGCM) e le Autorità di settore in materia di tutela del consumatore[18]. Gli affannosi tentativi di razionalizzazione del sistema, dai risultati ancora oggi non pienamente appaganti[19], non possono esser qui assunti a esperienza modello. Infatti,

[17] In particolare, l'art. 12(2) chiarisce che la sede per compiere simili verifiche è «la procedura di valutazione della conformità prevista dall'articolo 43 del regolamento [IA]» e, «ai fini di tale valutazione, gli organismi notificati che sono competenti a controllare la conformità dei sistemi di IA ad alto rischio a norma del regolamento [IA] sono anche competenti a controllare la conformità dei sistemi di IA ad alto rischio che rientrano nell'ambito di applicazione del […] regolamen*to* [sulla ciberresilienza]».

[18] Per una cronistoria del dibattito fino alle sentenze dell'Adunanza plenaria del C. Stato nn. 3 e 4 del 9 febbraio 2016 si vedano, tra gli altri, B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 89 ss. e M. CAPPAI, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 879 ss. Successivamente, cfr. Corte di giustizia, Sez. II, 13 settembre 2018, *AGCM c. Vodafone e Wind-Tre*, C-54/17 e C-55/17.

[19] Dopo la sentenza della Corte di giustizia nei citati casi C-54/17 e C-55/17 si è consolidato il criterio di c.d. incompatibilità, in forza del quale l'art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo, introdotto dal d. lgs. n. 21/2014, deve essere interpretato nel senso che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell'AGCM, fatta salva la competenza dell'Autorità di settore nei casi in cui la disciplina di settore regoli «aspetti specifici» delle pratiche che rendono le due discipline tra loro radicalmente incompatibili (C. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699). In senso parzialmente difforme, cfr. però, ad es., C. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 525, ove si legge che «la condotta del professionista non p[uò] essere sanzionata nella misura in cui risulti conforme alla regolazione di settore dovendo AGCM concentrare il proprio sindacato sulle sole modalità con le quali il professionista esercita in concreto la propria attività in spazi lasciati alla libertà d'impresa, pena la violazione del[l']art. 4 del Protocollo d'Intesa [AGCM-ARERA del 23 ottobre 2014, a mente del quale "il rispetto della regolazione da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale"]».

la *querelle* giurisprudenziale traeva in quel caso origine dall'interpretazione di una norma *ad hoc*: il principio di specialità sancito dalla Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette[20]. Diversamente da tutti gli esempi sopra riportati, nei contesti qui oggetto di esame non si rinvengono norme di raccordo (delle competenze e/o delle norme di diritto sostanziale), ma si assiste al trionfo della formula lassista del «*without prejudice to*» («… [Il/La] presente [regolamento/direttiva] non pregiudica l'applicazione di …»). Dal che la naturale compresenza di una pluralità di centri di potere chiamati ad applicare, in modo scollato e non coordinato, plessi normativi caratterizzati da significative intersezioni.

Infine, venendo alla terza e ultima condizione, va da sé che, ai fini della presente analisi, non formano oggetto di considerazione i casi in cui il legislatore si premura di disciplinare, sia pure in modo embrionale, forme di coordinamento inter-amministrativo. Può farsi l'esempio degli artt. 77(1)[21] e (3)[22] e 79(2)[23] dell'AI Act, che prevedono meccanismi bilaterali di collaborazione tra le Autorità di vigilanza del

[20] Art. 3(4) Direttiva n. 2005/29/CE, trasposto nell'art. 19, comma 3 Codice del consumo: «In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».

[21] «Le autorità o gli organismi pubblici nazionali che controllano o fanno rispettare gli obblighi previsti dal diritto dell'Unione a tutela dei diritti fondamentali [...] in relazione all'uso dei sistemi di IA ad alto rischio [...] hanno il potere di richiedere qualsiasi documentazione creata o mantenuta a norma del presente regolamento o di accedervi, in una lingua e un formato accessibili, quando l'accesso a tale documentazione è necessario per l'efficace adempimento dei loro mandati entro i limiti della loro giurisdizione».

[22] «… qualora la documentazione [...] non sia sufficiente per accertare un'eventuale violazione degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione a tutela dei diritti fondamentali, l'autorità pubblica o l'organismo pubblico [per la protezione dei diritti fondamentali] può presentare all'autorità di vigilanza del mercato una richiesta motivata al fine di organizzare una prova del sistema di IA ad alto rischio mediante mezzi tecnici. L'autorità di vigilanza del mercato organizza le prove coinvolgendo da vicino l'autorità pubblica o l'organismo pubblico richiedente entro un termine ragionevole dalla richiesta».

[23] «… qualora siano individuati rischi per i diritti fondamentali, l'autorità di vigilanza del mercato informa anche le autorità o gli organismi pubblici nazionali competenti [...], e coopera pienamente con essi. I pertinenti operatori cooperano, per quanto necessario, con l'autorità di vigilanza del mercato e con le altre autorità o gli altri organismi pubblici nazionali [di tutela di diritti fondamentali] …».

mercato istituite ai fini del medesimo regolamento e le Autorità di tutela di diritti fondamentali. In tutte queste circostanze, infatti, il difetto di coordinamento integra un comune vizio di violazione di legge, di modo che, per censurare l'agire amministrativo disordinato, non sarà necessario ricorrere ai princìpi generali del sistema.

2. *L'epifania della "legalità cooperativa": un'apparizione piena e una a metà*

L'epifania della legalità cooperativa si ha con la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Meta Platforms*, vertente, come anticipato, sui rapporti tra diritto antitrust e privacy[24].

La controversia ha ad oggetto un provvedimento con cui l'Autorità della concorrenza tedesca ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da alcune società del gruppo Meta in relazione alla piattaforma di *social-networking* "Facebook". La condotta verteva su un'opaca informativa sul trattamento di alcuni dati personali, tra cui, in particolare, quelli raccolti dalla piattaforma quando l'utente navigava su siti o applicazioni terzi, nonché utilizzava altri servizi forniti dal gruppo. L'impresa ha impugnato il provvedimento lamentando, tra le altre cose, uno sconfinamento del Bundeskartellamt nelle competenze esclusive del Garante privacy irlandese, soggetto cui sarebbe spettato, ai sensi del GDPR, il ruolo di «autorità di controllo capofila»[25]. Investita in via pregiudiziale della questione, la Corte ha negato che un intervento di tal fatta integrasse, di per sé, un'invasione di competenze. Tanto – però – a condizione che siano rispettati una serie di accorgimenti ricavati dal principio di leale cooperazione. Infatti, «quando applicano [*incidenter tantum*] il [GDPR], le diverse autorità nazionali coinvolte sono tutte vincolate dal principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE»[26]. Le ragioni di questo dovere risiedono anzitutto nell'esigenza di assicurare il principio di coerenza e di non contraddizione ordinamentale, evitando la

[24] Corte di giustizia, Grande Sezione, 4 luglio 2023, *Meta Platforms Inc. e al. c. Bundeskartellamt e al.*, C-252/21.

[25] Art. 56 Regolamento UE n. 2016/679.

[26] C-252/21 cit., § 53.

formazione di prassi decisionali difformi[27]. «Ne consegue che, qualora, nell'ambito dell'esame diretto a constatare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE da parte di un'impresa, un'autorità nazionale garante della concorrenza ritenga che sia necessario esaminare la conformità di un comportamento di tale impresa alle disposizioni del [GDPR], detta autorità deve verificare se tale comportamento o un comportamento simile sia già stato oggetto di una decisione da parte dell'autorità nazionale di controllo competente o dell'autorità di controllo capofila o, ancora, della Corte. Se così fosse l'autorità nazionale garante della concorrenza non potrebbe discostarsene, pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza»[28]. «Laddove [l'Autorità di concorrenza] nutra dubbi sulla portata [di pregresse decisioni delle Autorità privacy], laddove il comportamento di cui trattasi o un comportamento simile sia, al contempo, oggetto di esame da parte di tali autorità, o, ancora, laddove, in assenza di un'indagine di dette autorità, ritenga che un comportamento di un'impresa non sia conforme alle disposizioni del [GDPR], l'autorità […] garante della concorrenza deve consultare tali autorità e chiederne la cooperazione»[29]. Tuttavia, se, entro un termine ragionevole, l'Autorità di controllo della privacy non solleva obiezioni a che si prosegua il procedimento antitrust, o non fornisce risposta, l'autorità di tutela della concorrenza può proseguire la propria indagine[30]. La Corte di giustizia non ritiene necessaria la creazione di un'apposita struttura di coordinamento (c.d. leale collaborazione «istituzionale»), ma sembra accontentarsi di un effettivo coordinamento delle attività di *enforcement* (c.d. leale collaborazione «funzionale»[31]). Nel caso di specie – ha osservato la Corte – dal fascicolo di causa risultava che il Bundeskartellamt avesse proficuamente ricercato un momento di

[27] Ivi, § 55: «L'esame, da parte di un'autorità garante della concorrenza, di un comportamento di un'impresa alla luce delle norme del [GDPR] può comportare, infatti, il rischio di divergenze».

[28] Ivi, § 56.

[29] Ivi, § 57.

[30] Ivi, § 59.

[31] Per utilizzare la terminologia impiegata, *inter alia*, in M. MANCINI, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2013, in partic. 975-994.

confronto con la *Data Protection Commission* (DPC) irlandese, oltre che con lo *Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit* (Commissario per la protezione dei dati e la libertà d'informazione di Amburgo, Germania), competente riguardo a Facebook *Deutschland*[32].

La sentenza *Meta Platforms* ha presto prodotto effetti anche nell'ordinamento interno. Nel caso *Telepass*, il Consiglio di Stato ha ampiamente richiamato la citata pronuncia della Grande Sezione, sul presupposto che i princìpi ivi espressi siano applicabili, *mutatis mutandis*, anche nei rapporti tra privacy e tutela del consumatore[33]. Del resto, la stessa Corte di giustizia aveva già avuto modo di precisare, nel precedente caso *Facebook Platforms Ireland*, che le modalità di trattamento dei dati personali possono orientare anche le decisioni di natura commerciale dei consumatori e, dunque, detti comportamenti possono essere riguardati anche ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette[34]. Nella vicenda in esame il Giudice di appello ha annullato, in riforma della sentenza di primo grado, il provvedimento con cui l'AGCM aveva accertato una pratica commerciale ingannevole, in violazione degli articoli 21 e 22 del Codice del consumo, per aver il professionista fornito informazioni ingannevoli e/o carenti sulla raccolta e trattamento dei dati degli utenti che richiedono un preventivo

[32] C-252/21 cit., § 60.

[33] C. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 497, sul provvedimento AGCM n. 28601 del 9 marzo 2021, che ha definito il procedimento PS11710 - *TELEPASS/ACCORDO PRIMA ASSICURAZIONE*.

[34] Corte di giustizia, 28 aprile 2022, *Meta Platforms Ireland*, C-319/20, § 78. Soluzione anticipata dal Consiglio di Stato già nel 2021, quando ha confermato un provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM in materia di tutela del consumatore, sempre involgente le modalità di trattamento di taluni dati personali. In quella sede, il Supremo Consesso amministrativo aveva significativamente rimarcato «l'esigenza di garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore» (C. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631). Da ultimo, il valore concorrenziale dei dati personali (e, dunque, dei relativi termini di trattamento) è stato confermato anche nella sentenza della Corte di giustizia sul caso *Lindenapotheke*. Tale pronuncia, infatti, ha riconosciuto la possibilità di un'impresa di denunciare dinanzi al giudice ordinario atti di concorrenza sleale del concorrente che tragga vantaggio dall'inosservanza del GDPR (Grande Sezione, 4 ottobre 2024, *ND c. DR*, C-21/23).

assicurativo relativo a polizze RC auto tramite l'*app* Telepass e sulle modalità di preventivazione. Motivo unico e assorbente dell'annullamento è che, nel corso dell'istruttoria, l'AGCM non aveva richiesto alcun parere al Garante privacy, ritenendo invece di dover acquisire, ai sensi dell'art. 27, comma 6 del Codice del consumo[35], quello dell'AGCom e, ai sensi dell'art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo, quello dell'IVASS. Il Consiglio di Stato ha censurato tale scelta, statuendo che «il mancato coinvolgimento, nel corso dell'istruttoria svolta dall'AGCM, del Garante privacy (al fine di consentire a detta Autorità di esprimere il proprio parere in merito) costituisce un *deficit* procedimentale che infligge al provvedimento finale una connotazione patologica rilevante e tale da necessitare l'annullamento dell'atto sanzionatorio emesso da AGCM a carico delle odierne società appellanti». Invero – chiosa la sentenza – «[i] rapporti tra le Autorità di controllo […] sempre debbono essere ispirati alla più ampia applicazione del principio della leale cooperazione, se non addirittura della fattiva collaborazione».

A prima lettura, sembrerebbe trattarsi di un'importante conferma del progressivo consolidamento di un paradigma, generale, di legalità cooperativa.

A uno sguardo più attento, tuttavia, le analogie tra i casi *Meta Platforms* e *Telepass* appaiono limitate. Nella seconda pronuncia, infatti, il Consiglio di Stato avrebbe potuto limitarsi a censurare un'omissione procedurale riconducibile a una semplice violazione di legge. Come visto, operando come "rete di sicurezza" a carattere trasversale, la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette si preoccupa espressamente di regolare i conflitti tra le relative disposizioni e quelle di altre fonti europee, dettando un criterio di specialità. E tale circostanza – si è pure visto – sottrae la vicenda dal perimetro dell'indagine[36]. Per di più, l'art. 27, coma 1-*bis* del Codice del consumo, introdotto nel 2014 al fine di chiudere una procedura di

[35] «Quando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'A[GCM], prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni».

[36] *Supra* § 1.

infrazione avviata contro l'Italia[37] e diretto a chiarire la portata applicativa dell'art. 19, comma 3 del Codice, di trasposizione del criterio europeo di specialità, ha procedimentalizzato la collaborazione tra *Authorities*. Recita che, anche nei settori presidiati da Autorità di regolazione munite di poteri pro-consumeristici, l'AGCM è competente a reprimere le pratiche commerciali scorrette, «acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente», che resta titolata «ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta». La norma aggiunge che le Autorità possono dettagliare i modi e gli ambiti di collaborazione tramite appositi «protocolli di intesa»[38]. A giudizio di chi scrive, l'art. 27, comma 1-*bis* potrebbe trovare applicazione ogniqualvolta si registri una sovrapposizione, totale o parziale, tra i poteri di *public enforcement* vantati dall'AGCM a protezione dei consumatori e i poteri attribuiti ad altre Autorità indipendenti. Ai fini di questa previsione, infatti, i concetti di "settorialità" e di "regolazione" si ricavano per differenza, tali essendo tutti i campi ordinamentali diversi dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette[39]. Nel caso di specie il parere endo-procedimentale non è stato richiesto e tanto

[37] Procedura di infrazione n. 2013/2169, avviata con lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013 (EU Pilot 4261/12/JUST).

[38] Alla data di adozione del provvedimento controverso, l'AGCM e il GPDP non avevano sottoscritto un protocollo di intesa.

[39] La pronuncia di primo grado ha invece negato l'applicabilità, nei confronti del Garante privacy, dell'art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo. Ciò in quanto «il Garante per la protezione dei dati personali è autorità generalista preposta alla tutela trasversale di un diritto fondamentale e non un'Autorità regolatoria di settore» (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 gennaio 2023, n. 603). Questa statuizione ha probabilmente indotto il Garante – che era intervenuto *ad opponendum* dinanzi al TAR – a insistere, nella memoria di costituzione nel giudizio di appello, per la conferma della sentenza di prima istanza, previa riforma, *in parte qua*, della motivazione. A tal fine, il GPDP ha fatto leva (non tanto sull'art. 27, comma 1-*bis*, bensì) sul principio di legalità cooperativa ricavabile dalla sentenza *Meta Platforms*. Come anticipato, si è dell'avviso che, per confermare la legittimità, a questi fini, del provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust sarebbe stato sufficiente percorrere un'esegesi sistematica dell'art. 27, comma 1-*bis*. Ciò anche in considerazione della non perdurante attualità della dicotomia, autorevolmente teorizzata intorno agli anni '90, tra Autorità generaliste/di garanzia, da un lato, e Autorità settoriali/di regolazione, dall'altro. A tal fine, si rinvia a M. CAPPAI - M.A. SANDULLI, *Le funzioni-tipo di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti*, in corso di pubblicazione in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2026.

bastava, dunque, a caducare il provvedimento dell'AGCM. Una simile pronuncia, peraltro, non sarebbe risultata particolarmente innovativa. Nel diritto amministrativo generale, infatti, si considera annullabile, per violazione di legge, il provvedimento assunto in difetto di un parere obbligatorio[40].

3. *La legalità cooperativa come principio di natura (logicamente) generale*

Occorre a questo punto domandarsi se il canone della legalità cooperativa, nella sua accezione "piena", come risultante dal caso *Meta Platforms*, sia destinato a rimanere confinato nella materia della privacy, risentendo delle peculiarità del GDPR, o se, al contrario, esprima un principio di portata più ampia.

Per rispondere a questo interrogativo è sufficiente guardare al fondamento giuridico su cui poggia la richiamata sentenza della Corte di giustizia.

Atteso che il principio di leale collaborazione costituisce un principio generale dell'Unione europea[41], i relativi corollari, ivi compresa la legalità cooperativa, devono necessariamente permeare, senza discriminazioni di sorta, l'intero diritto derivato. Affermare il contrario equivarrebbe ad attribuire alla politica europea di protezione dei dati personali, per quanto centrale e innervata su un diritto fondamentale[42], un ruolo di preminenza su un principio generale, così finendo per realizzare una tirannia valoriale che non rispecchia l'architettura dei Trattati.

Significativamente, anche gli argomenti addotti dal Garante privacy per censurare il suo mancato coinvolgimento nell'istruttoria condotta dall'AGCM, testualmente riprodotti nella sentenza *Telepass*,

[40] In riferimento all'art. 16 L. n. 241/1990, cfr., tra i molti, V. PARISIO, *La funzione amministrativa nella dinamica procedimentale*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), II ed., Milano, 2017, 808, ove il richiamo a TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 29 ottobre 2009, n. 660.

[41] M. KLAMERT, *Article 4 TEU*, in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights — A Commentary*, M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di), II ed., Oxford, 2019, 447, § 29: «loyalty would apply in the Union even in the absence of Article 4(3) TEU».

[42] Artt. 16 TFUE, 7-8 CDFUE e 8(2) CEDU.

esprimono preoccupazioni di ordine generale che non paiono certo esclusive della materia in rilievo[43].

Come si avrà modo di illustrare in chiusura, questa lettura ha trovato conferma nella più recente prassi amministrativa[44].

4. *Il potenziale campo applicativo della legalità cooperativa*

Chiarito che la legalità cooperativa, promanando dal principio generale di leale cooperazione, ha portata naturalmente transettoriale, ben potendo estendersi, dunque, a vicende estranee alla materia della privacy, ci si rende presto conto che, fatti salvi eventuali passi indietro della Corte di giustizia, la sentenza *Meta Platforms* è destinata a produrre significative ripercussioni di sistema.

Per giungere a questa conclusione è sufficiente soffermarsi sulla conformazione delle fonti unionali. Sempre più atti di legislazione secondaria dell'Unione – pur optando per la forma-tipo del regolamento (c.d. *Actification*) – si caratterizzano per formule ampie, dettando regole direttamente applicabili, ma non auto-applicative, o contengono rilevanti opzioni rimesse alla discrezionalità degli Stati. In aggiunta, molte di queste normative, siano esse dettate con regolamento o direttiva, si caratterizzano per un contenuto multi-valoriale, dando ingresso a una pluralità di interessi pubblici eterogenei. Paradigmatici, in tal senso, il Regolamento sui servizi digitali (*Digital Services Act* – DSA)[45] e sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act* - AI

[43] «[V]i poss[o]no essere fattispecie alle quali si applicano più norme, con la esigenza di evitare conflitti che menomerebbero il principio – anch'esso di valore costituzionale ed euro-unitario – della certezza del diritto. Tale compresenza è particolarmente sensibile nella ipotesi di condotte pluri-offensive, ovverosia di condotte che sono suscettibili di violare più norme e beni giuridici la cui vigilanza è affidata a soggetti diversi. [… È] lo stesso principio – di valore costituzionale – di leale collaborazione fra amministrazioni ad imporre, *erga omnes*, la esigenza di risposte coordinate, soprattutto nei casi, non infrequenti, in cui condotta possa attivare più apparati sanzionatori e dunque plurimi procedimenti di irrogazione».

[44] Cfr. *infra* Conclusioni.

[45] Cfr cons. 9 e art. 1 Reg. (UE) n. 2065/2022, secondo cui «l'obiettivo del […] regolamento è contribuire al 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». Per una panoramica, A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. CASOLARI,

Act)[46]. In molti di questi casi, la designazione delle Autorità nazionali competenti è rimessa, in ossequio al principio di autonomia procedurale, agli Stati membri, che volta per volta optano per l'istituzione di nuovi soggetti, la designazione di Autorità esistenti o modelli misti. Coesistono, dunque, più normative di principio, presidiate, sul piano del *public enforcement*, da più soggetti amministrativi. Ciascuna di queste discipline può rilevare, incidentalmente, in sede di applicazione di un'altra.

Senza pretese di completezza, si riportano di seguito alcuni esempi.

Il Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Markets Act* - DMA)[47] ricade solo in parte nel perimetro applicativo della legalità cooperativa. Per quanto concerne le sue intersezioni con il diritto della concorrenza, il regolamento detta un criterio normativo di prevalenza (delle decisioni della Commissione su quelle nazionali con esse contrastanti) e introduce obblighi informativi tra Autorità nazionali e Commissione (per il vero unidirezionali,

The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications, in *Law, Innovation and Technology*, 2023, 83 ss. Come evidenziato nella Relazione della Commissione «sull'applicazione dell'articolo 33 del regolamento (UE) 2022/2065 e sull'interazione tra tale regolamento e altri atti giuridici», il DSA interagisce, a vario titolo, con ben 54 altre discipline. Nella maggior parte dei casi viene in rilievo un rapporto di complementarietà, mentre «in un numero limitato di casi […] le norme del regolamento sui servizi digitali si applicano in parallelo rispetto ad altre disposizioni del diritto dell'Unione elaborate in modo analogo, il che comporta potenzialmente incertezza del diritto o oneri di conformità indebiti. Tali sovrapposizioni riguardano principalmente gli obblighi in materia di progettazione e di trasparenza, il che evidenzia una necessità generale, nel diritto dell'Unione, di obblighi in materia di dovere di diligenza per le piattaforme *online*» (COM(2025) 708 final, 6-7).

