



Il fenomeno del *gold-plating*: un ostacolo (sottostimato) all’effettività del diritto dell’Unione europea

Camilla Burelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La definizione (incerta) di *gold-plating*. – 3. Gli effetti del *gold-plating* e la *ratio* del suo divieto nella disciplina “comunitaria” e nazionale. – 4. Le ragioni per cui gli Stati membri ricorrono al *gold-plating*. – 5. I principali settori in cui si verifica il *gold-plating* in Italia. – 6. Brevi considerazioni conclusive: il *gold-plating* e l’effettività del diritto dell’Unione europea.

1. Il termine *gold-plating*, di evidente derivazione anglofona, significa letteralmente “placcare d’oro”¹. L’icastica espressione ha lo scopo di descrivere un fenomeno relativo all’attuazione del diritto

* Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Milano. Il contributo costituisce una versione ridotta e parzialmente modificata dell’articolo *Il gold-plating e l’armonizzazione “spontanea”, due tecniche legislative a confronto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, p. 617 ss.

¹ Ricostruiscono l’origine nel termine, ad esempio, G. RIVELLINI, *Il divieto di gold-plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, p. 815 ss., spec. p. 816 ss.; L. SQUINTANI, *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge, 2019, spec. p. 13 ss. In anni più risalenti v. anche T. AMBLER, F. CHITTENDEN, M. OBODOVSKI, *How Much Regulation Is Establishing Gold Plating? A Study of UK Elaboration of EU Directives*, London, 2004, spec. p. 10 ss.

dell'Unione europea all'interno degli Stati membri. Tale momento attuativo, come sembra suggerire la locuzione, sarebbe caratterizzato da un'attività consistente metaforicamente nel ricoprire d'oro e, quindi, nell'impresiosire l'atto di origine "comunitaria". Non deve stupire, quindi, che in italiano l'espressione sia stata tradotta talvolta con il termine "orpellatura"², talaltra con il termine "infiorettatura"³, che ugualmente rievocano l'operazione di aggiungere (inutilmente) "lustro".

Il *gold-plating* può quindi essere definito, in via di prima approssimazione, come un eccesso di regolamentazione da parte del legislatore nazionale in fase di attuazione del diritto dell'Unione. Tale "sovraregolamentazione" sarebbe contraddistinta dall'imposizione di oneri normativi, amministrativi e burocratici ulteriori e più stringenti rispetto a quelli richiesti esplicitamente dall'atto "comunitario".

La diretta conseguenza di tale fenomeno è un'applicazione divergente e disomogenea del diritto dell'Unione europea da Stato a Stato; applicazione divergente che può verosimilmente determinare – pur, come si vedrà, nella sua tendenziale legittimità – un ostacolo al conseguimento di obiettivi di uniformità ed efficacia legislativa.

Lo scopo del presente contributo, quindi, è quello di comprendere (*rectius*, tentare di comprendere) come e in che misura tale fenomeno agisca (più o meno negativamente) sull'effettività del diritto dell'Unione europea. Considerando, infatti, che il problema della sovraregolamentazione si pone nel momento dell'attuazione degli atti dell'Unione, è giocoforza presumere che esso possa costituire un importante ostacolo all'effettività delle norme "comunitarie" e al conseguimento del loro effetto utile.

2. Prima di concentrare l'attenzione sul rapporto tra *gold-plating* ed effettività del diritto dell'Unione europea, pare utile delineare i tratti essenziali della nozione di *gold-plating*, operazione invero tutt'altro che agevole, risultando i confini definatori del termine piuttosto incerti. Alla

² V. la risoluzione del Parlamento europeo, del 9 settembre 2010, su "Legiferare meglio" – 15a relazione annuale della Commissione ai sensi dell'art. 9 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (2009/2142 (INI)), spec. punto 38.

