

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. CAPPAL, 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<sup>+</sup>

**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

## **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 ASSEGNAZI 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.

**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



## 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 provvidenziale, 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 articoli, 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 Strengthen 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 rinvie, 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.