[46] Reg. (UE) n. 1689/2024. L'AI Act pone dei requisiti minimi che, ancorché scalari, sono uniformi su tutto il territorio dell'Unione e ineriscono, essenzialmente, all'affidabilità (*trustworthiness*) della tecnologia. Tale anima del regolamento riflette un *product safety approach* e, non a caso, si intreccia, in larga parte, con la disciplina europea in materia di sicurezza dei prodotti. Al contempo, la protezione dei "valori europei" rappresenta una dichiarata finalità del regolamento, che intende coniugare il carattere dell'affidabilità con quello dell'"antropocentrismo" della tecnologia al fine di assicurare che l'IA sia rispettosa dei diritti fondamentali (*rights based appraoch*). Cfr. cons. 1 e art. 1 del regolamento, nonché M. ALMADA, N. PETIT, *The EU AI Act: Between the rock of product safety and the hard place of fundamental rights*, in *Common market law review*, 2025, 85 ss.

[47] Reg. (UE) n. 1925/2022.

giacché operanti, per esigenze pratiche, solo *bottom-up*). Ciò sottrae i rapporti interdisciplinari in questione al paradigma della "legalità cooperativa", avvicinandoli a quello, ordinario, della legalità[48]. Per quanto concerne, invece, le possibili sovrapposizioni del DMA con altre discipline europee applicabili ai mercati digitali, è stata istituita un'apposita struttura, il Gruppo ad alto livello (*High Level Group*), con funzioni di alto coordinamento, limitato a questioni di interesse generale[49]. Il fatto stesso che il legislatore europeo abbia avvertito l'esigenza di creare un simile luogo di confronto denota un rischio di interferenze tra i vari corpi normativi considerati. Tuttavia, il regolamento non stabilisce meccanismi concreti di cooperazione intersettoriale tra Autorità, né detta criteri sostanziali di raccordo delle varie discipline riguardate[50]. Pertanto, i rapporti tra il DMA e le altre

[48] Dopo aver chiarito che il Regolamento non osta all'applicazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza (art. 1(6)), il DMA dispone che «le autorità nazionali non adottano decisioni che sono in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del [DMA]» (art. 1(7)). La previsione deve essere coordinata con l'art. 3(2)(II periodo) del Regolamento CE n. 1/2003, che «non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese». In tale contesto, il Regolamento prescrive alle Autorità nazionali antitrust di comunicare preventivamente alla Commissione eventuali decisioni di avviare indagini o imporre obblighi di comportamento nei confronti dei cc.dd. *gatekeeper* (art. 38(2) e (3) DMA). È interessante notare che, nel testo emendato dal Parlamento a novembre 2021, tale paragrafo si chiudeva con la previsione di un vero e proprio potere di veto in capo alla Commissione, da opporre all'Autorità nazionale entro 60 giorni (cfr. Amendment n. 211 del documento A9-0332/2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0332_EN.html). Nella versione finale, il descritto potere di blocco è venuto meno e il Regolamento si limita, in buona sostanza, a fare rinvio al principio di leale collaborazione (art. 37 DMA).

[49] Art. 40 DMA.

[50] Il Gruppo ad alto livello svolge funzioni che potrebbero definirsi di *advocacy* sul coordinamento. Esso è composto dall'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC); il Garante europeo della protezione dei dati (EDPS) e il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB); la Rete europea della concorrenza (ECN); la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (CPC-Net); il Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi (ERGA). Il Gruppo può individuare e valutare le interazioni attuali e potenziali tra il DMA e le norme settoriali applicate dalle autorità nazionali che compongono le reti e gli organismi europei in questione, e presentare una relazione annuale alla Commissione in cui illustra tale valutazione e individua potenziali questioni di carattere transdisciplinare. Tale relazione può essere accompagnata da raccomandazioni volte a convergere verso

politiche europee, diverse dal diritto della concorrenza, rappresentate nel Gruppo ad alto livello sembrano possedere tutte quelle caratteristiche che, in astratto, possono azionare il dovere di legalità cooperativa.

Nel dare esecuzione al Regolamento relativo alla *governance* europea dei dati (*Data Governance Act* - DGA)[51] – che ha come obiettivo quello di facilitare la circolazione di determinate tipologie dei dati nel mercato interno e che subirà rilevanti modifiche con il Digital Omnibus Act[52] – l'Italia ha designato l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) quale autorità competente allo svolgimento dei compiti relativi alla procedura di notifica per i servizi di intermediazione dei dati, nonché quale autorità competente alla registrazione di organizzazioni per l'altruismo dei dati[53]. In questa veste, «l'AgID opera in stretta e leale cooperazione con l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale [ACN], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il Garante per la protezione dei dati personali e, a tal fine, può stipulare con gli stessi specifici accordi di collaborazione non onerosi»[54]. È interessante notare che la norma, probabilmente influenzata dalla pronuncia *Meta Platforms*, non si limita a prevedere la possibilità di siglare accordi di collaborazione[55], ma si preoccupa anche di determinarne il contenuto minimo[56]. Un tale livello di predeterminazione normativa dei contenuti

approcci coerenti e sinergie tra l'attuazione del DMA e quella di altre fonti settoriali (art. 40(7) DMA).

[51] Reg. (UE) n. 868/2022.

[52] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2016/679, (UE) 2018/1724, (UE) 2018/1725 e (UE) 2023/2854 e le direttive 2002/58/CE, (UE) 2022/2555 e (UE) 2022/2557 per quanto riguarda la semplificazione del quadro legislativo nel settore digitale e che abroga i regolamenti (UE) 2018/1807, (UE) 2019/1150 e (UE) 2022/868 e la direttiva (UE) 2019/1024 (omnibus digitale) (2025/0360(COD)).

[53] Cfr. artt. 2, comma 1 d. lgs. n. 144/2024, di esecuzione degli artt. 13, 23 e 26 DGA.

[54] *Ivi*, art. 2, comma 2, II periodo.

[55] Art. 15 L. n. 241/1990.

[56] In particolare, «[g]li accordi definiscono le forme e i modi di esercizio del coordinamento, anche endoprocedimentale, delle competenze, nell'ambito delle rispettive attribuzioni di AgID, del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale e delle altre amministrazioni competenti, in relazione alla materia trattata. Nel rispetto del principio di leale collaborazione, gli accordi prevedono forme specifiche di consultazione del Garante per la protezione dei

degli accordi di collaborazione potrebbe suggerire l'idea che, nel caso di specie, non si ponga un vero e proprio problema di legalità cooperativa, bensì di semplice (il)legalità testuale (nella misura in cui gli accordi in parola non vengono siglati) o eccesso di potere per violazione dell'autovincolo amministrativo (se l'accordo, pur sottoscritto, viene disatteso dall'Amministrazione procedente). In realtà la disciplina posta dal legislatore delegato non sembra coprire tutto lo spettro della legalità cooperativa. In primo luogo, perché configura come facoltativa, e non doverosa, la stipula dei citati accordi («… può stipulare»); in secondo luogo, perché, appiattendosi sulle specificità del caso *Meta Platforms*, restringe il dovere di consultazione (in specie, del Garante privacy) ai soli casi in cui venga in rilievo la protezione dei dati personali, quando la portata della legalità cooperativa – si è tentato di argomentare – è generale. Anche l'implementazione del DGA, dunque, potrà richiedere di confrontarsi con questo canone.

Viene poi in rilievo il Comitato europeo per i servizi digitali istituito nel quadro del DSA[57]. Esso è composto da un rappresentante per ciascun Coordinatore dei servizi digitali designato a livello nazionale. A prima lettura, il Comitato potrebbe essere considerato come un foro di confronto privo di interesse intersettoriale, essendo proiettato, verso l'interno, alla sola attuazione della disciplina sui servizi digitali. In realtà, però, così non è, perché l'interdisciplinarietà è, in qualche modo, un attributo insito all'intero DSA, esempio tipico, come visto, di normativa multi-*mission*. Il Regolamento prevede, infatti, che ogni Stato membro può designare una o più «Autorità competenti»[58] e che, una di queste, debba assumere il ruolo di «Coordinatore dei servizi digitali»[59]. Ogni coordinatore deve dunque farsi carico – oltre che di dialogare assiduamente, in seno al Comitato, con i coordinatori di altri Stati membri e con la Commissione europea – di garantire, all'interno del territorio nazionale, l'uniforme e ordinato svolgimento delle misure di *enforcement* fondate sul Regolamento. Il legislatore nazionale ha

dati personali, ogniqualvolta il procedimento amministrativo realizzato da AgID abbia implicazioni in termini di protezione dei dati» (art. 2, comma 2 d. lgs. n. 144/2024, III e IV periodo).

[57] Art. 61.

[58] Art. 49(1) DSA.

[59] Art. 49(2) DSA.

designato l'AGCom come coordinatore dei servizi digitali[60], prevedendo che «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali e ogni altra Autorità nazionale competente, nell'ambito delle rispettive competenze, assicurano ogni necessaria collaborazione ai fini dell'esercizio da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delle funzioni di Coordinatore dei Servizi Digitali. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedimentali della reciproca collaborazione»[61]. Come si vede, né il regolamento, né la disciplina nazionale di esecuzione ripartiscono nettamente le competenze e/o dettano criteri sostanziali di risoluzione di eventuali conflitti tra norme. Anche in questo caso, dunque, sussistono le condizioni per pretendere dagli attori coinvolti l'osservanza della legalità cooperativa.

Sul piano nazionale, identico discorso può esser fatto per il «Comitato di coordinamento» che la legge italiana in materia di intelligenza artificiale ha istituito presso la Presidenza del Consiglio. Il Comitato è composto dai direttori generali dell'AgID e dell'ACN – designate, rispettivamente, come Autorità di notifica e Autorità di vigilanza del mercato ai sensi dell'AI Act[62] – e dal capo del dipartimento per la trasformazione digitale della presidenza del Consiglio dei ministri, nonché, quando si trattano questioni di rispettiva competenza, dai rappresentanti di vertice della Banca d'Italia, della CONSOB e dell'IVASS. Il Comitato ha il compito di assicurare «il coordinamento e la collaborazione [dell'AgID e dell'ACN, nonché, per i profili di competenza, della Banca d'Italia, della CONSOB e dell'IVASS] con le altre pubbliche amministrazioni e le autorità indipendenti, nonché ogni opportuno raccordo tra loro»[63].

Talvolta, infine, è lo stesso legislatore nazionale, con iniziative unilaterali, a creare le condizioni che fanno sorgere il dovere di legalità cooperativa. Recentemente, l'AGCM è stata investita del potere di condurre indagini conoscitive suscettibili di concludersi con l'imposizione di misure di regolazione asimmetrica, quando vengano

[60] Art. 15, comma 1 D.L. n. 123/2023, conv., con modificazioni, dalla L. n. 159/2023.

[61] *Ivi*, art. 15, comma 2.

[62] Art. 70(1) Reg. (UE) n. 2024/1689.

[63] Art. 20, comma 3 l. 23 settembre 2025, n. 132.

riscontrati «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori» (c.d. *new competition tool* – NCT)[64]. Trattandosi di misure, comportamentali e/o strutturali, imposte *ex ante* e che non presuppongono l'accertamento di un illecito, sussistono rilevanti profili di intersezione con i poteri di regolazione pro-concorrenziale di altre Autorità, soprattutto quelle investite del compito di vigilare sulle *public utilities*[65]. Dopo il parere con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto il NCT esteso a tutti i settori economici[66], e non solo a quello aereo, come una prima lettura del testo suggeriva[67], sia l'ARERA che l'AGCom hanno assunto un posizionamento critico sul nuovo potere[68]. La circostanza che la legge attributiva del potere non preveda meccanismi di coordinamento tra l'AGCM e le altre Autorità eventualmente interessate dall'indagine di mercato, e che simili meccanismi siano

[64] Art. 1, commi 5 e 6 D.L. n. 104/2023, convertito, con modificazioni, con L. n. 136/2023 (c.d. D.L. Asset).

[65] A titolo esemplificativo cfr., per quanto concerne l'AGCom, l'art. 51 d. lgs. n. 201/2021 (TUSMA), nonché, per quanto concerne l'ARERA, l'art. 43, comma 5 d. lgs. n. 93/2011.

[66] C. Stato, Sez. I cons., 29 gennaio 2024, n. 61.

[67] Questa la posizione di S. PAGLIANTINI, R. PARDOLESI, *Da Twining ad Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro It.*, 2024, 76 ss.

[68] La prima ha auspicato, con un atto di *advocacy*, una modifica normativa volta a limitarne la portata applicativa a settori non regolati (Segnalazione AGCom al Governo del 6 settembre 2024, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della legge istitutiva, con la quale si evidenziano le criticità derivanti dall'applicazione del cd. Decreto Asset sulle competenze regolamentari dell'Autorità); la seconda ha impugnato l'atto di *soft law* con cui l'AGCM ha disciplinato l'esercizio del nuovo potere (cfr. «*Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136*», approvata con provv. AGCM n. 31190 del 7 maggio 2024, e Deliberazione 8 luglio 2024 276/2024/C, recante «*RICORSO AVVERSO LA COMUNICAZIONE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO ADOTTATA DALLA MEDESIMA CON PROVVEDIMENTO N. 31190 DEL 2024*»). Nella presentazione alla Relazione annuale 2024, il Pres. Besseghini ha poi chiarito che «[i]n un mondo in cui la regolazione è chiamata ad intervenire con profili crescenti nei settori regolati, con obiettivi che sono la sintesi di sollecitazione comunitarie, con evidenti e oggettive necessità di miglioramento dei servizi è del tutto chiaro che la 'leale collaborazione istituzionale' debba essere il quadro di riferimento entro il quale svolgere una comune azione».

descritti, peraltro in termini piuttosto approssimativi, in una «Comunicazione» priva di carattere cogente rende evidente che, anche in questo ambito ordinamentale, il canone generale della legalità cooperativa potrà esser chiamato a svolgere un ruolo suppletivo.

5. *La legalità cooperativa come concetto atipico non riconducibile alla funzione consultiva*

Pur condividendo con l'attività consultiva alcuni tratti, la legalità cooperativa, nella sua atipicità, non sembra riconducibile a questa funzione[69].

Dal che, si vedrà, la possibilità di raggiungere conclusioni in parte originali in ordine alle conseguenze giuridiche dell'omesso confronto o del successivo agire difforme.

Per quanto concerne gli elementi di affinità con la funzione consultiva, potrebbe affermarsi che la legalità cooperativa è diretta, in ultima analisi, a ottenere il rilascio di un parere di natura tecnica[70]. Tipologia di parere che – si è osservato in dottrina – meglio realizza il carattere di "neutralità" che, tradizionalmente, è stato associato alla funzione consultiva, soprattutto nei casi in cui il soggetto sollecitato – come avviene per le Autorità indipendenti (o le Agenzie) – sia anche titolare di compiti propri di amministrazione attiva[71]. Proseguendo nel parallelo, poi, potrebbe aggiungersi che il "parere" tecnico frutto di legalità cooperativa possiede, quantomeno, natura obbligatoria. E la possibilità – espressamente contemplata dalla Corte di giustizia – di proseguire l'indagine in caso di mancato riscontro dell'Autorità eccitata

[69] Per un'approfondita ricostruzione dei contorni della funzione, v. M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. economia*, 2019, in partic. 29-36.

[70] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, 127, ha proposto una differenziazione basata sul contenuto dei pareri, che possono essere di merito (o opportunità), di legittimità o tecnici. Lo stesso A., tuttavia, già rilevava che «nella pratica […] quasi sempre i pareri hanno contenuto misto».

[71] M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *op. cit*., 36: «se l'attività consultiva è un'attività neutrale e gli organi che la esercitano non introducono interessi nel procedimento, allora si deve consequenzialmente affermare che un soggetto titolare anche di funzioni di amministrazione attiva esercita attività consultiva in senso proprio solo nel caso in cui il consiglio che gli sia stato richiesto (e che abbia offerto) sia di tipo tecnico».

entro un «termine ragionevole» sarebbe coerente, sotto questo profilo, con gli intenti acceleratori e semplificatori che animano la novella del 2020. L'intervento legislativo – come noto – ha esteso il regime del silenzio devolutivo ai pareri obbligatori[72], fatta eccezione per le materie sensibili della «tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini»[73].

Al netto dei cennati elementi di contatto con la funzione consultiva, la legalità cooperativa sembra differenziarsene per una serie di rilevanti aspetti.

Su un piano generale, questo scostamento può essere spiegato con il prevalere, nella legalità cooperativa, di un bisogno di collaborazione e, dunque, di "coordinamento". Significativamente, già sull'inizio degli anni Sessanta, quando i condizionamenti europei erano ancora limitati, è stato osservato che il crescente policentrismo amministrativo contribuiva a colorare tale concetto di una duplice accezione. Il coordinamento, infatti, veniva riconosciuto sia come modello di relazione organizzativa alternativo alla gerarchia e al controllo, sia come attività amministrativa che si esplica in una catena continuativa di atti atipici[74]. Proprio l'espansione di questo modello di

[72] Il d.l. n. 76/202 ha riformulato in questi termini l'art. 16, comma 2 L. n. 241/1990: «In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere […]». Sul punto, v. G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.A.*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), F. APERIO BELLA (coordinato da), IV ed., Milano, 2023, 329.

[73] Art. 16, comma 3 L. n. 241/1990.

[74] V. BACHELET, voce «*Coordinamento*», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 632-635, secondo cui il crescente rilievo del coordinamento è ascrivibile allo «sviluppo delle strutture amministrative secondo moduli diversi da quelli tradizionali della gerarchia centralizzata, e [a]l fiorire quindi a tutti i livelli dell'amministrazione di istanze autonome non inserite, o solo parzialmente inserite, nella regola gerarchica. Ecco dunque delinearsi, accanto alla nozione di coordinamento come attività, la figura organizzatoria del coordinamento […]: nell'ultimo significato allora il coordinamento si pone accanto alla gerarchia e al controllo come uno dei tipici rapporti esistenti fra le diverse figure soggettive della pubblica amministrazione. […D]al coordinamento come figura di organizzazione si passa alla attività di coordinamento, che addirittura può dirsi non ancora tipizzata. E anzi si dovrebbe ritenere che, proprio perché trattasi di attività continuativa e molteplice (più ancora che di una serie di atti) essa non è propriamente caratterizzata se non dalla figura organizzatoria in cui viene a svolgersi;

amministrazione plurale – è stato autorevolmente osservato un quarantennio dopo, in un contesto di maggiore europeizzazione del diritto amministrativo – costituisce una delle principali cause della progressiva erosione della "tipicità" e "infungibilità" dell'attività consultiva[75].

Si richiamano, a titolo esemplificativo, le seguenti differenze.

In primo luogo, diversamente dai pareri obbligatori, che sono tali per espresso volere del legislatore, la legalità cooperativa sottende una lacuna normativa e, nel silenzio della legge, riconnette la doverosità della richiesta di assistenza alla compresenza di due presupposti, il cui apprezzamento è caratterizzato da rilevanti spazi di discrezionalità. In particolare, l'Autorità procedente deve stabilire se: i) il procedimento incrocia una disciplina contigua; ii) in caso affermativo, sia necessario richiedere la collaborazione o si possa fare a meno di tale passaggio, in considerazione del fatto che, secondo la medesima p.A., la prassi/giurisprudenza formatesi nella materia contigua sono sufficientemente chiare ai fini del procedere.

Un'altra rilevante differenza attiene alle tempistiche di interpello. Di regola il parere viene richiesto a istruttoria ultimata, in modo da fornire all'organo adito tutti gli elementi che sono a disposizione

ed è comunque certo che essa si esplica per buona parte mediante atti non formali (raccolta, documentazione ed elaborazione di dati; informazioni; suggerimenti; consultazioni; moniti; sollecitazioni; ecc.)». Nella manualistica contemporanea, oltre alla gerarchia, il coordinamento e il controllo si descrive anche il modello relazionale della «direzione» (v. ad es. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), XXVI ed., Milano, 2022, 134 ss.).

[75] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 249: «Se un esito […] può riconoscersi alla ricollocazione funzionale delle attività consultive, avviata dai mutamenti del contesto, questo può farsi consistere nello smarrimento di un loro ruolo "tipico" o comunque "infungibile" […]. La "causa" della progressiva erosione del ruolo assolto dalle attività consultive si appalesa soprattutto quando vengano considerate nei loro profili relazionali […]. È, infatti, nel momento in cui ogni processo decisionale sempre più complesso, quanto a fasi in cui si articola e a soggetti che intervengono, porta in sé la necessità del coordinamento fra apparati e del confronto con altre istanze, non solo consultive ma anche di controllo, che gli interventi consultivi entrano in un bilanciamento, per effetto del quale smarriscono un ruolo o un rilievo che possano farsi dipendere da una loro supposta identità o priorità funzionale, sempre più difficile da rintracciare e che certo non appare riducibile alla neutralità delle valutazioni che vengono rese per il loro tramite».

dell'amministrazione procedente[76]. Quando il parere assume contenuto tecnico, è proprio questa diversa collocazione temporale, insieme con le differenti conseguenze dell'inerzia[77], a distinguerlo dalla figura della "valutazione tecnica", che, al contrario, deve essere acquisita all'interno dell'istruttoria[78]. Ai fini della legalità cooperativa, invece, l'Autorità procedente può richiedere assistenza nel momento che ritenga essere più opportuno[79]. Ed è evidente che, in questo, la legalità cooperativa incrocia il principio costituzionale di buon andamento. In particolare, i corollari dell'economicità e del corretto impiego delle risorse pubbliche sconsigliano di rinviare la richiesta di assistenza a una fase molto avanzata del procedimento. Come posto in luce dalla Consulta, invero, il dovere di buon andamento impone «una collaborazione fra le varie amministrazioni pubbliche […] al fine di prevenire inutili duplicazioni o sprechi nelle attività delle predette amministrazioni pubbliche»[80]. Del resto – si è osservato anche in dottrina – «[c]he la collaborazione agisca come fattore di efficienza, oltre che di unità, e che si ponga come "espressione dinamica

[76] C. Stato, Sez. VI, 2 maggio 1988, n. 556, richiamata in A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, S. CASSESE (diretto da), vol. II, II ed., Milano, 2003, 1133, nt. 381.