³ V. il parere del Comitato delle Regioni, del 13 maggio 2013, Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea, spec. punto 39.

forza evocativa del termine *gold-plating*, infatti, non corrisponde un'eguale chiarezza sulla sua portata applicativa. Le difficoltà derivano principalmente dalla trasversalità che connota il fenomeno: può invero assumere forme, fisionomie e, soprattutto, avere una *ratio* parzialmente differenti a seconda del contesto politico, economico e financo culturale in cui si verifica⁴. Si pensi, ad esempio, all'Italia e alla Spagna, dove il fenomeno rileva soprattutto nel settore dei contratti pubblici⁵. Nel Regno Unito e in Svezia, invece, sembra spicchino per importanza settori come la sicurezza dei lavoratori e la salute⁶.

Il diverso contesto giuridico di ciascun Paese determina, quindi, l'emersione del fenomeno in aree dell'ordinamento completamente diverse e implica, di conseguenza, che le ragioni per cui si verifica il *gold-plating* siano potenzialmente molto eterogenee e, quindi, di complessa razionalizzazione.

Le difficoltà legate alla ricostruzione semantica del termine derivano anche dall'assenza di una definizione univoca a livello "comunitario": si rinvengono, tutt'al più, molteplici versioni definitorie che, sebbene caratterizzate da un "minimo comune denominatore" (*i.e.*

⁴ È stato correttamente scritto che il fenomeno del *gold-plating* è "tipicamente europeo ed è conosciuto in diversi Stati membri, ma nonostante i vocaboli utilizzati siano tutti riconducibili all'espressione inglese *gold-plating*, quest'ultima non sembra sufficientemente delineata nei suoi profili funzionali e strutturali. Sicuramente la declinazione del *gold-plating* in varie lingue aiuta a individuare alcuni tratti comuni, ma non è detto che, passando da un ordinamento all'altro, la portata del fenomeno resti la stessa", v. G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 818.

⁵ Con riferimento alla Spagna v., *amplius*, J. TEJEDOR BILESA, *La contratación pública en España: ¿sobrerregulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Madrid, 2018. Con riguardo all'Italia, invece, v. *infra*, § 5.

⁶ Svolge una ricognizione dei casi in cui si è verificato il *gold-plating* in alcuni Stati membri, tra cui Regno Unito e Svezia, il *report* del Comitato economico e sociale, *Smart Governance of the internal market for business*, Bruxelles, 2014, p. 1 ss., spec. p. 39 ss.

“regolamentazione oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE”⁷), risultano nei fatti parzialmente diverse⁸.

⁷ Tale definizione è riportata in quasi tutti i documenti che trattano il tema: v. *Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report*, 13 November 2001, spec. p. 66; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Legiferare con intelligenza nell’Unione europea”, Bruxelles, 8 ottobre 2010, COM (2010) 543def., p. 6, spec. punto 15; Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, Bruxelles, 27 gennaio 2011, COM (2011) 15def., spec. p. 14; relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, “Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI - Adeguare la normativa dell’UE alle esigenze delle microimprese”, Bruxelles, 23 novembre 2011, COM (2011) 803, spec. p. 2; risoluzione del Parlamento europeo, del 14 settembre 2011, su una migliore legiferazione, sulla sussidiarietà, la proporzionalità e la normativa intelligente, (2011/2029 (INI)), spec. punto L; parere del Comitato delle Regioni, “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, cit., spec. punto 39; High Level Group on Administrative Burdens, “Cutting Red Tape in Europe”, Final Report, Bruxelles, 2014, spec. p. 20; risoluzione del Parlamento europeo, del 4 febbraio 2014, sull’adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea e sulla sussidiarietà e la proporzionalità (“Legiferare meglio” - 19a relazione riguardante l’anno 2011) (2013/2077 (INI)), spec. punto 19; parere del Comitato europeo delle regioni, “Agenda dell’UE ‘Legiferare meglio’”, 14 ottobre 2015, CDR 4129/2015, spec. punto 43; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell’UE”, Strasburgo, 19 maggio 2015, COM (2015) 215final, spec. p. 7; decisione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2016, sulla conclusione di un accordo interistituzionale “Legiferare meglio” tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea (2016/2005 (ACI)), spec. p. 95; risoluzione del Parlamento europeo, del 12 aprile 2016 “Verso una migliore normativa sul mercato unico” (2015/2089 (INI)), spec. p. 57; Commission staff working document, “Better Regulation Guidelines”, Bruxelles, 7 July 2017, SWD (2017) 350, spec. p. 9; risoluzione del Parlamento europeo, del 30 maggio 2018, sull’interpretazione e l’applicazione dell’accordo interistituzionale “Legiferare meglio” (2016/2018 (INI)), spec. p. 99; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Piano d’azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico”, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM (2020) 94final, spec. p. 3; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Una strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale”, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM (2020) 103final, spec. p. 8.