[77] Come illustrato da N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), cit., 843, «nel caso dei pareri degli organi consultivi, [l'inerzia] autorizza [*recte*, alla luce delle sopravvenute modifiche apportate dal D.L. n. 76/2020, obbliga, ad eccezione delle materie della tutela ambientale, paesaggistica e della salute,] l'amministrazione procedente a prescindere dalla relativa acquisizione, mentre, nel caso della valutazioni tecniche obbligatorie, prevede […] la surrogazione dell'organo inadempiente».

[78] Cfr., rispettivamente, artt. 16 e 17 L. n. 241/1990.

[79] Nell'istruttoria A561 - *APP TRACKING TRANSPARENCY DI APPLE*, conclusa con Provv. n. 31772 del 16 dicembre 2025, l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante di natura escludente posto in essere da Apple attraverso una lettura strumentale delle norme in materia di protezione dei dati personali. A tal fine, l'Antitrust ha indirizzato al Garante privacy, in conformità con il paradigma della legalità cooperativa, una richiesta di parere. Contrariamente ai casi di parere endoprocedimentale obbligatorio prescritto *ex lege*, in questo caso l'Autorità ha ricercato il confronto prima della notifica alle parti della comunicazione delle risultanze istruttorie, ossia dell'atto che, ai sensi dell'art. 14 d.P.R. n. 217/1998, precede la chiusura della fase istruttoria (v. § 24 del provvedimento finale).

[80] Sent. 26 marzo 1990, n. 139.

relazionale del buon andamento" dell'azione amministrativa, è indubitabile»[81].

In terzo luogo, sebbene la funzione consultiva implichi una vera e propria "attività" e segua uno svolgimento procedimentale[82], tale procedimentalizzazione è pur sempre funzionalizzata al rilascio di un atto giuridico[83], il parere[84]. Ai fini della legalità cooperativa, invece, non è necessario che si formi un atto giuridico tipologicamente riconducibile a questa figura. La Corte di giustizia, infatti, si limita a richiedere la prova di effettive interlocuzioni tra le Autorità interessate (o, quantomeno, di richieste di assistenza rimaste inesitate), comunque formalizzate.

In quarto e ultimo luogo, il fatto che la legalità cooperativa non sia propriamente riconducibile alla funzione consultiva consente di spiegare, almeno in parte, il diverso condizionamento che l'Amministrazione sollecitata è in grado di esercitare nei confronti dell'Autorità procedente. Come noto, sono state tradizionalmente proposte diverse classificazioni del parere amministrativo, a seconda della capacità dell'atto di orientare il contenuto del provvedimento finale. L'elenco più esteso – non unanimemente condiviso in dottrina – ricomprende pareri facoltativi, obbligatori, conformi, semi-vincolanti e

[81] M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 123, così richiamato in P. MARZARO, *Semplificazione, coordinamento degli interessi pubblici e leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Diritto e Società*, 2019, 508.

[82] A. SANDULLI, *op. cit*., 1133: «Il parere introduce, nell'ambito del procedimento principale, una fattispecie sequenziale, che prende l'avvio dalla definizione dell'oggetto, prosegue con la richiesta operata dal responsabile del procedimento, continua con l'istruttoria svolta dall'organo consultivo, e si conclude con l'emissione dell'atto da parte dello stesso, in forma scritta ed adeguatamente motivato».

[83] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist. 1962, 161-162.

[84] G. CORREALE, voce «*Parere (dir. amm.)*», in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 680 definisce i pareri come «atti mediante i quali un'autorità appresta ad altra – che deve provvedere […] – apporti conoscitivi utili per l'adozione di un provvedimento destinato ad incidere su interessi istituzionalmente affidati alla cura dell'autorità la quale, gestendoli *quotidie*, risulta, con tali apporti, in grado di rendere l'autorità decidente idonea a soddisfare all'esigenza di adeguatezza cui ogni decisione deve sovvenire».

vincolanti[85]. E, come pure noto, l'attitudine – tipica soprattutto delle ultime tre figure di parere – di incidere sul contenuto del provvedimento finale richiede una previsione di legge espressa. Nella legalità cooperativa, invece, la posizione dell'Autorità eccitata sembra assumere, pur in difetto di una previsione normativa, una particolare forza, assimilabile – nei limiti che si illustreranno – a quella del parere vincolante. In particolare, la Corte di giustizia ha preso in considerazione due scenari. Nel primo, «[il] comportamento [oggetto di indagine] o un comportamento simile [è] già stato oggetto di una decisione da parte dell'autorità […] competente […] o […] della Corte». In simili circostanze – si è visto – «l'autorità [procedente] non potrebbe discostarsene, pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del[la disciplina azionata]»[86]. Il secondo scenario, invece, è inverato nei seguenti casi: i)

[85] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 620, ove si ricorda che: i) i pareri si classificano in facoltativi e obbligatori a seconda che per l'autorità attiva sia facoltativo o doveroso il richiederli; ii) la facoltatività di un parere comporta che l'autorità decidente può mancare di richiederlo, ma non anche di non prenderlo in considerazione una volta che lo abbia ottenuto; pertanto, è sempre necessario motivare le ragioni per cui ci si discosti da un parere facoltativo o obbligatorio; ii) l'Autorità procedente, ricevuto il «parere conforme», mantiene discrezionalità decisoria, potendo decidere se adottare il provvedimento o meno, nel primo caso, tuttavia, il provvedimento dovrà essere conforme al parere. L'A. non prende in esplicita considerazione i pareri semi-vincolanti (o «parzialmente vincolanti», secondo la dizione di P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, IV ed., Milano, 1972, 116), descritti come quei pareri che «possono essere disattesi soltanto mediante l'adozione del provvedimento da parte di un organo diverso da quello che di norma dovrebbe emanarlo, impegnandone la responsabilità amministrativa o politica» (così, ad es., E. CASETTA, *op. cit*., 430). Tale scelta sembrerebbe coerente con il rilievo critico secondo cui «in realtà risulta difficile ammettere una categoria intermedia fra i pareri vincolanti e quelli non vincolanti, perché le due categorie sono fra loro alternative» (A. TRAVI, voce «*Parere nel diritto amministrativo*», in *Digesto disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 607). Per quanto concerne, invece, i pareri vincolanti, inizialmente si è ritenuto che, anche per questi, «non diversamente che per i pareri facoltativi e per quelli obbligatori, ci si trova a contatto di pure e semplici dichiarazioni di giudizio» (A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 163). L'orientamento oggi maggioritario qualifica i pareri vincolanti come atti di volizione, da collocarsi, come tali, nella fase decisoria (D. SORACE, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 178, che ritiene preferibile configurare il parere vincolante come forma di "co-decisione"; C. Stato, Comm. Spec., parere 13 luglio 2016, n. 1640).

[86] C-252/21 cit., § 56.

manca un provvedimento (o una sentenza della Corte) in termini; ii) il provvedimento (o la sentenza) esistono ma l'Autorità procedente ha dubbi sull'applicazione dei relativi princìpi al caso di specie; iii) il comportamento di cui trattasi o un comportamento simile è, al contempo, oggetto di esame da parte della competente autorità; iv) in assenza di un'indagine (conclusa o in corso) della competente autorità, l'amministrazione procedente ritiene che il comportamento di un'impresa non è conforme alle disposizioni della materia contigua[87]. In riferimento a questo secondo gruppo di casistiche la sentenza *Meta Platforms* si limita a descrivere un semplice obbligo di consultazione. Favorendo un'interpretazione letterale della pronuncia, si potrebbe ritenere che la Corte ha inteso subordinare l'insorgenza di un effetto di vincolo all'esistenza di una «*decisione*» («*decision*», nella traduzione inglese; «*décision*», in quella francese)[88]. Tuttavia, questa lettura non sembra sostenibile nel momento in cui il fondamento giuridico della legalità cooperativa viene individuato nel principio di leale collaborazione. Posto che la richiesta di assistenza si basa su tale principio, e non su una previa composizione normativa degli interessi in gioco, in tutti gli scenari immaginati dalla Corte di giustizia l'Autorità procedente non ha ragione, né titolo di mettere in dubbio il nucleo specialistico della valutazione, comunque espressa, compiuta dall'Autorità sollecitata. Alla luce di quanto precede, entrambi gli scenari presi in considerazione dalla Corte di giustizia riconoscono alla legalità cooperativa una particolare *vis* conformativa. Tale lettura, peraltro, consente di allontanare la leale collaborazione dalla declinazione di «mera garanzia procedurale-partecipativa»[89] che è stata criticamente rilevata nella dottrina costituzionalistica, rendendo

[87] *Ivi*, § 57.

[88] Il lessico impiegato dalla Corte potrebbe cioè suggerire che solo la presenza di un atto dotato di efficacia giuridica esterna possa produrre un effetto conformativo sull'Autorità istante. Occorrerebbe, in sostanza, un provvedimento, come ricavabile, ai fini dell'analisi, dalla giurisprudenza sulle condizioni di ammissibilità del ricorso in annullamento individuale *ex* art. 263(4) TFUE. Come noto, i ricorrenti non privilegiati (persone fisiche o giuridiche) sono legittimati a impugnare solo «provvedimenti […] intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti» (Corte di giustizia, Sez. III, 13 febbraio 2014, *Ungheria c. Commissione europea*, C-31/13 P, § 54).

[89] M. MANCINI, *op. cit.*, 998.

l'attività di supporto più prossima alla funzione di «amministrazione attiva» che a quella «consultiva»[90].

La conclusione potrebbe ritenersi, a prima lettura, dirompente e merita, dunque, alcune precisazioni.

In primo luogo, l'effetto conformativo prodotto dalla legalità cooperativa non è totale, dovendo rimanere saldamente centrato sulla sfera di attribuzioni dell'Autorità consultata. Pertanto, il posizionamento di quest'ultima, comunque formalizzato, lascia impregiudicato il potere dell'Autorità procedente di giungere alla conclusione che, nonostante la riscontrata violazione/osservanza della normativa oggetto di consulto, sussistono ragioni per intervenire/non intervenire ai sensi della disciplina azionata. Si tratta, come visto, di un temperamento divisato dalla stessa Corte di giustizia[91].

---

[90] È nota la tripartizione manualistica tra attività di amministrazione attiva (deliberativa o esecutiva), consultiva e di controllo, cui A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 571 aggiunge l'attività neutra. Su tale ultimo aspetto, cfr. ID., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. process*, 1964, 200 ss., nonché in *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 1990, 259 ss. L'attività consultiva è stata a sua volta ricondotta, in parte della manualistica, al *genus* delle funzioni «ausiliarie» (D. SORACE, *op. cit*., 193). Come ricordato in M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *op. cit*., 34-35, «l'atto consultivo consiste in un apprezzamento strumentale a garantire la qualità, la correttezza della decisione mediante l'assunzione di un contributo qualificato per la specifica conoscenza/capacità/esperienza dell'organo che lo rilascia». Secondo A. TRAVI, *op. cit*., 615 ss., i pareri di opportunità (o merito), a differenza di quelli di legittimità e tecnici, sono funzionali a «introdurre interessi settoriali». Attraverso il parere detti interessi «assumono una dignità che ne giustifica la piena considerazione (ed eventualmente l'assunzione come criteri) ai fini del provvedimento finale». Atti di questo genere intendono spezzare il «monopolio della funzione amministrativa», con la conseguenza che «la presa in considerazione del parere in esame da parte dell'autorità competente per la decisione finale non può ridursi nella logica della mera motivazione della decisione difforme: deve ispirarsi, piuttosto, ai principi di "leale collaborazione" fra amministrazioni diverse». Secondo l'A., a dispetto del *nomen* simili atti non costituiscono propriamente pareri, presentando forti analogie con gli atti di consenso, collocati nella fase decisoria, dai quali tuttavia si differenziano per l'inferiore forza (co-)determinativa.

[91] C-252/21 cit., § 56: «… pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del[la disciplina azionata]». In riferimento a diversa fattispecie, non propriamente riconducibile al tema della legalità cooperativa ma assimilabile, piuttosto, ai fatti alla base della vicenda *Telepass*, cfr. già, in termini similari, M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. Comm.*, 2010, 703: «per quanto riguarda […] la valutazione dei comportamenti posti in essere dalle imprese, potrebbe essere

In secondo luogo, il diverso fondamento della funzione consultiva e della legalità cooperativa consente di giungere a diverse conclusioni in ordine alla questione della sorte del provvedimento finale che sia stato assunto, rispettivamente, senza acquisire il parere obbligatorio o senza attivare i canali della leale cooperazione istituzionale.

6. *Ricadute giuridiche dell'estraneità della legalità cooperativa alla funzione consultiva*

Normalmente, le censure aventi ad oggetto atti consultivi hanno uno svolgimento puntuale, focalizzandosi su profili di natura estrinseco-formale (il parere obbligatorio è stato richiesto? il parere facoltativo o obbligatorio è stato superato con una adeguata motivazione? il provvedimento finale è aderente al parere conforme, semi-vincolante o vincolante?).

Atteso che, ai fini della c.d. legalità cooperativa, la Corte di giustizia esige, negli scenari dubbi, il coinvolgimento in istruttoria della competente Amministrazione, in modo non dissimile da quanto avviene per i pareri obbligatori, applicando le medesime categorie alla legalità cooperativa si dovrebbe giungere, per analogia, alla conclusione che l'omissione debba sempre essere sanzionata con l'annullamento. Ebbene, atteso che i presupposti applicativi della legalità cooperativa formano oggetto di una valutazione discrezionale[92], si è dell'avviso che la mancata attivazione del confronto non dovrebbe condurre,

attribuito all'Agcm in via esclusiva il potere di sanzionare le pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, prevedendo l'acquisizione di un parere obbligatorio e vincolante all'autorità di settore in ordine alla violazione delle normative integrative eventualmente emanate da quest'ultima. Il parere vincolante acquisterebbe così nell'ambito del procedimento innanzi all'Agcm il significato di condizionare, senza peraltro esaurire, la valutazione finale circa la sussistenza di un comportamento illecito da sanzionare ai sensi del Codice del consumo. Un siffatto parere vincolante sarebbe rispettoso delle competenze e cognizioni specialistiche dell'autorità di settore che, avendo posto una normativa speciale integrativa del Codice del consumo, è meglio in grado di fornirne un'interpretazione per così dire autentica in sede applicativa e di valutare il comportamento dell'impresa regolata».

[92] Si è infatti visto che, secondo la Corte di giustizia, un'Autorità, pur avendo individuato una sovrapposizione di competenze, potrebbe astenersi dal richiedere l'assistenza se ritiene che la prassi della p.A. specializzata o la giurisprudenza in materia abbiano già affrontato e risolto la questione di interesse.

automaticamente, alla caducazione del provvedimento. Ciò in quanto quel che si palesa, all'esterno, come inerzia potrebbe sottendere, all'interno, una determinazione tacita di non necessarietà del confronto. Diversamente opinando, l'invio della richiesta di assistenza diverrebbe, di fatto, atto vincolato. La discrezionalità valutativa immaginata dalla Corte di giustizia ha dunque come conseguenza che, in caso di omessa richiesta di assistenza, occorrerà verificare a posteriori se la decisione finale risulti compatibile con la normativa intersecata o meno. Questa soluzione, peraltro, sembrerebbe coerente con l'orientamento giurisprudenziale che richiede alla parte privata di dimostrare la concreta lesività del denunciato difetto di cooperazione[93]. Ma allora – potrebbe obiettarsi – il paradigma della legalità cooperativa, di là delle connotazioni valoriali, sarebbe un concetto privo di autonoma rilevanza giuridica, dal momento che la sua inosservanza potrebbe condurre all'invalidazione del provvedimento solo in presenza di ulteriori vizi (in specie, la violazione della legislazione settoriale che non ha formato oggetto di richiesta di assistenza). In realtà, si è dell'avviso che, anche nella lettura qui proposta, la legalità cooperativa produca conseguenze giuridiche apprezzabili. Potrebbe in particolare sostenersi che, in caso di mancata attivazione del dialogo inter-amministrativo pur a fronte di dubbi ermeneutici, il canone della legalità cooperativa attiva una presunzione di non conformità a legge della (o, se si vuole, un criterio di non-deferenza verso la) misura regolatoria imposta senza un previo coordinamento[94]. In queste ipotesi, dunque, il semplice insorgere, in

[93] C. Stato, Sez. II, parere (su ricorso straordinario) 6 maggio 2019, n. 1378: «in un sistema a giurisdizione soggettiva come quello adottato nel nostro ordinamento un interesse a ricorrere sussiste se la violazione del dovere di leale cooperazione tra amministrazioni abbia leso un interesse concreto ed attuale non potendo il ricorrente vantare una generica pretesa alla correttezza dell'azione amministrativa. Occorre dunque valutare non solo se vi sia stata una violazione del dovere di leale cooperazione ma, nel caso di risposta affermativa, se questa abbia leso un interesse concreto ed attuale della ricorrente».

[94] Tale presunzione di non conformità – si noti – avrebbe un perimetro più esteso rispetto alla presunzione di innocenza, pacificamente applicabile alle sanzioni amministrative che, agli effetti dell'art. 6 CEDU, si considerano sostanzialmente penali. Mentre la presunzione di innocenza guarda esclusivamente alla potestà punitiva della p.A., la presunzione di non conformità non incontra questo limite. Basti pensare, per fare un esempio, a una misura strutturale o comportamentale che, in ipotesi, venga imposta in un mercato regolato dall'AGCM, ai sensi del nuovo potere

sede giurisdizionale, di dubbi circa la compatibilità del provvedimento controverso con le normative settoriali lambite potrebbe dirsi sufficiente a determinare l'annullamento, laddove, ovviamente, si dimostri che l'errore ha inciso lesivamente sull'assetto degli interessi. Una simile presunzione di non conformità non coinciderebbe pienamente, si noti, con la figura dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria. Mentre quest'ultima tipologia di vizio è normalmente esclusa ove l'Autorità procedente dimostri di aver condotto approfondimenti istruttori al suo interno[95], se del caso previo ricorso alla consulenza-difensiva dell'Avvocatura generale dello Stato[96], la legalità cooperativa richiede un *quid pluris*, ossia la prova di aver proficuamente ricercato, quantomeno in via informale, il conforto esterno dell'Amministrazione competente.

Per ragioni in parte analoghe, infine, non si ravvisano ostacoli concettuali a immaginare forme irrituali di validazione postuma del provvedimento finale da parte del competente Regolatore[97]. Certo, la legalità cooperativa aspira, *naturaliter*, a uno sviluppo ordinato e lineare, essendo diretta a stimolare l'invio tempestivo di richieste di assistenza e la loro sollecita esitazione. Non discorrendosi di funzione propriamente consultiva, però, non sussistono i limiti teorici che si

di *market investigation* di cui all'art. 1, comma 5 D.L. n. 104/2023, senza aver prima ricercato un proficuo e leale coordinamento con l'Autorità settoriale.

[95] Nel caso *Orlen* la Corte di giustizia ha stabilito che, in linea di principio, la Commissione non può, in un procedimento di abuso di posizione dominante, accettare impegni che potrebbero pregiudicare il principio di solidarietà energetica di cui all'art. 194 TFUE (Sez. II, 26 settembre 2024, *Orlen S.A. c. Commissione e al.*, C-255/22 P, §§ 95-96). Nel caso concreto, tuttavia, non vi sarebbero state criticità di sorta, avendo la Commissione espressamente «tenuto conto degli obiettivi della politica dell'Unione nel settore dell'energia» (*ibid.*, § 100).

[96] S. TRANQUILLI, *Il* malum discordiae *del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2022, 346 ss.

[97] L'atipicità dei fenomeni qui trattati impedisce di far riferimento, a questi fini, ai termini, tecnici, di "convalida" (ai sensi dell'art. 21-*nonies*, comma 2 L. n. 241/1990, entro un termine ragionevole è possibile assumere un provvedimento di secondo grado che rimuove il vizio di legittimità, illustrandone le ragioni di pubblico interesse), "ratifica" (intesa come meccanismo di superamento del vizio di incompetenza relativa) o meglio ancora, per prossimità con i temi trattati, "sanatoria in senso stretto" (ossia l'"emissione [ad opera di diverso organo] di un atto preparatorio o intermedio che è stato omesso nell'*iter* procedimentale": cfr. A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in *Principi e regole*, cit., 641).

oppongono all'effetto sanante del parere reso senza una apposita sollecitazione[98] e, finanche, dopo la fase decisoria[99]. Del resto, soprattutto nei casi che pongono delicate questioni di raccordo normativo, un avallo postumo del provvedimento potrebbe proiettarsi al futuro, esprimendo la volontà della competente Autorità di assumere, a beneficio della certezza del diritto, una presa di posizione esplicita. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, con un intervento (o *amicus curiae*) all'interno di un ipotetico giudizio di impugnazione e/o la diffusione di comunicati stampa sui propri canali ufficiali[100]. Anche simili iniziative tardive, pare, realizzerebbero, pur "goffamente", i fini della leale collaborazione istituzionale. E, come tali, potrebbero essere sufficienti – se non a sancire la legittimità del provvedimento – a disinnescare la descritta presunzione di non conformità.

Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è tentato di dimostrare che la Corte di giustizia – non è dato sapere con quale livello di consapevolezza – ha elaborato un nuovo concetto, tratto dal principio generale di leale

[98] In riferimento alla funzione consultiva si è detto che «la mancata richiesta, presupposto per il legittimo rilascio della manifestazione di giudizio, non abilita l'organo consultivo a consigliare l'amministrazione attiva, con la conseguenza che il parere emanato senza essere domandato non sembra dispiegare nessun effetto sanante con riguardo al provvedimento illegittimo. Anzi, in siffatta ipotesi, a ben vedere, si può persino dubitare che ci si trovi, in tal caso, al cospetto di un atto propriamente qualificabile alla stregua di un "parere"» (così M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *op. cit*., 54).

[99] E. CASETTA, *op. cit.*, 430: «Il riferimento alla funzione consultiva, quale elemento essenziale del parere, indurrebbe a risolvere in senso negativo il problema della possibilità di sanare successivamente un provvedimento emanato senza che sia stato richiesto un parere obbligatorio, atteso che un parere successivo non è in grado di adempiere alla funzione consultiva, la quale, per sua natura, deve svolgersi prima che sia emanata la decisione».

[100] Da cui un'ulteriore conferma del fatto che, nel citato caso *Telepass* (*supra* § 2), il Consiglio di Stato non si è occupato, a ben vedere, di legalità cooperativa, limitandosi a riscontrare, formalisticamente, la mancata richiesta di un parere. È significativa, al riguardo, la circostanza che lo stesso Garante privacy, pur essendo intervenuto in giudizio, non ha preso posizione sul merito della questione, ossia sulla conformità o meno del provvedimento controverso alla disciplina sulla protezione dei dati personali.

cooperazione. Si è proposto di denominarlo "legalità cooperativa", in continuità con il paradigma della "legalità procedurale" che, secondo una felice dizione, caratterizza l'azione delle Autorità indipendenti[101]. La legalità cooperativa opera in via suppletivo-integrativa, al ricorrere di alcune condizioni cumulative, consistenti, in estrema sintesi, nella contiguità e parziale sovrapponibilità di una serie di corpi normativi e nella presenza di lacune in ordine ai criteri di raccordo delle competenze amministrative e/o delle norme di diritto sostanziale[102]. In sintesi, la legalità cooperativa impone all'Amministrazione procedente, allorché l'indagine sollevi questioni estranee alla propria sfera di competenza, di attenersi alla prassi univoca della competente autorità, da ritenersi, dunque, vincolante nel suo nucleo specialistico. Se non individua precedenti di immediata pertinenza, poi, l'Autorità procedente deve inviare una richiesta di collaborazione all'Amministrazione competente. Il canone si è affermato in riferimento a casi di applicazione incidentale del GDPR ad opera di Autorità di tutela della concorrenza (e del consumatore)[103]. Tuttavia – si è tentato di argomentare – esso ha portata naturalmente generale, promanando da un principio generale del diritto[104]. In potenza, la legalità cooperativa ha un raggio di azione molto esteso, tenuto conto della tecnica alluvionale di normazione del legislatore europeo[105]. Il concetto presenta elementi atipici e non sembra riconducibile alla funzione consultiva[106]. La diversa collocazione sistematica degli istituti consente di affrontare in modo originale alcune rilevanti questioni: il sorgere del dovere di collaborazione a fronte del verificarsi di presupposti oggetto di valutazione discrezionale; la particolare forza determinativa dei riscontri (formali o informali) forniti a seguito della richiesta di assistenza; il regime di (non automatica) invalidità del provvedimento finale assunto in difetto di una richiesta di assistenza; la possibilità di immaginare sanatorie (o meglio, con termine volutamente atecnico, avalli) anche dopo la fase decisoria[107].

[101] *Supra* Introduzione.
[102] *Supra* § 1.
[103] *Supra* § 2.
[104] *Supra* § 3.
[105] *Supra* § 4.
[106] *Supra* § 5.
[107] *Supra* § 6.

A conclusione della presente analisi, resta da chiedersi se la legalità cooperativa costituisca una novità da salutare con favore o, piuttosto, una minaccia per l'effettività della vigilanza amministrativa. Certamente, il lettore potrebbe avvertire un certo disagio nell'accogliere questo nuovo canone di azione. Il giudice europeo – forse senza prefigurarsi completamente le implicazioni del principio di diritto affermato – ha di fatto introdotto regole di coordinamento che la legge non prevede. Regole che, ove ripetute su larga scala, potrebbero condurre a una implosione del sistema di diritto amministrativo europeo. Il rischio non sembra trascurabile nel momento in cui si ammette che molti centri di potere potranno trovarsi costretti, anche in chiave difensiva, a ricercare momenti di confronto intersettoriale, con il rischio, poi, di esporsi, nei limiti che si è tentato di descrivere, al sostanziale potere di veto delle competenti autorità. Proprio questi legittimi timori hanno indotto chi scrive a collocare la legalità cooperativa entro un perimetro di ragionevolezza. Sarebbe un vero paradosso, del resto, se, a seguito di un improprio recepimento di schemi tipici della funzione consultiva (e, in particolare, del parere obbligatorio e vincolante), un concetto ricavato dal principio di leale cooperazione divenisse lo strumento per alimentare, anche in modo strumentale, antagonismi tra pubblici poteri. All'opposto, il canone della legalità cooperativa potrebbe divenire il mezzo per recuperare pezzi di legalità, procedurale e sostanziale, persi nei meandri di una legislazione alluvionale. Non crea istituti nuovi, ma – potrebbe dirsi – crea un collante per decodificare e razionalizzare l'esistente[108]. Lo sviluppo, peraltro, sarebbe coerente con la sempre «maggiore autonomia e capacità di penetrazione» che, secondo parte della dottrina, sta gradualmente assumendo il principio di leale collaborazione tra

[108] In riferimento alla duttile e flessibile forza ordinante del principio di leale collaborazione, cfr. R. TONIATTI, *Il principio di leale collaborazione fra garanzia dell'autonomia speciale e salvaguardia dell'unità dell'ordinamento*, in *Federalismi.*it, 2023, 133, secondo cui il principio «esprime il momento dell'equilibrio – di per sé sempre dinamico – nell'esercizio delle rispettive funzioni dello Stato e delle autonomie territoriali e rappresenta la condizione per il più efficiente soddisfacimento dell'interesse condiviso di tutte le componenti costitutive – tanto di quella centrale quando di quelle regionali – per il miglior funzionamento del sistema unitario, nonostante le distinzioni strutturali ed anzi proprio al fine della garanzia di tali distinzioni».

p.A.[109]. E così, anche nella legalità cooperativa, «la leale collaborazione v[errebbe] […] a dispiegare, com'è tipico dei princìpi, una funzione da una parte integratrice e dall'altra interpretativa»[110].

Inquadrata la questione nei termini che precedono, il consolidamento di una giurisprudenza di questo tenore potrebbe sortire un duplice effetto disciplinante.

In primo luogo, nei confronti del legislatore, ricordandogli che l'introduzione di livelli eccessivi di regolazione rappresenta non solo un costo per le piccole e medie imprese – come evidenziano i Report di Mario Draghi[111] e della Commissione affari europei del Senato francese[112] – ma anche (e soprattutto) per l'Amministrazione, chiamata a farsi carico, alla luce della legalità cooperativa, di un sempre più significativo "costo" di coordinamento. Insomma, il proliferare di Gruppi e Comitati di coordinamento altro non è che la spia di un problema più serio, che disvela un modo di legiferare in cui l'approccio quantitativo prevale su quello qualitativo.

In secondo luogo, alcuni recenti sviluppi mostrano che la sentenza *Meta Platforms* sta spingendo le Amministrazioni maggiormente toccate dal *decisum* a intensificare i rapporti. Per la prima volta dalla loro istituzione, il GPDP e l'AGCM hanno siglato, in data 23 luglio 2025, un protocollo di intesa[113]. Il documento suggella la volontà, espressa a livello politico-istituzionale, di risolvere anticipatamente i

---

[109] P. MARZARO, *op. cit.,* 509-510, secondo cui il processo, tuttora in corso, dipenderebbe dal fatto che il principio di leale collaborazione «è venuto ad assumere in modo sempre più netto la funzione di parametro fisiologico dell'operare della conferenza di servizi».

[110] *Ibid.*, 512.

[111] M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, Part B - *In-depth analysis and recommendations*, Luxembourg, 2025, 321: «SMEs tend to perceive the cost of complying with EU law as greater, also because they are less likely to survive long enough to reap the full benefits of regulation. In 2023, 55% of SMEs flagged regulatory obstacles and administrative burden as their greatest challenge. This was also the second most quoted challenge for start-ups (52%, after access to finance) and the third most frequently cited for mid-caps (36%, after difficulties in finding employees and supply chain disruptions […])».

[112] Sénat, Sessione ordinaria 2024-2025, n. 190 del 4 dicembre 2024, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes «sur la dérive normative de l'Union européenne», https://www.senat.fr/rap/r24-190/r24-190.pdf.

[113] https://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=10153873; https://www.agcm.it/dotcmsdoc/normative/protocollo_AGCM_Privacy_2025.pdf.

conflitti inter-amministrativi[114], specie all'indomani della vicenda *Telepass*. L'iniziativa – già anticipata in via di prassi[115] – è coerente con una serie di proposte formulate, per ora all'interno di atti di *soft law*, dall'EDPB[116] e dall'EDPS[117]. Si segnalano altresì i primi studi dottrinali sul tema, anche se, in questo stadio, ancora tarati su una declinazione GDPR-centrica della legalità cooperativa[118]. Merita particolare attenzione, poi, la prima applicazione del canone della legalità cooperativa a una fattispecie estranea al campo della protezione dei dati personali. Il 14 gennaio 2025, l'AGCM ha infatti adottato un provvedimento di non luogo a provvedere a definizione di un procedimento che essa aveva avviato ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Tale scelta è stata motivata alla luce

[114] Tipicamente, questa figura presuppone un «consenso pieno» delle Autorità siglanti circa gli ambiti di reciproca sovrapposizione. I protocolli hanno «natura prevalentemente «politico-istituzionale»», venendo spesso utilizzati per «"siglare" la fine di un conflitto (di competenza) tra Amministrazioni». Nei contenuti, essi non vanno oltre la predisposizione di «strumenti generici espressione ordinaria di leale collaborazione». Così S. TRANQUILLI, *op. cit*., 337-343.

[115] Come visto, nell'istruttoria A561 - *APP TRACKING TRANSPARENCY DI APPLE,* cit., avviata prima della sottoscrizione del suddetto protocollo di intesa, l'Antitrust ha indirizzato al Garante privacy una richiesta di parere.

[116] Cfr. l'EDPB Statement n. 6/2024 del 3 dicembre 2024, intitolato «*Fostering Cross-Regulatory Consistency and Cooperation*», in cui si raccoglie l'invito della Commissione ad allocare risorse sulla cooperazione con altre autorità, soprattutto nella sfera della «*new EU digital legislation*» (https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-12/edpb_statement_20241203_ec_2nd_gdpr_evaluation_report_en.pdf). Il 16 gennaio 2025, poi, l'EDPB ha pubblicato un Position paper sul rapporto tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza, in cui vengono esplorate forme di potenziamento del coordinamento amministrativo (https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-01/edpb_position-paper_20250116_interplay-between-data-protection-and-competition-law_en.pdf, §§ 22-26).

[117] Il 15 gennaio l'EDPS è tornato sulla suggestione, già avanzata in passato, di una Digital Clearing House: cfr. *Towards a Digital Clearinghouse 2.0. Concept Note*, https://www.edps.europa.eu/system/files/2025-01/towards_a_digital_clearinghouse_2_0_january_2025_en_0.pdf, § 56, ove la necessità di stabilire forme di più stretto coordinamento inter-amministrativo viene tratta dai principi di leale cooperazione e di *ne bis in idem*.

[118] P. DE HERT, P. HAJDUK, *EU cross-regime enforcement, redundancy and interdependence. Addressing overlap of enforcement structures in the digital sphere after* Meta, in *Technology & Regulation*, 2024, 291 ss.

della conduzione, da parte della Commissione, di un procedimento parallelo avente ad oggetto contestazioni in larga parte analoghe e mosse, in quel caso, ai sensi del DSA. In tale sede, l'Antitrust ha dato conto di una serie di interlocuzioni informali con la Commissione, ad esito delle quali ha ritenuto di dover arrestare la propria indagine, sulla base dell'articolo 4(3) TUE[119]. Il che – pare – fornisce un'ulteriore conferma della portata generale e transettoriale del principio.

[119] Provv. AGCM n. 31438 del 14 gennaio 2025, sul caso PS12658 - *META-DEEP FAKE*. È importante notare che, nella fattispecie, non sussisteva, *aliunde*, un obbligo giuridico ad assumere una decisione di non luogo a provvedere. Invero, a differenza dei rapporti tenuti con le autorità nazionali di tutela della concorrenza nella cornice della Rete europea della concorrenza (art. 11(6) Reg. (CE) n. 1/2003), la Commissione, quando applica il DSA nei confronti delle *very large online platform*, non gode di un potere di avocazione dell'indagine nei confronti delle autorità nazionali competenti a proteggere i consumatori. Inoltre, in forza dei cc.dd. criteri *Menci* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Luca Menci*, C-524/15, §§ 41-47), l'AGCM ben avrebbe potuto gestire l'istruttoria con accorgimenti tali da prevenire, in futuro, possibili eccezioni di *ne bis in idem*.

ELISABETTA LANZA

The New Italian Competition Tool: il rafforzamento delle indagini conoscitive condotte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *The New Italian Competition Tool*. – 3. La natura della funzione conoscitiva "rafforzata". – 4. Il coordinamento con le Autorità di regolazione. – 5. Funzione complementare o sussidiaria?. – 6. Le "nuove" indagini conoscitive in corso.

1. *Premessa*

Fin dalla sua istituzione nel 1990 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) è intitolata a condurre un'attività conoscitiva di carattere generale in quei settori economici in cui l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata.

Ad oggi, l'Autorità ha concluso cinquantasette indagini conoscitive (IC) in vari settori. Si osserva una particolare frequenza di interventi

nell'ambito dell'energia e del gas[1], dei trasporti[2], delle telecomunicazioni e del digitale[3], delle banche e della finanza[4], dell'agroalimentare[5], dei carburanti[6] e della sanità[7].

---

[*] L'A. è funzionaria presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, attualmente in distacco presso la DG-Concorrenza della Commissione europea, già avvocato del libero foro e Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara. Il tema oggetto del presente contributo è anche trattato in E.M. LANZA e C. LO SURDO, *Le indagini conoscitive*, in *Dizionario della concorrenza*, L.F. PACE (a cura di), in corso di pubblicazione, e in E.M. LANZA e C. LO SURDO, *Le indagini conoscitive delle Autorità amministrative indipendenti tra attività e potere*, in *Diritto delle Autorità amministrative indipendenti*, F. DI GIORGI, V. FIORILLO ed E.M. LANZA (a cura di), in corso di pubblicazione. Si ringrazia la Dott.ssa Anna Argentati per l'attenta lettura di una prima versione dello scritto. Le opinioni espresse nel presente contributo sono personali e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

[1] IC8 - Settore dei gas di petrolio liquefatti per riscaldamento; IC9 - settore dell'energia elettrica; IC12 - Settore del gas metano; IC22 - Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale; IC38 - Mercato dello stoccaggio del gas naturale; IC46 - Settore del teleriscaldamento. Tutti i provvedimenti adottati dall'Agcm citati nel presente contributo sono reperibili sul sito istituzionale www.agcm.it.

[2] IC4 - Settore dei servizi portuali; IC6 - Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile; IC7 - Settore dell'alta velocità; IC10 - Tariffe aeree nazionali; IC24 - Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri; IC29 - Trasporto Pubblico Locale; IC52 - Mercato del gas naturale; IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del Trasporto Pubblico Locale.

[3] IC3 - Settore della radiotelefonia mobile cellulare; IC23 - Settore televisivo; IC39 - Servizi sms, servizi mms e servizi dati in mobilità; IC41 - Indagine conoscitiva sul settore audiovisivo; IC48 - Mercati di accesso e reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra larga; IC53 - Big Data.

[4] IC25 - Ostacoli alla mobilità della clientela nell'ambito dei servizi di intermediazione finanziaria; IC32 - Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari; IC36 - La *corporate governance* di banche e assicurazioni; IC37 - Indagine conoscitiva sulle carte prepagate; IC45 - Indagine conoscitiva sui costi dei servizi bancari.

[5] IC2 - Settore del latte; IC28 - Indagine sulla distribuzione agroalimentare; IC43 - Settore della Grande Distribuzione Organizzata; IC51 - Indagine conoscitiva sul settore lattiero caseario.

[6] IC18 - Prezzi dei carburanti per autotrazione; IC21 - Ristrutturazione rete carburanti; IC44 - Impianti di distribuzione carburanti indipendenti.

[7] IC14 - Settore farmaceutico; IC30 - Settore delle prestazioni sanitarie ospedaliere; IC50 - Mercati dei vaccini per uso umano.

Per lo più, ad esito delle indagini conoscitive sono stati adottati interventi di *advocacy* nei confronti dei decisori politici e/o dei regolatori direttamente nelle conclusioni dell'indagine o attraverso successive segnalazioni *ex* artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990. Solo in sporadiche occasioni l'indagine conoscitiva si è rivelata prodromica all'avvio di procedimenti istruttori, come nel caso dell'abuso di posizione dominante contestato ad ENEL S.p.A. e ENEL Produzione S.p.A. nei mercati all'ingrosso dell'energia elettrica (A366 - Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica, concluso il 20 dicembre 2006 con l'accettazione di impegni) derivante dalla chiusura nel 2005 di IC22 - *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, svolta congiuntamente al regolatore di settore, ovvero l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ora Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera). Più risalente ancora l'avvio di sette istruttorie nei confronti di consorzi tra produttori di calcestruzzo per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza, ad esito della prima indagine conoscitiva conclusa nel 1993 (IC1 - *Settore del calcestruzzo preconfezionato*, IC6 - *Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile*). Inoltre, alla chiusura nel 1997 di IC14 - *Settore farmaceutico* ha fatto seguito nel 1998 l'avvio di tre istruttorie per condotte di intesa nei mercati dei farmaci etici in classe C.

Tali poteri conoscitivi sono esercitati anche da molte altre Autorità nazionali di concorrenza e dalla Commissione europea, ma una differenza significativa nell'attività delle diverse Autorità riguarda il potere di adottare, a valle dell'indagine, raccomandazioni o misure vincolanti per le imprese. Tale potere è effettivamente previsto solo in pochi ordinamenti, tra cui primeggia quello britannico.

Nell'ottica di un rafforzamento dei poteri conoscitivi a livello eurounitario, nel 2020 la Commissione europea ha avviato l'iniziativa "*Single Market - New Complementary Tool to Strengthen Competition Enforcement*" volta proprio all'adozione di uno specifico regolamento per introdurre un sistema di indagini di mercato di competenza della Commissione europea "*à l'anglaise*" ("*New Competition Tool*" o NCT).

A fronte di un accantonamento dell'iniziativa eurounitaria[8], a livello nazionale un numero crescente di Stati membri ha dato autonomamente seguito all'impulso di adottare un NCT nazionale, tra cui l'Italia.

Tra gli Stati maggiormente proattivi in tal senso si annoverano la Germania e l'Italia. Altri, quali Svezia, Olanda[9] e Norvegia, stanno esplorando la possibilità di introdurre un NCT domestico. Prima della consultazione ai fini del NCT europeo, già la Grecia aveva introdotto nel proprio ordinamento la possibilità di adottare delle misure rimediali ad esito delle indagini settoriali[10].

Anche in chiave comparata, come si vedrà meglio di seguito, è di rilievo il richiamo all'esperienza tedesca. Infatti, il *Bundeskartellamt*, a seguito dell'introduzione il 6 luglio 2023 della § 32f del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ha visto rafforzati i propri poteri di indagine settoriale, potendo ora ricorrere ad una procedura bifasica, in virtù della quale – nel caso di fase due – tale Autorità ha anche la facoltà di correggere significativi e continuativi malfunzionamenti della concorrenza attraverso rimedi di natura comportamentale e strutturale.

[8] Nel 2023 l'iniziativa del NCT è stata abbandonata, mentre sono entrati in vigore il *Digital Services Act* (Regolamento UE n. 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022) e il *Digital Markets Act* (Regolamento UE n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022), che hanno contribuito a ridisegnare i poteri delle autorità di concorrenza (quantomeno settorialmente) e le cui consultazioni pubbliche sono state svolte pressoché parallelamente al NCT. Cfr. *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en*.

[9] Il 14 ottobre 2024 il Ministro dell'Economia olandese ha formalmente invitato la Camera bassa dell'Assemblea legislativa nazionale ad adottare una riforma dell'Autorità di concorrenza olandese, prevedendo – *inter alia* – anche l'attribuzione di un potere conoscitivo in grado di consentire anche l'imposizione di misure rimediali (cfr. *https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-economische-zaken/documenten/kamerstukken/2024/10/14/kamerbrief-toekomstbestendig-mededingingsbeleid*). Da ultimo, nel febbraio 2025 il Presidente dell'Autorità olandese ha ulteriormente perorato la necessita' di un NCT nazionale anche per promuovere la crescita della produttività (cfr. https://www.acm.nl/nl/publicaties/speech-martijn-snoep-de-new-competition-tool-het-waarom-en-het-hoe).

[10] Si segnala l'indagine conoscitiva sul settore della distribuzione editoriale che ha condotto all'adozione di misure incidenti sugli assetti societari e di *governance* degli operatori di settore (cfr. *https://www.epant.gr/en/enimerosi/investigation-press.html*).

Parallelamente, in Italia è stata introdotta nel 2023 la possibilità di chiudere le indagini conoscitive con il ricorso a misure, sulla scorta del modello inglese.

Nonostante l'abbandono formale da parte della Commissione europea del NCT, il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 gennaio 2024, ha accolto con favore le iniziative adottate in proposito da diversi Stati membri, come appunto la Germania e l'Italia, e ha invitato la Commissione a introdurre un analogo strumento di indagine per evitare lacune nell'applicazione delle norme *antitrust*. Il Parlamento europeo, infatti, ha osservato che tali nuovi meccanismi consentono alle Autorità di concorrenza di intervenire in mercati le cui dinamiche concorrenziali risultano pregiudicate non già da condotte unilaterali o concertate aggredibili attraverso i tradizionali strumenti *antitrust*, ma da caratteristiche strutturali suscettibili di determinare prezzi di equilibrio sovra-competitivi. Si tratterebbe, quindi, di un utile strumento di intervento per le ANC, a complemento dei tradizionali poteri di *enforcement*, a cui ricorrere laddove questi ultimi si rivelino inadeguati al ripristino del corretto confronto concorrenziale[11].

Ancor più recentemente, il NCT europeo è stato richiamato nell'ambito del c.d. rapporto Draghi, quale strumento ideale per bilanciare i benefici potenziali derivanti dalla risoluzione di problemi strutturali alla concorrenza e i limiti dell'*enforcement* concorrenziale, riconducibili soprattutto alle limitate risorse disponibili[12].

[11] *European Parliament resolution of 16 January 2024 on competition policy – annual report 2023* (2023/2077(INI)), cfr. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0011_EN.pdf.*

[12] *The future of European competitiveness*, settembre 2024, 303. Nel rapporto sono altresì indicate le preferibili aree di intervento del NCT, ovvero: collusione tacita; i mercati in cui sono maggiori le esigenze di protezione per i consumatori; i mercati in cui mercati in cui la resilienza economica è debole; azioni di enforcement passate in cui le informazioni/dati ricevuti dall'autorità indicano che gli impegni o i rimedi adottati non sono in grado di garantire la concorrenza. Il NCT verrebbe attivato a seguito di indicazioni specifiche di possibili comportamenti anticoncorrenziali o di una valutazione preliminare degli impatti positivi attesi dalla soluzione dei problemi strutturali individuati. Con il NCT la Commissione avrebbe il potere di progettare insieme alle imprese e accettare rimedi efficaci per affrontare le carenze sistematiche della concorrenza e imporne l'applicazione.

2. *The New Italian Competition Tool*

In tale quadro si colloca la novità introdotta nel 2023 dal legislatore italiano con l'art. 1, commi 5[13] e 6[14], del d.l. 10 agosto 2023, n. 104 recante Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici, convertito dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136 (d.l. Asset).

Il rafforzamento del potere risiede essenzialmente nel fatto che l'Agcm può imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza, a condizione che si riscontrino «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori». Inoltre, dalla novella normativa

[13] Art. 1, comma 5, d.l. Asset: «5. Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: *a)* la struttura del mercato; *b)* le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; *c)* i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; *d)* le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; *e)* le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; *f)* l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-*quater* e 2-*septies*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

[14] Art. 1, comma 6, d.l. Asset: «6. In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-*bis* e 2-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati».

discende anche che, al pari dei procedimenti istruttori per l'accertamento degli illeciti *antitrust*, l'Autorità può accettare gli impegni proposti dalle imprese, nonché può imporre le sanzioni e le penalità di mora sia nel caso in cui le imprese frappongano ostacoli all'esercizio dell'attività istruttoria sia nel caso di inottemperanza alle misure imposte. Infine, anziché dar seguito a separati interventi di *advocacy ex* art. 21 o 22 l. n. 287/1990, già con il provvedimento di chiusura dell'indagine conoscitiva l'Autorità può raccomandare le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune.

Per definire le procedure di applicazione della nuova norma, l'Autorità ha adottato nel 2024 una Comunicazione[15], espressamente adottata "a complemento" del d.P.R. n. 217/1998 e sue successive modifiche[16], in cui emerge un *favor* per la più ampia partecipazione degli *stakeholder* (come, ad esempio, la consultazione pubblica, c.d. *call for input*, già in sede di avvio dell'indagine), la previsione di

[15] Delibera del 7 maggio 2024, n. 31190, recante «Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136», pubblicata il 13 maggio successivo sul sito internet dell'Autorità.

[16] In base alle modifiche apportate dal d.P.R. n. 214/2024 all'art. 17 («Indagini conoscitive di natura generale») del d.P.R. n. 217/1998, l'avvio delle indagini conoscitive di natura generale deve (mentre prima era prevista come mera possibilità) essere pubblicato nel bollettino, indicando il termine di conclusione del procedimento e il responsabile del procedimento. Parimenti anche i risultati dell'indagine devono essere resi noti mediante pubblicazione nel bollettino. La Comunicazione dell'Agcm aggiunge che la pubblicazione debba anche essere effettuata sul sito internet dell'Autorità. Con riferimento all'attività istruttoria che può essere svolta il d.P.R. del 2024 ha aggiunto al comma 2 dell'art. 17 che nel corso delle indagini possono essere formulate richieste di informazioni, di audizione o di esibizione di documenti, nonché disposte ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti. Al comma 3 è poi espressamente previsto che con riferimento all'accesso ai documenti e alla riservatezza delle informazioni raccolte si applica la medesima disciplina prevista per le istruttorie antitrust dall'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998. Infine, la novella regolamentare ha espressamente disposto al comma 5 che qualora nel corso dell'indagine conoscitiva emergano elementi di presunzione in merito alla violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge, agli articoli 101 e 102 TFUE, all'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192, ovvero siano accertate le condizioni di cui all'articolo 4, comma 2, della stessa legge, il collegio dell'Autorità delibera l'avvio delle istruttorie. In sede di Comunicazione (paragrafo 8) l'Agcm ha aggiunto il riferimento alla possibilità di un avvio istruttorio ai sensi del Codice del Consumo.

momenti di coinvolgimento delle Autorità settoriali e l'esercizio del contraddittorio da parte dei soggetti interessati dall'indagine conoscitiva.

La comunicazione rientra tra gli atti di *soft law*[17] adottabili dalle Autorità, ovvero quei provvedimenti privi di autonoma forza normativa, ma pur sempre idonei a generare un qualche effetto giuridico di tipo conformativo in capo ai relativi destinatari[18].

Come precisato nei Principi applicativi illustrati dalla Comunicazione adottata dall'Agcm, le novità derivanti dal d.l. Asset non introducono una nuova tipologia di indagini conoscitive, ma consentono di poter adottare – ad esito di uno specifico procedimento in contraddittorio con le parti – le misure necessarie e proporzionate a eliminare le distorsioni della concorrenza con particolare riguardo a quei settori in cui tali anomalie cagionano un pregiudizio per i consumatori in modo significativo e duraturo. Pertanto, con la novella legislativa è stata consentita l'articolazione di un procedimento bifasico (poi definito dalla Comunicazione), in cui ad una fase conoscitiva (già prevista dall'art. 12, comma 2, l. n. 287/1990) può seguire una fase rimediale, in cui l'Autorità può imporre misure correttive proporzionate per eliminare le distorsioni concorrenziali emerse.

L'art. 1, comma 5, d.l. n. 104/2023, infatti, statuisce che l'esercizio dei nuovi poteri rimediali si innesta in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'art. 12, comma 2, della l. n. 287/1990 e che essi possano, dunque, essere attivati laddove tale indagine conoscitiva

[17] Thurer definisce gli atti di *soft law* come un insieme di regole «the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding» (D. THURER, *Soft law*, in *Encyclopedia of public international law*, R. BERNHARDT (dir. da), IV, Amsterdam, 2000, 452).

[18] Sul tema degli atti di *soft law* adottati dalle Autorità amministrative indipendenti si vedano: V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, M. D'ALBERTI ed A. PAJNO (a cura di), Bologna, 2010, 80 ss.; M.E. BUCALO, *Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 10, 2022; C.E. CAZZATO, *Le fonti delle Autorità come strumenti di soft law: linee-guida, atti di regolazione e partecipazione nei procedimenti*, in *Diritto delle Autorità amministrative indipendenti*, F. DI GIORGI, V. FIORILLO ed E.M. LANZA (a cura di), in corso di pubblicazione.

classica abbia evidenziato la ricorrenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori.

In risposta alle preoccupazioni emerse nel corso della consultazione pubblica, la Comunicazione poi definitivamente adottata dall'Agcm ha chiarito che i problemi concorrenziali devono essere "significativi e persistenti".

In estrema sintesi, il procedimento delineato dalla Comunicazione prevede la pubblicazione di un provvedimento di avvio in cui già devono essere circoscritti l'oggetto dell'indagine e le possibili criticità concorrenziali e in cui può essere attivata la c.d. *call for input* al fine di ricevere informazioni dai soggetti interessati, a cui segue un Rapporto Preliminare che illustra gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti fino a quel momento.

Tale Rapporto Preliminare è volto a rendere noti gli esiti degli approfondimenti conoscitivi e ad aprire una fase di consultazione del mercato. Pertanto, esso ha natura di atto endoprocedimentale e, come emerge già dal primo Rapporto pubblicato (v. *infra* Paragrafo 6), non sono individuate le condotte eventualmente assoggettabili alle misure rimediali al momento della successiva delibera delle risultanze conoscitive e poi nel provvedimento finale, ma solo tratteggiate le criticità riscontrate.

Qualora, alla luce degli elementi acquisiti nella fase conoscitiva, non si riscontrino problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori suscettibili di essere risolti mediante l'imposizione di misure rimediali, l'Autorità delibera la chiusura dell'indagine conoscitiva, ferma restando la possibilità di raccomandare – attraverso l'esercizio dei propri poteri di *advocacy* – le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune a far fronte ai riscontrati problemi.

Qualora, invece, ad esito della fase conoscitiva, siano emersi nel settore indagato problemi concorrenziali idonei a ostacolare o alterare il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio dei consumatori, che, pur non dando luogo ad una specifica ipotesi istruttoria, appaiano suscettibili di essere adeguatamente risolti mediante l'imposizione di misure rimediali , la Comunicazione prevede che l'Autorità dia il via alla fase rimediale dell'indagine mediante

l'adozione della Delibera delle Risultanze Conoscitive[19]. Entro il termine indicato dalla Delibera le imprese "interessate" possono presentare gli impegni che ritengano idonei a far venir meno i problemi di cui all'art.1, comma 5, d.l. Asset. In caso di rigetto o di mancata presentazione di impegni da parte delle imprese interessate, l'indagine prosegue verso la definizione delle misure rimediali. In tale ipotesi, l'Autorità dopo aver già indicato, nella Delibera, la «tipologia di misure ipotizzate per far fronte ai problemi concorrenziali riscontrati, delibera le puntuali misure comportamentali e strutturali che in concreto ritenga di imporre nel caso specifico, tenuto conto sia degli esiti dell'indagine raggiunti sia di quanto rappresentato dalle imprese interessate».

L'introduzione di misure rimediali è ovviamente l'aspetto più discusso del "rafforzamento" delle indagini conoscitive, potendo condurre all'imposizione di vincoli e obblighi ad imprese cui tuttavia non è imputabile alcuna condotta illecita ai sensi della l. n. 287/1990.

Nella Comunicazione, a differenza di quanto indicato, ad esempio, nella corrispondente legge tedesca[20], non vi è un elenco di tipologie di

[19] Ferma restando la problematicità della individuazione delle imprese interessate, la Delibera delle Risultanze Conoscitive costituisce quindi un documento da portare a conoscenza di queste ultime – cui è specificamente notificata insieme all'avvio dell'indagine conoscitiva – affinché le stesse possano contraddire con l'Autorità prima della sua determinazione conclusiva circa le misure specifiche da imporre a loro carico. All'uopo, nella Delibera devono infatti essere indicati i problemi concorrenziali individuati e le tipologie di misure che – in conformità al dettato di cui all'art.1, comma 5 – l'Autorità ritenga *prima facie* necessarie, proporzionate e idonee a consentire il superamento dei problemi concorrenziali riscontrati. La Delibera indica altresì il termine per la presentazione di memorie scritte documenti, per l'esercizio da parte delle imprese interessate del diritto di essere sentite dinanzi agli Uffici, nonché per la presentazione di eventuali impegni. Il contraddittorio previsto concerne dunque al contempo tanto le risultanze dell'indagine condotta, cioè la sussistenza e la portata (merceologica, geografica, temporale) delle problematiche riscontrate, quanto pure come si possa far fronte a queste ultime, essendo anticipate alle imprese interessate, benché in termini ancora "tipologici, le misure che, ad una prima delibazione, potrebbero essere loro imposte per risolvere le criticità.

[20] Una *blacklist* dei malfunzionamenti di mercato a fronte dei quali possono essere adottati dal *Bundeskartellamt* misure rimediali a valle di una indagine settoriale ("*Sektoruntersuchung*") è contenuta nel § 32f(5) della GWB tedesca, che cita le forniture unilaterali o l'esercizio di *buyer power*, le restrizioni di mercato in ingresso e in uscita, gli ostacoli al passaggio a un altro fornitore o acquirente, i comportamenti coordinati, la preclusione dell'accesso ai fattori di produzione o ai clienti attraverso relazioni verticali.

misure in astratto adottabili, essendo lasciata così maggiore discrezionalità all'Autorità nel congegnarle.

Tuttavia, affinché il contraddittorio previsto conservi un effetto utile sarà necessario delinearne in sede di Delibera delle Risultanze Conoscitive almeno i tratti essenziali, salvo poi declinarne caratteristiche specifiche e tempistiche concrete nella decisione finale.

Il conferimento del relativo potere di imporre le misure alle imprese interessate non costituisce però una assoluta novità nel *toolkit* dell'Autorità, in quanto trova corrispondenza nel potere di diffida previsto per le istruttorie antitrust dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/1990 come recentemente modificato in attuazione della Direttiva UE ECN+[21], nonché, in qualche misura, nelle condizioni cui può essere subordinata l'autorizzazione di un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. n. 287/1990[22]. In comune con tale ultima ipotesi, caratterizzata da un giudizio prognostico sugli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni, anche nelle indagini conoscitive le misure saranno, più che correttive e/o ripristinatorie, proattive e conformative.

Norma istitutiva e Comunicazione dell'Autorità nemmeno pongono un predefinito ordine di priorità tra misure comportamentali e strutturali (tra queste ultime possono immaginarsi, ad es., obblighi di separazione organizzativa di parti di imprese o divisioni aziendali ovvero cessioni di quote di partecipazioni in imprese o dismissione di *asset*): ciò al pari di quanto disposto in materia di diffida ai sensi del novellato art. 15 l. n. 287/1990, laddove è infatti solo prescritto che, al momento di scegliere tra rimedi egualmente efficaci, l'Autorità opti per quello meno oneroso per l'impresa in linea con il principio di proporzionalità[23].

---

[21] «A tal fine l'Autorità può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. 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».

[22] L'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al comma 1, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

[23] Un'espressa residualità delle misure strutturali rispetto a quelle comportamentali è invece prevista dall'art. 7 Regolamento CE n. 1/2003 per la diffida antitrust impartita dalla Commissione, nella parte in cui si statuisce che «I rimedi

Nell'esperienza di altri Paesi, quale la Germania, vigono precisi limiti all'adozione di misure strutturali particolarmente invasive come ordini di dismissione, che rimangono sussidiari a ordini di separazione contabile o organizzativa; così pure, nel Regno Unito ha prevalso l'imposizione di misure comportamentali[24].

3. *La natura della funzione conoscitiva "rafforzata"*

Al di là delle questioni relative all'interpretazione restrittiva (tale per cui le indagini rafforzate sarebbero circoscritte al settore del trasporto aereo passeggeri) o estensiva (tale da ricomprendere tutti i settori investigabili) della norma discendente dal d.l. Asset[25], oggetto di un

strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale».

[24] A. COSCELLI, *Overview of UK markets regime*, Intervento al Convegno "I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione" organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024).

[25] A favore di un approccio interpretativo restrittivo si colloca anche la posizione di alcune Autorità Nazionali di Regolazione (ANR). In particolare, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) nel luglio 2024 (Arera, Deliberazione dell'8 luglio 2024, 276/2024/C) ha proposto ricorso giurisdizionale avverso la Comunicazione dell'Agcm, mentre nell'ottobre 2024 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) ha segnalato al Governo le criticità discendenti dall'applicazione estensiva della novella normativa dettata dal D.L. Asset (Agcom, Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 Luglio 1997, n. 249, 2 ottobre 2024). L'Agcom contesta espressamente l'interpretazione estensiva adottata dal Consiglio di Stato e applicata dall'Agcm, osservando che siffatto approccio determina un capovolgimento dell'ordinario rapporto tra norma eccezione e norma generale. Tale applicazione estensiva è idonea a consentire all'Agcm di «incidere con non meglio definite "misure strutturali" e/o "comportamentali", adottate, sul tessuto regolamentare disciplinante i vari settori di volta in volta considerati, in tal modo interferendo con le scelte tecniche che le ANR di riferimento effettuano in base alle proprie espresse (ed esclusive) competenze di derivazione euro-unitaria nei vari ambiti vigilati dalle ANR». Pertanto, l'Agcom auspica che il Governo fornisca un chiarimento dell'ambito applicativo della norma «idoneo a restituire alle ANR di settore il ruolo che è loro affidato dal legislatore europeo e nazionale a garanzia del consumatore-utente e del corretto sviluppo concorrenziale dei settori di mercato di rispettiva competenza, in conformità con il quadro dei principi costituzionali ed eurounitari di riferimento».

importante parere del Consiglio di Stato[26], e della relativa compatibilità costituzionale e/o eurounitaria[27], rispetto al rafforzamento dei poteri conoscitivi dell'Agcm in dottrina sono stati posti due temi costitutivi rilevanti: la natura della funzione conoscitiva rafforzata e il carattere

[26] La stessa Agcm nel novembre 2023 ha formulato una richiesta di parere al Consiglio di Stato in ordine all'ambito di applicazione di tale disposizione, chiedendo di chiarire «se – alla luce della genesi del decreto-legge, della formulazione della rubrica dell'articolo richiamato e della modulazione delle relative disposizioni, così come operata in sede di conversione – l'ambito dei poteri introdotti (con l'articolo 1, commi 5 e 6) debba ritenersi circoscritto, ratione materiae, al settore del trasporto aereo di passeggeri ovvero possa assumersi esteso, in termini generali, a tutte le indagini conoscitive». Il Consiglio di Stato, Sez. I consultiva, ha reso il parere del 29 gennaio 2024, n. 61 ritenendo che i nuovi poteri previsti dall'art. 1, commi 5 e 6, d.l. Asset «operino, senza restrizioni di ordine settoriale o merceologico, per tutti i settori per i quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva». Infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario adottare un approccio ermeneutico di ordine teleologico e sistematico, anche a fronte di un'interpretazione eccessivamente restrittiva discendente dal testo complessivo dell'articolo che, alla luce dei lavori preparatori e della relazione governativa illustrativa, sembrerebbe, *prima facie*, militare per la limitazione dei poteri di cui ai commi 5 e 6 all'ambito oggettivo del trasporto aereo.

[27] Sono stati rilevati dubbi in tal senso da S. PAGLIANTINI e R. PARDOLESI, *Da Twining ad Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro it.*, 2024, III, 76 ss.; G.M. ROBERTI, Intervento al Convegno "I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione" organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024). In senso contrario ai dubbi di legittimità costituzionale vi è chi autorevolmente osserva che tutto il diritto della concorrenza europeo è costruito su nozioni giuridiche indeterminate (come gli artt. 101 e 102 TFUE e i corrispondenti artt. 2 e 3 l. n. 287/1990). Conseguentemente la norma introdotta dal d.l. Asset può essere letta come un "completamento" della disciplina di tutela della concorrenza. Inoltre, un vincolo finalistico ai poteri dell'Agcm può essere ricostruito alla luce delle finalità generali della disciplina *antitrust*, ricostruite alla stregua del diritto vivente. Ciò posto, secondo una parte degli osservatori, la circostanza che il NCT italiano non abbia (allo stato) un omologo eurounitario e un corrispondente sindacato diretto della C. Giust. UE determina che l'applicazione della norma in esame è rimessa esclusivamente al sindacato di legittimità del giudice nazionale, ma senza il supporto di indicazioni di diritto europeo, così prospetticamente da richiedere un rafforzamento del sindacato stesso sull'esercizio di tale potere discrezionale (M. LIBERTINI, *L'introduzione in Italia del "New Competition Tool" (all'insaputa del legislatore)*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2024, 366; R. CHIEPPA, Intervento al Convegno "I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione" organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024).

complementare o sussidiario della stessa rispetto alle altre funzioni intestate ad Agcm.

Il primo concerne la qualificazione della funzione sottostante al novellato potere conoscitivo. Sicuramente si esclude che si tratti di uno strumento di *enforcement* (a cui tipicamente corrisponde anche un potere sanzionatorio)[28].

A riguardo è stato ipotizzato che potesse configurarsi una funzione ablatorio-espropriativa[29], ma – se così fosse – andrebbe dimostrata la pubblica utilità che giustifica l'esercizio di una funzione così invasiva.

Un'altra ipotesi ricostruttiva richiama la funzione pianificatoria[30], che tuttavia non è applicabile al modello delle Autorità indipendenti (per la quale sarebbe comunque necessaria una precisazione normativa, considerata la riserva di legge contenuta nel comma 3 dell'art. 41 Cost., per cui la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali). E ancora, è stata richiamata la

[28] Come è stato acutamente osservato, il NCT italiano è una norma attributiva di competenza regolatoria, ma non una norma punitiva (M. LIBERTINI, *op. cit.*, 368). Si richiama più precisamente C. Dir. Uomo, *Engel ed altri contro Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, secondo cui per determinare se esista o meno un'«accusa penale», occorre tenere conto di tre criteri alternativi e non cumulativi: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della «sanzione». Sul tema la C. Dir. Uomo, nel caso *Menarini Diagnostic c. Italia*, deciso con sentenza del 27 settembre 2011, ha evidenziato che la qualificazione formalmente amministrativa di una misura sanzionatoria come quella comminata dall'Autorità non preclude che alla stessa venga attribuito carattere sostanzialmente penale, qualora, per carattere afflittivo e deterrente, essa sia in grado di incidere in maniera apprezzabile sulla sfera giuridica del destinatario. Pertanto, sia la sanzione penale sia quella amministrativa perseguirebbero un interesse pubblico corrispondente alla volontà di impedire la reiterazione di condotte illecite mediante l'applicazione di un provvedimento punitivo. Di conseguenza, le procedure di irrogazione di tali sanzioni devono assicurare il livello di tutela previsto dall'art. 6 CEDU al fine di garantire il diritto ad un equo processo. A tale scopo, però, non è necessario che tali garanzie vengano perseguite nel procedimento amministrativo, potendo essere poi recuperate nella fase giurisdizionale davanti ad un giudice di f*ull jurisdiction*, in grado di esercitare un sindacato pieno e sostitutivo dell'Amministrazione.

[29] F. CINTIOLI, Intervento al Convegno "I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione" organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), 8 e 9.

[30] F. CINTIOLI, *op. cit.*

funzione autorizzatoria, assimilabile a quella delle operazioni di concentrazioni.

Invero, appare difficile escludere che l'applicazione delle misure non implichi una funzione di carattere regolatorio, ancorché sempre orientata a garantire le condizioni di concorrenza nel settore interessato, considerato il carattere *ex ante* dell'intervento e l'impatto pressoché generale rispetto agli attuali operatori economici coinvolti.

In tale ottica, le novità apportate *sub specie* di misure rimediali imponibili dall'Autorità sono dotate di una natura in parte regolatoria. Ciò appare anche supportato dalla stessa struttura del procedimento, che – sulla falsariga dei meccanismi di "*notice and comment*" adottati dalle stesse Autorità Nazionali di Regolazione – si fonda anche sull'apporto degli operatori di settore e sulle garanzie procedurali improntate all'esercizio del diritto al contraddittorio[31].

Pertanto, la funzione più adeguata agli esiti che potrebbero discendere dall'adozione delle misure è riconducibile all'esercizio del potere conformativo di regolazione correttiva di mercati inefficienti, anche quando in questi mercati non siano state accertate intese anticoncorrenziali o abusi di posizione dominante. Infatti, l'imposizione di misure comportamentali o strutturali alle imprese al di fuori dell'accertamento di un'infrazione *antitrust* o al di fuori della verifica di un'operazione di concentrazione assimila tale funzione conoscitiva, nella sua declinazione (eventuale) finale, ad un'attività di regolazione economica, sempre però orientata essenzialmente a rimuovere i «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori».

4. *Il coordinamento con le Autorità di regolazione*

In tale prospettiva, si pone il tema del coordinamento fra il NCT italiano e i poteri di regolazione che le normative speciali attribuiscono alle Autorità Nazionali di Regolazione di settore o – in misura più

[31] G. STAZI, Intervento al Convegno "I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione" organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), 10.

limitata – a qualsiasi altro soggetto pubblicato incaricato a dettare una specifica disciplina in un dato ambito.

A riguardo la Comunicazione prevede momenti di coinvolgimento e di interlocuzione con le Autorità di regolazione settoriale.

In particolare, tali Autorità vengono informate e/o coinvolte nella partecipazione procedimentale:

- al momento della pubblicazione del rapporto preliminare con un'informativa (§ 6);
- nel caso in cui vengano proposti degli impegni tramite una richiesta di parere obbligatorio non vincolante (§ 16);
- prima dell'adozione del provvedimento finale e delle eventuali misure rimediali tramite una richiesta di parere obbligatorio non vincolante (§ 23).

Occorre dare atto che, nonostante la Comunicazione abbia scandito dei precisi momenti di interlocuzione con le Autorità settoriali eventualmente interessate, è stato comunque osservato che il carattere non vincolante del parere richiesto dall'Agcm (comunque) in una fase avanzata del procedimento non sarebbe sufficiente nell'ottica della leale collaborazione tra Autorità[32].

Sul punto, appare doveroso richiamare la sentenza della Corte di giustizia UE del 4 luglio 2023, resa nel caso *Meta Platforms* (causa C-252/21, in specie paragrafi 52-59) e la successiva sentenza del Consiglio di Stato del 15 gennaio 2024, n. 497, che appunto – in applicazione del principio di leale collaborazione istituzionale – richiedono la consultazione da parte dell'Autorità *antitrust* dell'Autorità di controllo della protezione dei dati personale ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) le cui competenze istituzionali siano in qualche misura intersecate dall'intervento dell'Autorità, anche qualora un raccordo formale non sia richiesto dal legislatore, come nel caso del rafforzamento delle indagini conoscitive.

I momenti scanditi dalla procedura delineata dalla Comunicazione, che comunque prevede una fase di revisione a due anni dalla sua applicazione alla luce della sua prima esperienza applicativa, sono esplicazione del principio di collaborazione informativa.

[32] Agcom, Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 Luglio 1997, n. 249, 2 ottobre 2024.

A riguardo, si richiama testualmente il § 6 della Comunicazione, che – nell'ottica di consentire la possibilità di esprimere osservazioni sul rapporto preliminare – dispone che l'Agcm informa specificamente l'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto dell'indagine: «L'Autorità informa l'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati o i settori oggetto dell'indagine conoscitiva e può informare eventuali altri soggetti pubblici rilevanti della possibilità di fornire osservazioni sul RP entro il medesimo termine di cui al punto precedente».

Pertanto, escluso un coinvolgimento delle Autorità di settore sin dall'avvio dell'indagine conoscitiva, considerato che tali soggetti potrebbero in tale stadio non essere stati ancora individuati, è invece previsto un coinvolgimento ad esito della pubblicazione del rapporto preliminare. Da notare che il riferimento della Comunicazione è alle «Autorità di regolazione settoriale» come quelle preposte ai settori delle telecomunicazioni (Agcom), energia (Arera), servizi assicurativi (Ivass), servizi bancari (Banca d'Italia), trasporti (Art). Invece, è da ritenersi escluso un coinvolgimento sistematico dei soggetti pubblici non regolatori di specifici ambiti merceologici. Questi ultimi, rientrando tra gli altri soggetti pubblici rilevanti che l'Autorità può comunque informare, possono essere utilmente contattate quando effettivamente ritenuto opportuno a seconda dell'oggetto dell'indagine (si pensi, ad esempio, all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai Ministeri o alle Agenzie).

La previsione di cui al § 6 della Comunicazione differisce nella sua formulazione da quella utilizzata per disciplinare il parere obbligatorio (che l'Agcm deve infatti «chiedere indicando all'Autorità interpellata un termine per la risposta») invece previsto per l'adozione del provvedimento di chiusura dell'indagine, sia esso di accoglimento degli

impegni o di imposizione di misure rimediali (§§ 16[33] e 23[34] della Comunicazione).

Sul punto, non sembra tuttavia che la formulazione di cui al § 6 – maggiormente informale delle previsioni relative al parere obbligatorio, come del resto è la fase conoscitiva in cui essa si inserisce – dia luogo a differenze sostanziali, dal momento che l'uso del modo indicativo ("l'Autorità informa") sembra indicare comunque un dovere dell'Autorità di rivolgersi all'Autorità settoriale, mentre la facoltà di quest'ultima di presentare osservazioni finisce col tradursi nella produzione di un parere consultivo.

Ad ogni modo, il carattere innovativo del nuovo *toolkit* di cui è stata dotata l'Agcm rende fisiologico che, in una fase di prima applicazione, possa essere più impervia la ricerca di un coordinamento istituzionale che, auspicabilmente, al momento di un più maturo *enforcement* della disciplina, troverà un punto di equilibrio collaborativo.

5. *Funzione complementare o sussidiaria?*

Il secondo tema oggetto di dibattito verte sul carattere complementare o sussidiario rispetto alle altre funzioni esercitate da Agcm, per cui è stato avanzato il dubbio se il (rinnovato) potere conoscitivo debba ritenersi complementare/aggiuntivo o sussidiario a tutti i tradizionali poteri di accertamento e sanzione e di *advocacy*, nella

[33] Con riferimento all'ipotesi delle valutazioni degli impegni, concluso il *market test*, l'Autorità è chiamata a deliberare sugli impegni nella loro versione definitiva: pertanto, ove li valuti idonei a eliminare le distorsioni o gli ostacoli alla concorrenza indicati nella Delibera delle Risultanze Conoscitive, li rende obbligatori per le imprese con il provvedimento di chiusura dell'indagine. In tal caso la Comunicazione prevede che sia acquisito il parere dell'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto dell'indagine. Il parere è dunque obbligatorio ma non vincolante, potendosene l'Autorità motivatamente discostare, come previsto anche per i pareri prescritti nell'ambito dei procedimenti istruttori in materia di concorrenza (l. n. 287/1990) e tutela del consumatore (art. 27, commi 1-*bis* e 6, Codice del Consumo).

[34] Qualora si stia valutando l'adozione di misure rimediali, l'Autorità, svolto il contraddittorio attraverso l'acquisizione memorie e lo svolgimento di un'audizione dinnanzi al Collegio, chiede all'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati o i settori oggetto dell'indagine conoscitiva di fornire il proprio parere, indicando alla medesima un termine per la risposta. Qualora lo ritenga opportuno, l'Autorità può acquisire le osservazioni di altri soggetti pubblici.

misura in cui l'Autorità dovrebbe ricorrere a tale strumento conoscitivo in una logica meramente eccezionale e residuale rispetto a situazioni di mercato che non possono essere affrontate attraverso l'*antitrust enforcement*[35].

A sostegno di tale funzione sussidiaria, secondo taluni, militerebbe anche la stessa Comunicazione, nella parte in cui prevede la facoltà dell'Autorità, laddove chiuda l'indagine conoscitiva senza avviare la fase rimediale, di indirizzare atti di *advocacy* o deliberare un avvio dell'istruttoria per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione dominante (§ 8 della Comunicazione)[36].

La previsione, nell'ambito del § 8 della Comunicazione (riguardante la fase conoscitiva), della possibilità di esercitare i poteri di cui l'Autorità è già dotata in ragione delle sue competenze istituzionali ha indotto parte della dottrina a ritenere che la percorribilità della via rimediale risponda a una logica di chiusura del sistema, quale *extrema ratio* per la soluzione dei problemi concorrenziali riscontrati, in assenza della possibilità di ricorrere agli altri più consolidati strumenti.

La sussidiarietà del NCT, anche in sede di consultazione pubblica da molti invocata sulla falsariga del modello tedesco[37], non è tuttavia esplicitata nella Comunicazione e non richiede l'assolvimento da parte dell'Autorità di alcuna dimostrazione di insufficienza o inapplicabilità dei classici strumenti di cui la stessa è dotata.

Tuttavia, occorre precisare che, rispetto ai tradizionali poteri di *enforcement* usati dall'Autorità, il potere conoscitivo differisce per il presupposto posto a base del suo esercizio, i possibili soggetti destinatari delle misure e la natura stessa delle misure.

In primo luogo, il presupposto che legittima l'intervento rimediale («problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto

[35] Sul tema si richiamano i contributi di L. ARNAUDO, *New competition regulatory tools: Towards a structure-behavior-performance framework*, in *Concurrences*, 2024, 61, e M. CAPPAI, *Dalle tariffe dei voli insulari durante le festività all'intera economia. La rocambolesca genesi della market investigation all'italiana*, in *Merc. conc. reg.*, 2023, 391 ss.

[36] M. CAPPAI, *op. cit.*, 418.

[37] Cfr. § 32f(3) GWB: il ricorso alle misure rimediali è condizionato all'insufficienza degli altri poteri del *Bundeskartellamt* a eliminare effettivamente e definitivamente i malfunzionamenti della concorrenza.

funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori») sembrerebbe evidenziare un espresso orientamento verso il perseguimento del *consumer welfare* (*id est*, la correzione di fattori che comportano una riduzione dell'offerta disponibile per i consumatori in senso quantitativo o qualitativo, sotto il profilo della limitazione della libertà di scelta), mentre gli interventi di *enforcement* possono avere approccio più ampio rispetto alla restrizione della concorrenza da rimuovere. Tuttavia, tale presupposto solo "formalmente" appare diverso rispetto a quelli alla base degli interventi volti alla repressione delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizione dominante, in quanto l'Autorità invero interviene costantemente a reprimere le condotte distorsive che possono incrinare il corretto funzionamento del gioco competitivo e consentire lo sfruttamento di un potere di mercato a danno dei consumatori.

In secondo luogo, mentre gli interventi di *enforcement* si dirigono esclusivamente verso le imprese punite e assicurano l'effettiva cessazione della condotta illecita, le «misure» imponibili a conclusione di una *market investigation* introducono obblighi di comportamento per tutte le imprese interessate e sono proiettate al futuro, mirando a migliorare le condizioni di funzionamento del mercato.

In terzo luogo, le misure rimediali non sono dotate dello stesso grado di afflittività delle sanzioni amministrative pecuniarie, di talché le misure difficilmente possono essere ascritte al c.d. diritto amministrativo "punitivo", alla luce dei criteri dettati dalla storica sentenza *Engel* della Corte EDU.

Sul punto si osserva anche che le misure rappresentano l'esito di un confronto ampio e approfondito con tutti gli *stakeholder* interessati e, pertanto, assolvono ad una funzione di miglioramento dell'intero settore economico interessato, in grado di apportare benefici nel complesso del settore.

Sulla base delle descritte assunzioni, più che una funzione meramente sussidiaria dello strumento conoscitivo rispetto a quello di *enforcement*, potrebbe essere apprezzata come una funzione complementare, adottando un approccio sinergico tra i poteri a disposizione dell'Autorità nel rimediare alle distorsioni di concorrenza pregiudizievoli per il consumatore, pur nella considerazione della peculiarità e della delicatezza del potere che consente di introdurre misure ad operatori che non hanno di per sé posto in essere condotte

illecite. In tale ottica si potrebbe parlare di un *new "complementary" competition tool*. D'altra parte, l'iniziativa eurounitaria del 2020 si intitolava proprio "*Single Market - New Complementary Tool to Strengthen Competition Enforcement*".

6. *Le "nuove" indagini conoscitive in corso*

Per i temi sollevati in relazione alla possibilità di adottare misure rimediali al di fuori dell'accertamento di un'infrazione *antitrust* e per il carattere complementare rispetto al classico *enforcement antitrust* il rafforzamento del potere conoscitivo dell'Agcm può rappresentare, per certi aspetti, una nuova frontiera della regolazione conformativa dei mercati nell'ottica di garantire che le imprese adottino un comportamento che sia conforme a determinati principi e obiettivi di interesse pubblico, come appunto la concorrenza, la trasparenza e la protezione dei consumatori.

In sede conclusiva di questa disamina del rafforzamento dello strumento a disposizione dell'Agcm, occorre dare atto del corrente stato dell'arte. Infatti, dall'adozione della Comunicazione da parte dell'Autorità sono state concluse con il Rapporto finale due indagini conoscitive: una in tema di algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri sulle rotte nazionali da e per la Sicilia e la Sardegna (IC56)[38] e l'altra sull'editoria scolastica (IC57)[39]. Inoltre, è attualmente in corso un'indagine relativa ai rapporti tra la Grande Distribuzione Organizzata (GDO) e la filiera agroalimentare (IC58)[40].

Il 26 novembre 2024 è stato pubblicato il primo Rapporto Preliminare nell'ambito dell'indagine sugli algoritmi di prezzo nel trasporto aereo[41], che – appunto – illustra gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti finora, che – nello specifico – si sono estesi anche ad attività di *web scraping* e di analisi statistiche, economiche e tecniche (come la tecnica di c.d. *sock-puppet auditing*). L'indagine è stata poi conclusa a dicembre 2025 individuando una serie di iniziative volte a migliorare la comparabilità delle tariffe aeree.L'altra indagine conoscitiva conclusa riguarda l'editoria scolastica, un settore in cui

[38] Agcm, provvedimento n. 31789 del 16 dicembre 2025, in *Boll*. n. 1/2026.
[39] Agcm, provvedimento n. 31808 del 22 dicembre 2025, in *Boll*. n. 2/2026.
[40] Agcm, provvedimento n. 31773 del 16 dicembre 2025, in *Boll*. n. 49/2025.
[41] Agcm, provvedimento n. 31376 del 26 novembre 2024, in *Boll*. n. 46/2024.

convergono una pluralità di interessi pubblici e privati. *Inter alia*, l'indagine si occupa di una serie di criticità del settore, come l'andamento dei prezzi, le modifiche frequenti delle edizioni, le difficoltà di approvvigionamento e delle modalità di distribuzione, le possibili rigidità nelle modalità di adozione scolastica, (soprattutto per quanto riguarda la combinazione dei formati cartaceo-digitale) e la circolazione dei diritti di proprietà delle edizioni digitali.

L'indagine è stata avviata il 10 settembre 2024[42] e si è immediatamente aperta con una consultazione pubblica ("*call for input*"), per cui ogni soggetto interessato ha potuto inviare contributi..A dicembre 2025 l'indagine è stata conclusa evidenziando le criticità relative allo scarso utilizzo di risorse digitali e la necessità di un'efficace modularità di componenti di libri scolastici. Già a valle della consultazione pubblica sul Rapporto preliminare, l'Agcm ha accertato la disponibilità delle parti del procedimento ad adottare autonomamente interventi volti a risolvere le principali criticità emerse nell'IC. Inoltre, considerando necessario anche l'intervento con atti di indirizzo istituzionali, contestualmente alla chiusura dell'IC l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990, una segnalazione formale al Ministero e alle altre massime istituzioni competenti con indicazioni puntuali di intervento e supervisione in materia editoria scolastica.

Allo stesso tempo è stata avviata l'IC relativa ai rapporti tra GDO e filiera agroalimentare (anch'essa comprensiva di contestuale *call for input*), volta ad approfondire le modalità di esercizio del potere di acquisto da parte degli operatori della GDO nei settori dei prodotti freschi, alla luce del forte squilibrio di potere contrattuale lamentato dagli agricoltori rispetto alle grandi catene della GDO. Si tratta, invero, di un tema affrontato dall'Agcm in plurime occasioni, in quanto già affrontato non solo nella prima IC sulla GDO del 2013 (IC28), ma anche oggetto del potere attribuito all'Agcm dall'art. 62 del d.l. n. 1/2012 (ora abrogato) in materia di relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari[43].

[42] Agcm, provvedimento n. 31319 del 10 settembre 2024, in *Boll*. n. 36/2024, reperibile sul sito istituzionale www.agcm.it.

[43] Si ricordano i casi AL12 *Eurospin/modifica condizioni contrattuali con fornitori*, AL14 *Coop Italia-Centrale*

In questa prima fase applicativa del rafforzamento delle IC non sono state ancora adottate le discusse misure rimediali, per cui allo stato non è ancora possibile valutare se in concreto le critiche sopra descritte trovino sostanza. Ciò che è invece già osservabile è che l'avere scandito il procedimento conoscitivo in fasi definite favorisce un maggiore dialogo con tutti gli *stakeholder* dei settori interessati, stimola il ricorso ad ulteriori strumenti di acquisizione delle informazioni e rende quindi l'IC dotata di una maggiore oggettività utile non solo per sollevare rilievi sullo *status quo*, ma anche per contribuire costruttivamente all'attività normativa, come prospettato ad esito dell'IC sul settore aereo, in cui l'Agcm si è impegnata a condividere gli esiti dell'indagine con la Commissione europea nell'ambito del processo di revisione del Regolamento (CE) n. 1008/2008 in materia di servizi di trasporto aereo.

Adriatica/Condizioni contrattuali con fornitori e i sei casi paralleli AL15 relativi alla fornitura del pane alla GDO, poi annullati dal Tar per il Lazio nel 2021.

CRISTIANO ARTIZZU

Il ruolo di ARERA tra funzione di regolazione e funzione di enforcement*

SOMMARIO: 1. L'indipendenza di Arera alla luce della normativa euro-unitaria – 2. La regolazione del settore energetico – 3. Il riparto di competenze in materia di concorrenza e di pratiche commerciali scorrette nel settore energetico – 4. L'"*enforcement*" della regolazione con particolare riferimento all'ordine di cessazione delle condotte lesive dei diritti degli utenti.

1. *L'indipendenza di Arera alla luce della normativa euro-unitaria*

Il tema dell'indipendenza delle autorità di regolazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, e, nello specifico, di Arera (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) può essere utilmente trattato dando atto - per quanto possibile - del significato del lemma "regolazione". Non può essere passata sotto silenzio, infatti, la circostanza secondo la quale in alcuni settori, ivi compreso quello energetico, «l'organizzazione efficiente delle risorse non può essere attesa come risultato della spontanea interazione dei privati, ma dev'essere necessariamente conseguita artificialmente attraverso una più intensa attività di "regolazione". Di qui, dunque, la creazione di nuovi attori pubblici», vale a dire le autorità di regolazione, rientranti nella categoria delle «autorità amministrative indipendenti, a cui è demandato il compito di vigilare e indirizzare l'andamento di tali settori»[1].

La regolazione consiste, segnatamente, nell'esercizio di poteri autoritativi volti alla creazione di regole di comportamento cogenti per

*L'Autore è funzionario presso l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente e Dottore di ricerca in Diritto Privato e dal 1° gennaio 2026 è temporaneamente distaccato presso ACER, l'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione fra i regolatori dell'energia. Il presente contributo costituisce lo sviluppo della relazione svolta in occasione dell'evento «Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto», tenutosi i giorni 6 e 7 febbraio 2025 presso l'Università di Trento. Le opinioni qui espresse devono intendersi formulate a titolo personale e non coinvolgono, dunque, le amministrazioni di appartenenza.

[1] C.A. VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2024, 3, 722.

i soggetti che operano in un determinato settore[2]. Venendo all'incidenza della regolazione sull'autonomia dei privati, ossia degli attori del mercato, risulta in particolare che «la finalità ultima dell'intervento» di tali organismi, e, quindi, della regolazione dagli stessi emanata, «è la conformazione del medesimo mercato al modello concorrenziale selezionato o comunque il raggiungimento di obiettivi più ampi di quelli inerenti alla singola operazione»[3] o contratto, in modo da garantire il buon funzionamento del mercato e, in senso lato, del settore affidato alla cura della stessa Autorità di regolazione.

Per la suddetta ragione, dunque, l'indipendenza del soggetto deputato a porre regole vincolanti per la conformazione di un mercato deve essere costantemente assicurata non solo nei confronti dei soggetti destinatari delle regole, ma, altresì, di altri soggetti pubblici, ivi compreso lo stesso legislatore, in ragione delle competenze - esclusive - riconosciute dal diritto dell'Unione Europea alle autorità di regolazione.

Volendo rappresentare, pur in forma stilizzata, l'intima essenza della regolazione, può dirsi che essa persegue il fine di dettare, all'indirizzo degli operatori, previsioni imperative consistenti in regole cogenti di comportamento che consentano che la ricerca del profitto avvenga compatibilmente con gli altri interessi presenti in una società ed in accordo al modello, fatto proprio dall'Unione europea, dell'economia sociale e di mercato[4]. Del resto, la stessa «correzione dell'assetto contrattuale persegue un obiettivo che trascende il carattere privato dell'affare» e «guarda a un orizzonte più ampio», che è oggi «rappresentato dall'assetto complessivo del mercato»[5] di riferimento. Non è un caso, quindi, che il giudice amministrativo - viene in rilievo, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato 24 maggio 2016, n. 2182 - abbia chiarito, al di là dell'esito del contenzioso affrontato in quell'occasione, che le previsioni della legge n. 481/95, istitutiva di Arera, «attribuiscono all'Autorità poteri ampi di etero-integrazione,

[2]A. MANGANELLI, G. NAPOLITANO, *Regolazione, diritto e istituzioni*, in *Economia e diritto della regolazione*, C. CAMBINI, A. MANGANELLI, G. NAPOLITANO, A. NICITA (a cura di), Bologna, 2024, 137.

[3]C.A. VALENZA, *op.cit.*, 724.

[4]C.A. VALENZA, *op.cit.*, 730.

[5]T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *Il contratto è politica riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Giuseppe Guizzi*, Milano, 2024, 26.

suppletiva e cogente, dei contratti, sopra indicati, per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto». In tal senso, «anche una semplice operazione contrattuale posta in essere da un consumatore per soddisfare una propria esigenza di vita può diventare un problema di mercato, nella misura in cui essa, pur conforme alla concorde volontà delle parti, presenti delle difformità rispetto alle regole di funzionamento del mercato rilevante»[6].

Si avverte, infatti, la necessità di «conformare il mercato di riferimento, iniettandovi - per così dire - dosi di concorrenzialità»[7], senza che sia estranea a tale intervento l'esigenza, in sé e per sé considerata e conseguentemente valorizzata, di assicurare una maggiore protezione dei consumatori, guardando, dunque, anche all'interesse individuale dei clienti finali destinatari della fornitura di energia elettrica e/o gas[8].

Recentemente, la direttiva 2024/1788 del 13 giugno 2024, relativa a norme comuni per i mercati interni del gas rinnovabile, del gas naturale e dell'idrogeno, che modifica la direttiva 2023/1791 e che abroga la direttiva 2009/73/CE, ha confermato al proprio art. 76 – sulla scia, lo vedremo a breve, di altre previsioni del legislatore UE – l'obbligo degli Stati membri di garantire l'indipendenza dell'Autorità di regolazione, facendo sì che quest'ultima «sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi soggetto pubblico o privato» (paragrafo 4, lett. *a*). In particolare, gli Stati membri, al fine di tutelare l'indipendenza dell'Autorità di regolazione, provvedono affinché tale Autorità «possa prendere decisioni autonome in maniera indipendente da qualsiasi organo politico» (paragrafo 5, lett. *a*).

Significativamente, la citata direttiva, al considerando 117, prevede poi che «Ai fini del buon funzionamento del mercato interno del gas naturale le autorità di regolazione devono essere in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati»,

[6]T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *op.cit.*, 91.

[7]T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *op.cit.*, 28.

[8]Si pensi, in tal senso, alla disciplina regolatoria adottata in tema di morosità del cliente finale (Allegato A alla deliberazione 258/2015/R/com per il settore elettrico e Allegato A alla deliberazione ARG/gas 99/11 per il settore gas).

soggiungendo, al considerando 121, che «Le autorità di regolazione dovrebbero avere il potere di adottare decisioni vincolanti per le imprese (…) e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle imprese (…) che non rispettano i loro obblighi» e che alle stesse amministrazioni «dovrebbe inoltre essere conferito il potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore, promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno del gas naturale e dell'idrogeno». Conseguentemente, oltre a quanto previsto dall'art. 76, paragrafi 4 e 5, della ricordata direttiva, di cui si è dato conto seppur solo parzialmente, l'art. 78, paragrafo 4, dispone che «Gli Stati membri provvedono affinché le autorità di regolazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti di cui ai paragrafi 1, 3 e 6. A tal fine, all'autorità di regolazione devono essere conferiti», tra i vari poteri, almeno «il potere di adottare decisioni vincolanti» e «il potere di effettuare indagini sul funzionamento dei mercati del gas naturale e dell'idrogeno e di adottare e imporre i provvedimenti necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati del gas naturale e dell'idrogeno».

Previsioni analoghe sono state adottate per il settore elettrico. Può essere in particolare utile far riferimento alla direttiva 2019/944 del 5 giugno 2019, recepita nell'ordinamento italiano con decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 210, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. Anche la direttiva 2019/944, nel mettere in luce le prerogative di indipendenza dell'autorità di regolazione, sancisce al proprio considerando 80 che «Ai fini del buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica, occorre che i regolatori dell'energia possano prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati».

Al considerando 84 viene altresì chiarito, analogamente al settore gas, non solo che «Le autorità di regolazione dovrebbero essere dotate dei poteri necessari per assumere decisioni vincolanti per le imprese elettriche e per imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti delle stesse qualora non rispettino gli obblighi a loro carico, ma, allo stesso tempo, che ad esse dovrebbe essere «conferito il

potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica». Conseguentemente, l'art. 57 - se ne vedano, in particolare, i paragrafi 4 e 5 - e l'art. 59 - se ne veda il paragrafo 3 - dettano previsioni che verranno poi riprese dalla direttiva 2024/1788 del 13 giugno 2024 agli artt. 76 ss., già prima richiamati.

Le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE avevano comunque già da tempo rafforzato l'indipendenza delle autorità di regolazione da «qualsiasi ente pubblico o da qualsiasi organo politico» - come rilevato dalla sentenza della Corte di Giustizia 2 settembre 2021, causa C- 718/18, *Commissione c. Germania* - rispetto alle precedenti direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, che si concentravano principalmente sulle garanzie di indipendenza dai soggetti regolati. Segnatamente, con la sentenza da ultimo citata (cfr. punto n. 130) - ma il principio non può che valere per tutte le competenze assegnate ad Arera anche da direttive successive a quelle che verranno richiamate – la Corte di Giustizia ha chiarito che «la competenza attribuita dalle direttive 2009/72 e 2009/73 esclusivamente alle ANR e l'indipendenza di queste ultime devono essere garantite nei confronti di qualsiasi organo politico, quindi non solo dal governo, ma anche nei confronti del legislatore nazionale, il quale non può sottrarre una parte di tali poteri alle ANR e attribuirli ad altri organi pubblici».

Illuminante, in tal senso, è il contenzioso portato all'attenzione del Tar Lombardia e deciso con la sentenza 23 maggio 2023, n. 1228, con cui è stato statuito che le previsioni dell'ordinamento comunitario – si trattava degli artt. 39 e 41 della Direttiva 2009/73/CE – «impongono agli Stati membri, in tutte le loro articolazioni istituzionali, il divieto di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità nazionali di regolamentazione». In quell'occasione il giudice amministrativo si era occupato, nello specifico, del ricorso avverso un provvedimento con cui Arera aveva disapplicato, per contrasto con la normativa UE, l'art. 114-*ter* del decreto-legge n. 34/20 in tema di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori per realizzare reti di distribuzione di gas metano nelle località di nuova metanizzazione. L'art. 114-*ter* del ricordato decreto-legge, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/20, aveva infatti introdotto il

comma 4-*bis* all'art. 23 del decreto legislativo n. 164/00, ponendo, in sostanza, l'obbligo per Arera di riconoscere l'integrale copertura tariffaria degli investimenti per il potenziamento o per la nuova realizzazione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in alcune località del territorio nazionale, introducendo, quindi, ricorda la sentenza, una presunzione assoluta dell'efficienza e convenienza dei relativi investimenti: una vera e propria «avocazione», volendo richiamare le icastiche parole della pronuncia del Tar Lombardia.

L'art. 114-*ter* ha avuto comunque vita breve in quanto abrogato con decreto-legge n. 69/23, convertito con modificazioni dalla legge n. 103/23, il cui art. 22, rubricato «Verifica dell'efficienza degli investimenti nella rete di distribuzione del gas ai fini della copertura tariffaria. Caso EU Pilot 2022/10193/ENER» ha infatti abrogato il comma 4-*bis* dell'art. 23 del decreto Letta.

Il Tar Lombardia, significativamente, e proprio alla luce della normativa europea - la direttiva 2009/73/CE - ha statuito in particolare che, «Come espressamente indicato anche dalla L. n. 481/1995, il principio generale dell'autonomia e indipendenza dell'Autorità, si esercita infatti nell'ambito di un potere di indirizzo, che non può tuttavia estendersi a dettare prescrizioni puntuali e di dettaglio, in relazione alla necessità di sottrarre la regolazione amministrativa nel settore dell'energia, ad un condizionamento diretto delle istanze politiche, suscettibili di alterare le dinamiche di mercato.

In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 39, par. 4, della Direttiva, gli Stati membri "garantiscono l'indipendenza dell'autorità di regolamentazione", e provvedono affinché essa sia dotata "dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità" i propri compiti (art. 41, par. 4), tra cui rientra quello di "stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo" (art. 41 par. 1, lett. *a*)».

Trattasi, in sintesi, guardando ai poteri conferiti ad Arera, di una competenza esclusiva che ha come corollario il divieto del legislatore e di altre amministrazioni di sostituirsi ad Arera stessa nell'esercizio del potere di regolazione a quest'ultima affidato.

E pare oggi superato lo stesso timore, manifestato agli albori del dibattito in tema di autorità indipendenti, circa la mancanza di effettiva indipendenza del regolatore energetico: timore che aveva indotto la dottrina a far riferimento ad uno "*status*" di non piena indipendenza

dell'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (poi ridenominata Arera), rilevando come l'attività di quest'ultima non fosse indipendente dall'Esecutivo (dovendo il sistema tariffario, ai sensi della legge n. 481/95, tenere conto degli indirizzi di politica generali del Governo)[9]. Se è vero che la legge istitutiva dell'Autorità non sottrae al Governo la funzione di «potere responsabile» delle «linee di fondo» della politica energetica e dei servizi di pubblica utilità, vale a dire di «indirizzi generali», ciò avviene senza pregiudizio per l'autonomia dell'Autorità di regolazione[10]. Volendo inoltre mutuare le parole della sentenza della Corte di Giustizia 6 marzo 2025, resa nella causa C-48/23, come risulta in particolare dal considerando 87 della direttiva 2019/944, e «come previsto dall'articolo 194, paragrafo 2, secondo comma, TFUE, gli Stati membri hanno il diritto di determinare le condizioni di utilizzo delle loro risorse energetiche. Detta direttiva non priva quindi gli Stati membri della possibilità di stabilire ed emanare la propria politica energetica nazionale nonché di determinare il quadro strategico delle autorità di regolazione, in particolare per quanto riguarda la sicurezza

[9]G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 3, 648, 660.

[10]A. BARDUSCO, *Art. 1, comma 1°*, in *Legge 14 novembre 1995 n. 481, Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARE (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, XXI, 2-3, 230, che non nasconde il rischio che il Governo possa «serrare l'azione dell'Autorità entro provvedimenti governativi di indirizzo troppo puntuali e dettagliati»; rischio in taluni casi registratosi. Oltre alla vicenda affrontata dalla ricordata sentenza del Tar Lombardia n. 1228/2023, e da altre contestuali pronunce del medesimo Tar (nn. 1229, 1230 e 1231), può ricordarsi quanto statuito, sempre dal Tar Lombardia, con sentenza 28 novembre 2019, n. 2538, che ha in particolare rimarcato «la speciale sfera di attribuzione di Arera in materia tariffaria» anche per quel che attiene alla «determinazione delle tariffe, ovvero della relativa metodologia di calcolo, ivi compresi i contributi da riconoscere ai distributori – all'uopo valorizzandoli e traslandoli nelle tariffe da praticare alla utenza – per l'assolvimento dell'obbligo di acquisto dei certificati bianchi che su di loro normativamente grava». La sentenza da ultimo citata ha rilevato, d'altronde, che spetta invece «alle Autorità ministeriali il compito di definire gli obiettivi quantitativi da conseguirsi con misure di incremento dell'efficienza energetica. Nel caso di specie, il decreto ministeriale impugnato, ossia il D.M. del 10 maggio 2018 emanato dal Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, aveva illegittimamente «fissato un tetto massimo al riconoscimento in tariffa degli oneri sofferti dai distributori per l'acquisto di certificati bianchi».

dell'approvvigionamento. Pertanto, gli Stati membri sono liberi di adottare la propria normativa relativa al mercato nazionale dell'energia elettrica, salvo per quanto riguarda i compiti e le competenze delle autorità di regolazione previsti dalla medesima direttiva». Ed è questo il presupposto che conduce la Corte stessa a chiarire, con la ricordata pronuncia, che «l'esercizio, da parte di uno Stato membro, delle sue competenze quanto alla definizione della sua politica energetica può comportare ripercussioni sui costi di gestione della rete elettrica. Inoltre, la mera circostanza che uno Stato membro miri a far diminuire, mediante l'adozione di una normativa, i prezzi della distribuzione di energia elettrica non è, in quanto tale, incompatibile con l'articolo 57, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2019/944», non potendo comunque essere ammesse, «alla luce dell'articolo 57, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2019/944, misure di regolamentazione nazionali che comprendono disposizioni dettagliate che stabiliscono, in modo specifico, gli elementi che sono a discrezione dell'autorità di regolazione, quali il livello delle tariffe della rete elettrica o le metodologie concrete del loro calcolo».

Già ai sensi delle stesse direttive del Terzo Pacchetto - e si veda in particolare l'art. 35, paragrafo 4, lett. *b*, punto *ii*, della direttiva 2009/72 e l'art. 39, paragrafo 4, lett. *b*, punto *ii*, della direttiva 2009/73 - rimanevano comunque impregiudicati gli orientamenti di politica generale elaborati dal Governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione delle autorità di regolazione.

2. *La regolazione del settore energetico*

Nel caso di Arera, i poteri di regolazione sono oggi alla stessa attribuiti in virtù della legislazione euro-unitaria, le cui previsioni, come chiarito anche dalla ricordata giurisprudenza (nazionale ed europea), sono sufficientemente chiare, precise e dettagliate nel vietare agli Stati membri (e, "*a fortiori*", alle loro articolazioni amministrative) di invadere e comprimere dette competenze (si pensi, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, alle competenze che gli Stati Membri sono tenuti ad attribuire alle autorità di regolazione ai sensi degli artt. 58 e 59 della direttiva 2019/944, come prima ricordato): ciò anche qualora alcuni segmenti dei settori affidati alla cura dell'Autorità di regolazione siano già aperti alla concorrenza (si pensi al caso della

fornitura di energia elettrica e/o gas al cliente finale).

Per completezza, non può comunque passarsi sotto silenzio il fatto che le previsioni della legge n. 481/95 molto devono alle scelte del legislatore nazionale, avendo lo stesso istituito, con una iniziativa autonoma, la funzione regolativa al fine di limitare e comunque controllare il monopolio privato, divenendo obbligatoria solo successivamente l'istituzione dell'Autorità di regolazione in virtù delle direttive in materia di liberalizzazione[11].

Ma le competenze dell'Autorità di regolazione possono essere osservate, nella direzione tracciata, anche guardando ad altre, importanti, previsioni.

Come previsto dall'art. 43 del decreto legislativo n. 93/11, di recepimento delle menzionate direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, Arera «può effettuare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché adottare e imporre provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati. In funzione della promozione della concorrenza, l'Autorità può in particolare adottare misure temporanee di regolazione asimmetrica»[12].

Sempre la Corte di Giustizia con la sentenza pronunciata a seguito del ricorso per inadempimento della Commissione Ue contro il Regno del Belgio, ha recisamente affermato che «L'articolo 37, paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2009/72 e l'articolo 41, paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2009/73 prevedono che gli Stati membri provvedano affinché le autorità di regolamentazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti di cui ai paragrafi 1, 3 e 6 di tali articoli e che, a tal fine, all'autorità di

[11]G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 634. Come ricordato da M. Giobbi, *Comunità energetiche e funzionalizzazione «sostenibile» del mercato dell'energia*, Napoli, 2024, 16, le prime direttive in materia di liberalizzazione risalgono al 1996.

[12] Si veda, a titolo esemplificativo, la deliberazione 542/2013/E/com in materia di fatturazione ai clienti di minori dimensioni e alla deliberazione 470/2014/E/com con cui l'Autorità di regolazione italiana ha deliberato di effettuare verifiche ispettive nei confronti degli esercenti la vendita: indagine chiusa con deliberazione 440/2015/E/com con cui è stato previsto che le risultanze dell'indagine conoscitiva costituissero la base per successivi provvedimenti per porre rimedio alle criticità riscontrate.

regolamentazione sia conferito almeno il potere di adottare decisioni vincolanti per le imprese di energia elettrica o di gas naturale, nonché il potere di effettuare indagini e di adottare e imporre i provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento del mercato. Ove appropriato, l'autorità di regolamentazione ha anche il potere di cooperare, in particolare, con l'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza nello svolgimento di un'indagine relativa alla legislazione sulla concorrenza». Ne consegue, che, «contrariamente a quanto sostiene il Regno del Belgio, il potere di adottare misure al fine di promuovere una concorrenza effettiva sui mercati dell'energia elettrica e del gas naturale non deve appartenere esclusivamente alle autorità nazionali garanti della concorrenza. Come enunciano il considerando 37 della direttiva 2009/72 e il considerando 33 della direttiva 2009/73, l'autorità di regolamentazione deve poter adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore, promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale».

La Corte di Giustizia, nel proseguire nell'enunciazione di tali importanti principi, ricorda inoltre che, alla luce delle disposizioni delle direttive 2009/72 e 2009/73, «gli Stati membri devono dotare le autorità di regolamentazione del potere di adottare misure vincolanti, in particolare al fine di promuovere una concorrenza effettiva sui mercati dell'energia elettrica e del gas naturale. Se è vero che tali autorità devono poter cooperare con le autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza, comunicando loro, in particolare, ogni informazione pertinente e deferendo alle stesse tutti i casi che esse ritengano di loro competenza, ciò non toglie che esse devono poter esercitare le loro competenze e i loro poteri indipendentemente da quelli esercitati da queste ultime autorità» (sentenza della Corte di Giustizia, sez. X, 3 dicembre 2020, *Commissione c. Belgio*, C-767/19).

Nel caso affrontato dalla Corte di Giustizia con la sentenza ora citata, il Belgio, quale Stato membro, non aveva infatti recepito correttamente le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, non avendo previsto in capo all'Autorità di regolazione il potere di adottare decisioni vincolanti ai sensi delle direttive stesse, avendo per contro ritenuto competente

l'autorità "*Antitrust*". La Commissione aveva dunque agito per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFEU contro il Regno del Belgio non essendo stato conferito all'Autorità di regolazione il potere di adottare decisioni vincolanti e di imporre, autonomamente, i provvedimenti ritenuti necessari alla promozione di una effettiva concorrenza e alla garanzia del buon funzionamento del mercato.

In tema di indipendenza delle autorità di regolazione, vale comunque la pena richiamare nuovamente la sentenza della Corte di Giustizia del 2 settembre 2021, causa C- 718/18, *Commissione c. Germania*, punti 85 e ss (e ulteriore giurisprudenza ivi richiamata). Segnatamente, chiarisce la Corte, «l'articolo 35, paragrafo 4, lettera a), e paragrafo 5, lettera a), della direttiva 2009/72, nonché l'articolo 39, paragrafo 4, lettera a), e paragrafo 5, lettera a), della direttiva 2009/73 prevedono che le ANR esercitino la loro competenza in modo indipendente da qualsiasi ente pubblico o da qualsiasi organo politico». In particolare, proseguono i giudici, «tale indipendenza decisionale implica che, nell'ambito dei compiti e delle competenze di regolamentazione di cui all'articolo 37 della direttiva 2009/72, l'ANR adotta le sue decisioni in modo autonomo, sulla sola base dell'interesse pubblico, per garantire il rispetto degli obiettivi perseguiti da tale direttiva, senza essere soggetta a istruzioni esterne provenienti da altri organi pubblici o privati (sentenza dell'11 giugno 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, C-378/19, punto 54)». La Corte prosegue ricordando che le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE «mirano anche, conformemente al considerando 33 della prima e al considerando 29 della seconda, a rafforzare l'indipendenza delle ANR rispetto al regime previsto dalla normativa precedente. Come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 112 delle sue conclusioni, l'indipendenza piena rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo, è funzionale a garantire che le decisioni prese dalle ANR siano realmente imparziali e non discriminatorie, escludendo la possibilità di un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici legati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico. Inoltre, la rigorosa separazione rispetto al potere politico consente alle ANR di inserire la loro azione in una prospettiva a lungo termine, che è necessaria per realizzare gli obiettivi delle direttive 2009/72 e 2009/73». E questo non

può che valere anche oggi, in un momento storico in cui lo Stato sembra tornato sulla scena ed in cui si avverte, nuovamente, la necessità di «antidoti» contro i «rischi di patologia dell'intervento pubblico» e contro i «rischi di prevaricazione dell'interesse politico nell'adozione di decisioni pubbliche» delle quali deve, invero, essere «preservata la rispondenza a ragioni tecniche oggettive»[13].

Indubbiamente, l'attività delle autorità indipendenti contribuisce all'innalzamento del livello di effettività e di attuazione delle previsioni del diritto UE e della stessa normativa nazionale di recepimento[14]. Ma ciò non avviene solo in virtù di provvedimenti di natura meramente tecnica. Se si guarda, infatti, alla legge n. 481/95 ed in particolare all'art. 1 - disposizione che potrebbe apparire ipertrofica - il carattere dell'indipendenza sembra germinare anche dalla necessità di perseguire finalità non sempre tra loro conciliabili e di promuovere la tutela di interessi tra loro confliggenti: ciò legittimando a discorrere di una discrezionalità, dunque, non solo tecnica, ma amministrativa se non addirittura politico-costituzionale, che deve pertanto poggiare sulla competenza di un'Autorità di regolazione viepiù indipendente, proprio perché chiamata a regolare settori posti a cavallo tra interessi pubblici e privati.

La dottrina ha difatti avvertito come le autorità indipendenti non siano chiamate ad adottare decisioni esclusivamente tecniche, proprio in ragione del bilanciamento di interessi contrapposti[15], e come ad alcune di esse sia ascrivibile «un'attività regolatoria di natura politico-costituzionale, volta cioè a ponderare interessi di rango costituzionale»[16].

La competenza di natura tecnica non è disgiunta, pertanto, dal ruolo di decisore politico, pur a fronte di alcune non troppo meditate

[13]G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 75-76.

[14]M. GIOBBI, *op.cit.*, 153.

[15]G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2024, 457.

[16]G. CARUSO, *L'autorità di regolazione dei trasporti nell'ordinamento amministrativo e costituzionale*, in *Il Trasporto pubblico locale*, F. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), vol. II, Napoli, 2018, 87. L'autore non sembra però riferire tale caratteristica all'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente.

enunciazioni della Corte di Giustizia. Come avvertito in dottrina[17], infatti, nella evocata sentenza pronunciata nel caso C-718/18, la Corte di Giustizia, al paragrafo 132, afferma che le competenze riservate alle autorità di regolazione «rientrano nel settore dell'esecuzione, sulla base di una valutazione tecnica specializzata della realtà» e che, «nell'esercizio di tali competenze», tali autorità «sono subordinate a principi e a norme stabiliti da un quadro normativo così dettagliato a livello dell'Unione, che limitano il loro margine di discrezionalità e impediscono loro di operare scelte di natura politica»; dimenticando però, a detta dei ricordati osservatori, che proprio tali autorità sono chiamate ad un costante bilanciamento di interessi contrapposti. Tale constatazione, che trova fondamento nel ricordato art. 1 della legge n. 481/95, non legittima, però, ad introdurre nuovi interessi, come correttamente affermato dall'Avvocato Generale Pitruzzella al punto 120 delle proprie conclusioni: in tal senso, le autorità di regolazione «dovranno limitarsi ad agire nell'ambito tracciato dalla normativa europea senza poter introdurre nuovi interessi o criteri oltre quelli previamente individuati dal legislatore europeo» o comunque, sia consentito sostenerlo, nazionale.

Ed è, pertanto, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 481/95 che Arera non può essere «ridotta» ad organo meramente tecnico, essendo chiamata, invece, a garantire l'interesse pubblico coincidente con il buon funzionamento del mercato, ossia un interesse che diviene sintesi di interessi che, diversamente, potrebbero essere aggettivati come privati; e sono proprio la competenza tecnica e la conoscenza del settore che legittimano, nella visione del legislatore nazionale e sovranazionale, il ruolo dell'Autorità di regolazione e la sua indipendenza. Per quanto riguarda nello specifico Arera, ad essa sono attribuiti poteri di regolazione e di controllo di interi settori «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» come recita la legge istitutiva (art. 2, comma 5)[18].

[17]L. KASCHNY, S. LAVRIJSSEN, *The independence of national regulatory authorities and the European Union Energy transition*, in *International and Comparative Quarterly,* 2023, July, 716 ss.

[18]G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 635.

3. *Il riparto di competenze in materia di concorrenza e di pratiche commerciali scorrette nel settore energetico*

L'analisi della funzione di regolazione del settore energetico e della funzione di "*enforcement*" della predetta regolazione non può prescindere dal riferimento al riparto di competenze tra Arera e Autorità Garante della concorrenza e del mercato. E corrisponde ad una constatazione per così dire tralaticia l'affermazione in accordo alla quale il regolatore adotta misure correttive che conformano l'autonomia privata simulando – "*pro futuro*" - lo scenario tipico di un mercato competitivo, mentre l'azione "*antitrust*" preserva lo "*status quo*" definito sulla base di tali regole oltre che delle disposizioni del legislatore UE e di quello nazionale.

Volendo allargare lo sguardo, l'indipendenza della regolazione e la salvaguardia delle competenze dell'Autorità ad essa preposta possono essere osservate anche con riferimento all'istituto - dalle innegabili virtù - degli impegni di cui, principalmente, all'art. 14-*ter* della legge n. 287/90: istituto che pone dilemmi di varia natura, oltre che un problema di sistemazione concettuale.

Con particolare riguardo alla loro natura regolatoria, sono stati messi in luce i costi, «significativi», dello sconfinamento, nei territori della regolazione, da parte dell'"*Antitrust*", atteso che la probabilità di errore è tanto più elevata quanto più articolati e dettagliati sono gli impegni ai quali è in ipotesi condizionata l'autorizzazione di un'operazione[19]. Talvolta, si è addirittura intravisto il rischio di una vera e propria «deriva regolatoria» quale manifestazione «di un potere innominato di regolazione»[20].

Ma, è stato osservato, anche lo sconfinamento di un'autorità di regolazione verso azioni "*antitrust*" è foriero di costi o comunque del rischio dell'incertezza[21], quale possibile freno agli investimenti.

La pertinenza degli impegni rispetto alle preoccupazioni concorrenziali costituisce, allora, il presupposto dell'esercizio legittimo del potere dell'Autorità "*Antitrust*" e segna, in tal senso, il limite rispetto ad un intervento di natura per così dire regolatoria che esula

[19]L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 2, 280.

[20]Su punto di veda C.A. VALENZA, *op.cit.*, 733.

[21]L. PROSPERETTI, *op.cit.*, 281.

dalle competenze di AGCM[22].

Come affermato in giurisprudenza dalla sentenza del Consiglio di Stato, 20 novembre 2013, n. 5500, confermativa della sentenza del Tar Lazio n. 5005/2009, l'AGCM, in quell'occasione, non si era limitata, nell'accettare gli impegni, ad imporre alle imprese sottoposte a procedimento sanzionatorio condotte e atti diretti a far venir meno determinati profili anticoncorrenziali, ma aveva «sostanzialmente disposto una nuova regolazione del settore».

Il giudice di primo grado, dal canto suo, aveva affermato che «L'intervento manipolativo posto in essere da AGCM quanto alla individuazione delle coordinate di accesso al mercato *de quo*, quantunque veicolato dall'accettazione degli impegni alla medesima proposti dalle parti oggetto di accertamento istruttorio, appare trasmodare dalle prerogative legittimamente esercitabili dall'Autorità: venendo ad integrare una determinazione "regolativa" del mercato stesso che il Collegio ritiene esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'*Antitrust*». Correttamente, il Tar Lazio aveva ritenuto dunque «preclusa l'adottabilità di una determinazione con la quale vengano resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti.

Continuando nella disamina, il Tar Lazio si era espresso in termini di «preclusa assimilabilità del ruolo dell'Autorità *antitrust* a quello proprio di un'Autorità di regolazione: trasmodamento di funzione che, come è evidente, verrebbe a realizzarsi laddove lo strumento offerto dall'art. 14-*ter* rivelasse concreta attitudine a realizzare operazioni con le quali:

sul presupposto dell'avvenuta presentazione (veicolata dalla sola finalità di evitare l'applicazione delle misure sanzionatorie) di impegni che, accettati, siano suscettibili di determinare una immutazione nelle regole del mercato eccedente l'ambito delle contestazioni a fondamento dell'apertura dell'istruttoria;

[22]M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *I procedimenti dinanzi all'Autorità*, in M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Tomo I, Torino, 2024, 338, con riferimento alla sentenza del Tar Lazio n. 5005/2009.

venisse conferita valenza obbligatoria per tutti gli operatori (anche, eventualmente, estranei al procedimento e conseguentemente agli impegni stessi) alla rimodulazione delle regole suddette (anche se in senso asseritamente procompetitivo), venendosi per l'effetto a delineare l'esercizio, ad opera dell'Autorità, di una funzione praticamente "nomopoietica"», rilevando invece, quanto all'accettazione degli impegni, la necessaria «strumentalità e non eccedenza rispetto all'effetto anticoncorrenziale che si sia inteso scongiurare», viepiù quando gli impegni comportino una modifica strutturale del sistema che non sia funzionale al venir meno delle preoccupazioni dell'Autorità.

In conclusione, la pronuncia del Tar Lazio è oltremodo significativa perché chiarisce che «la portata effettuale riveniente dalle misure decise dall'Autorità non deve introdurre all'interno delle regole di funzionamento del mercato un quid novi rispetto all'assetto che quest'ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali: ma deve, piuttosto, svolgersi in un ambito meramente "ripristinatorio", ovvero essere preordinata alla "ricostituzione" della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti "abusivi" », emergendo, sempre secondo il Tar Lazio, come i criteri di proporzionalità, adeguatezza e non eccedenza presidino l'esercizio dei poteri di cui all'art. 14-*ter* della legge n. 287/90. Un limite interno, dunque, all'esercizio della funzione amministrativa.

Non va neppure dimenticato, però, che «Se si guarda all'esperienza comunitaria è possibile affermare che, nel settore dell'energia, le decisioni con impegni assunte dall'autorità *antitrust* europea nel triennio 2008-2010 hanno contribuito al raggiungimento degli obiettivi generali di politica della concorrenza perseguiti in prima battuta con lo strumento delle Direttive. La separazione proprietaria delle reti del gas di RWE ed elettrica di E.ON in Germania e dei gasdotti TAG, TENP e Transitgas per ENI deve essere inquadrata, pertanto, come il raggiungimento tramite l'*antitrust* di un risultato concorrenzialmente superiore a quello che la mediazione politica, della quale le Direttive sono frutto, avrebbe consentito», pur essendo comunque vero che «Il rischio che l'ingerenza dell'attività *antitrust* in ambito regolatorio possa portare a decisioni altamente discrezionali con possibili esiti non

ottimali sono maggiori a livello nazionale»[23].

In sintesi, «autorità di concorrenza e autorità di regolazione devono coordinarsi in maniera molto stretta, dal momento che il rischio derivante da possibili asimmetrie informative nel processo valutativo degli impegni è sempre possibile»[24].

La dottrina ha altresì chiarito che, «nell'accettare una proposta di impegni, la valutazione deve essere operata preferendo le proposte concretamente idonee a ricomporre celermente l'effetto distorsivo della concorrenza (…) precludendone al contrario l'adottabilità in tutte quelle ipotesi nelle quali risulti più appropriata una sanzione, oppure laddove vengano offerte misure non direttamente connesse con i problemi concorrenziali sollevati con l'avvio della procedura istruttoria, al fine di scongiurare uno sconfinamento dei poteri dell'Agcm in un ambito (quello della regolazione proconcorrenziale) non compatibile con il mandato e la funzione (di tutela della concorrenza) attribuiti dal legislatore alla medesima»[25].

Calando nel concreto tali dilemmi e principi, potrebbe essere in particolare opportuna, quindi, la previsione di un coordinamento tra AGCM e Arera nel caso di procedimenti sanzionatori avviati per violazione delle regole della concorrenza e, nello specifico, la previsione di un parere della seconda a favore della prima; parere già previsto in materia di pratiche commerciali scorrette, come vedremo tra poco. Né può essere sottovalutata la scelta di Arera di prevedere, all'art. 21, comma 1, lett. f), del nuovo Regolamento Sanzioni, adottato con deliberazione 598/2023/E/com, che, nel caso dei procedimenti sanzionatori di propria competenza, gli impegni sono dichiarati inammissibili anche qualora le misure contenute nella proposta degli impegni stessi realizzino finalità prevalentemente estranee a quelle proprie dell'istituto in parola (onde scongiurare un indebito vantaggio competitivo a favore dell'operatore sottoposto a procedimento sanzionatorio).

---

[23]A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, 2, 353-354.

[24]A. NOCE, *op.cit.*, 355.

[25]B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio Antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 180, cui si rimanda anche per i riferimenti di dottrina.

Venendo alla materia delle pratiche commerciali scorrette, devono prendersi le mosse dall'art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo.

Se il Protocollo di intesa del 13 settembre 2012 è uno strumento di collaborazione tutto sommato generico che non prevede il rilascio di un parere obbligatorio da parte di Arera ad AGCM, più specifico è il Protocollo di intesa, sottoscritto sempre dalle due amministrazioni, del 23 ottobre 2014 che attua per l'appunto l'art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo, ai sensi del quale «Anche nei settori regolati, (…) la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedimentali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

Nello specifico, con il ricordato Protocollo del 2014 è stata prevista l'istituzione di un gruppo di lavoro e disciplinato il rilascio del parere anche nel caso della presentazione di impegni. Significativamente, l'art. 4 del Protocollo prevede che «il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale».

Compulsando comunque la giurisprudenza nazionale in materia di pratiche commerciali, e pur consapevoli di quanto previsto dal Codice del consumo circa la competenza apparentemente esclusiva di AGCM, è opportuno richiamare la sentenza del Consiglio di Stato del 10 luglio 2024, n. 6142; una pronuncia, che, per quanto non condivisibile sotto alcuni aspetti (un'offerta basata su piani tariffari "*unlimited*", che in realtà così non erano perché «sottoposti a limitazioni», sembra inverare una vera e propria pratica commerciale scorretta[26]), appare utile per aver evidenziato una criticità, vale a dire quella del possibile venir meno della competenza e dell' "*enforcement*" dell'Autorità di regolazione.

[26]Ciò anche alla luce dei principi enunciati dalla sentenza della C. Giust. UE, 13 settembre 2018, nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17.

Diversamente, infatti, la competenza di quest'ultima verrebbe "fagocitata" - sia consentito l'uso di tale participio passato - in ogni caso da quella di AGCM. In quell'occasione, il giudice amministrativo ha messo in luce come «una riconduzione di ogni possibile disciplina di tutela del consumatore nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette può determinare la limitazione o, persino, l'obliterazione di queste diverse tutele conferite da settori specifici del diritto unionale, e, quindi, integrare un rischio speculare a quello che aveva intravisto la Commissione europea nell'avviare la procedura di infrazione n. 2013-2169». In particolare, continua il Consiglio di Stato, il «parere dell'Autorità di regolazione competente (…) non si può esaurire solo nella valutazione dell'ipotesi di pratica commerciale scorretta ma anche nella possibile affermazione della propria competenza, ove la vicenda concreta non possa ritenersi integrante una simile pratica ma piuttosto una mera violazione della regolazione di settore»[27].

La richiamata sentenza è stata pronunciata con riferimento alle competenze di AGCOM e di AGCM, ma un approfondimento analogo può essere svolto anche guardando al settore dell'energia; ed in tale contesto emerge subito una possibile discrasia tra previsioni dell'ordinamento interno, decisioni del giudice nazionale e giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, con ordinanza 14 marzo 2019, adottata nelle cause C-406/17, C-407/17 e C-408/17, muovendo dalla premessa in accordo alla quale «le direttive 2009/72 e 2009/73 contengono alcune disposizioni relative alla tutela dei consumatori» senza però disciplinare «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali ai sensi della direttiva 2005/29» o «aspetti relativi alla stipulazione di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali ai sensi della direttiva 2011/83» ed in assenza dunque di contrasto tra le direttive del Terzo Pacchetto Energia e la direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette, ha affermato che «l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 nonché l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale», ossia l'art. 27, comma

[27]Competenza che dovrebbe essere riconosciuta all'Autorità di regolazione ove non ci si trovi di fronte ad una pratica, caratterizzata dall'abitualità o serialità, a loro volta escluse dall'unicità dell'episodio (su tale ultimo aspetto si veda la sentenza del C. Stato, 21 settembre 2011, n. 5297, consultabile in *FA: Consiglio di Stato*, 2011, 2872).

1-*bis*, del Codice del consumo, «in forza della quale determinate condotte, come quelle controverse nei procedimenti principali, consistenti nella stipulazione di contratti di fornitura non richiesti dai consumatori o di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in violazione dei diritti dei consumatori, devono essere valutate alla luce delle rispettive disposizioni delle direttive 2005/29 e 2011/83, con la conseguenza che, conformemente a tale normativa nazionale, l'autorità di regolamentazione di settore, ai sensi delle direttive 2009/72 e 2009/73, non è competente a sanzionare siffatte condotte»[28].

Si tratta di un esito oggi in parte contraddetto, però, dalla sentenza della medesima Corte di Giustizia, 30 gennaio 2025, nella causa C-205/23, che non sembra rispondere del tutto alla medesima "*ratio*" dell'ordinanza poco fa illustrata. Con la recente sentenza cui viene fatto qui riferimento - relativa al caso di due provvedimenti sanzionatori, uno adottato dall'autorità di regolazione ed uno adottato dall'autorità di tutela dei consumatori a fronte dei medesimi fatti - la Corte di Giustizia ha stabilito che «Un cumulo di sanzioni può tuttavia essere giustificato quando i procedimenti avviati da due autorità diverse riguardano scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta illecita. Infatti, le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a fronte di determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti che formino un insieme coerente, in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi». E così, se, da un lato «le misure relative alla trasparenza dei termini e delle condizioni generali dei contratti conclusi con i consumatori che le autorità nazionali di regolazione possono adottare

[28]Come ricordato dall'ordinanza della Corte poco fa citata, «L'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 disciplina espressamente i casi di contrasto tra norme dell'Unione e non tra norme nazionali (sentenza del 13 settembre 2018, *Wind Tre e Vodafone Italia*, C-54/17 e C-55/17, punto 59)». Dunque, le sentenze della Corte di Giustizia, nel riferirsi alla incompatibilità tra disciplina generale in materia di pratiche commerciali e disciplina settoriale, sembrano delineare una fattispecie inverosimile (in quali casi mai l'Unione Europea potrebbe adottare una disciplina di settore incompatibile con la diligenza professionale o tale da indurre il consumatore ad assumere un comportamento economico per lui pregiudizievole?).

(…) mirano a garantire la tutela effettiva dei consumatori» e ad assicurare, in questo modo, «la realizzazione di un mercato interno (…) completamente ed effettivamente aperto e concorrenziale, nell'ambito del quale tutti i consumatori possono segnatamente scegliere liberamente, grazie a tale trasparenza, i propri fornitori», dall'altro lato, tuttavia, «risulta che dette misure non pregiudicano la normativa dell'Unione sulla tutela dei consumatori. È quindi possibile, per uno Stato membro», nel rispetto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, «sanzionare le violazioni, da una parte, della normativa settoriale volta a liberalizzare il mercato del gas naturale e, dall'altra, delle norme relative alle pratiche commerciali sleali, oggetto della direttiva 2005/29, al fine di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori»: tutto ciò purché «esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano essere oggetto di un cumulo di procedimenti e sanzioni, nonché il coordinamento tra le diverse autorità» e purché «i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo» e «la sanzione eventualmente inflitta in occasione del primo procedimento sul piano cronologico sia stata presa in considerazione al momento della valutazione della seconda sanzione, di modo che gli oneri derivanti, a carico dell'interessato, da un cumulo del genere siano limitati a quanto strettamente necessario» e sempre che «l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse».

L'apparente nitore dell'art. 27, comma 1-*bis*, sembra dunque svanire.

4. *L'"*enforcement*" della regolazione con particolare riferimento all'ordine di cessazione delle condotte lesive dei diritti degli utenti*

La legge istitutiva di Arera, al proprio art. 2, comma 20, lett. *c*, prevede il potere sanzionatorio dell'Autorità di regolazione italiana nel caso di violazione dei provvedimenti di quest'ultima. In particolare, l'Autorità «irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie». Inoltre, nel caso di

reiterazione delle violazioni l'Autorità «ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione». Ma l'"*enforcement*" della regolazione, vale a dire l'effettiva applicazione delle regole adottate e la garanzia che le stesse siano osservate, può essere perseguita anche tramite l'ordine di cessazione previsto dalla successiva lett. *d* del ricordato comma 20. Segnatamente, l'Autorità «ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo». Oggi, inoltre, l'art. 45, comma 6-*bis*, del decreto legislativo n. 93/11, dispone che Arera, nei casi di particolare urgenza, «può, d'ufficio, deliberare, con atto motivato, l'adozione di misure cautelari che assicurino il più utile e tempestivo perseguimento degli interessi tutelati, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio avvalendosi, ove necessario, delle facoltà disciplinate dall'articolo 2, comma 20, della legge 14 novembre 1995, n. 481».

Quanto all'ordine di cessazione di condotte lesive dei diritti degli utenti, lo stesso può operare non solo a tutela di posizioni giuridiche soggettive nascenti dalla regolazione, ma, altresì, di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal legislatore, come dimostrato ad esempio dal caso affrontato dalla sentenza del Consiglio di Stato 8 marzo 2006, n. 1269 con riferimento al diritto di accesso alla rete previsto dall'art. 24 del decreto legislativo n. 164/00[29]. Trattasi di uno strumento impiegato da tempo dall'Autorità e portato all'attenzione, di recente, della stessa Corte di Giustizia. Segnatamente, con la sentenza del 30 marzo 2023, resa nella causa C-5/22, il giudice UE ha affrontato il caso dell'ordine impartito da Arera ad un operatore volto alla restituzione ai clienti finali di un importo indebitamente fatturato e incassato.

La Corte, precisando come le direttive UE (nel caso di specie, la direttiva 2009/72) non contemplassero il potere dell'Autorità di regolazione di esigere da un operatore la restituzione ai clienti finali di

[29] Su tali aspetti si veda in particolare M.Q. SILVI, *Ordini di cessazione di condotte lesive dei diritti degli utenti nei mercati dell'energia*, in *Dir. economia*, 2025, 1, 245 ss.

una somma percepita in virtù di una clausola contrattuale considerata illegittima, ha messo in luce che, nondimeno, «l'impiego, all'articolo 37, paragrafo 4, della direttiva 2009/72, dell'espressione "all'autorità di regolamentazione devono essere conferiti almeno i poteri seguenti" indica che poteri diversi da quelli espressamente menzionati in tale articolo 37, paragrafo 4, possono essere attribuiti a tale autorità al fine di permetterle di assolvere i compiti previsti all'articolo 37, paragrafi 1, 3 e 6, di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2020, *Energiavirasto*, C-578/18, punti 37, 38 e 40)».

In particolare, «Poiché assicurare l'osservanza degli obblighi di trasparenza gravanti sulle società elettriche e tutelare i consumatori rientrano tra i compiti previsti dall'articolo 37, paragrafi 1, 3 e 6, della succitata direttiva, occorre constatare che uno Stato membro può concedere ad un'autorità di regolazione il potere di ordinare a tali operatori la restituzione delle somme da essi percepite in violazione delle prescrizioni in materia di tutela dei consumatori».