⁸ L’assenza di una definizione standard di *gold-plating* è stata rilevata più volte dal Comitato delle Regioni. Già nel 2013 auspicava l’adozione di “[...] una definizione standard di tale pratica valida per tutta l’UE, allo scopo di garantire la certezza del diritto nell’attuazione e applicazione delle norme europee [...]” (v. il parere “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, cit., spec. punto 40); nel 2015, a fronte della formulazione di “definizioni diverse di *gold-plating*”, ribadiva “la sua

Le differenze, benché apparentemente minime⁹, possono in potenza determinare conseguenze pratiche di non poco conto. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’estensibilità del fenomeno al solo recepimento di direttive ovvero all’attuazione di qualsivoglia atto di derivazione “comunitaria”. In questo senso, i documenti ufficiali sono poco chiari, essendovene alcuni che (consapevolmente o meno) parlano solo di “recepimento di direttive”¹⁰ e altri che, all’opposto, parlano più genericamente di “recepimento della legislazione dell’UE”¹¹ o, con condivisibile esautività, di “recepimento o attuazione della legislazione dell’Unione”¹² (corsivo aggiunto).

Tra le varie definizioni, spicca per chiarezza e completezza quella data dalla Commissione nella comunicazione del 2010 “Legiferare con intelligenza nell’Unione europea”, secondo cui il termine *gold-plating* si riferisce: “alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro”. Tale descrizione sembra invero sufficientemente ampia da annoverare al suo interno: (i) tutte le autorità nazionali (*ergo*, non solo il legislatore – sia esso delegato o meno – ma anche le autorità indipendenti con funzioni regolatorie); (ii) l’elemento dell’imposizione di requisiti ultranei, in quanto tali di per sé legittimi ma potenzialmente ingiustificati e (iii) il fatto che questo “eccesso di

proposta di adottare una definizione uniforme per garantire chiarezza giuridica nel recepimento e nell’applicazione della legislazione dell’UE” (v. il parere “Agenda dell’UE ‘Legiferare meglio’”, cit., spec. punto 44); proposta ancora una volta avanzata nel parere “Il programma REFIT: la prospettiva locale e regionale”, Bruxelles, 9 giugno 2017, p. 8 ss., spec. punto 25.

⁹ Non è possibile, in questa sede, elencarle tutte. Per una loro completa analisi, quindi, sia concesso rinviare a C. BURELLI, *Il gold-plating*, cit., spec. pp. 628-629.

¹⁰ V., ad esempio, il citato *report* finale del *Mandelkern Group*, spec. pp. 66-69; il parere “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, cit., spec. punto 39; la risoluzione del Parlamento europeo sull’adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea e sulla sussidiarietà e la proporzionalità, cit., spec. punto 41.

¹¹ V., ad esempio, relazione della Commissione, “Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI”, cit., spec. p. 2; parere “Agenda dell’UE ‘Legiferare meglio’”, cit., spec. punto 43; COM (2015) 215final, cit., spec. p. 7; parere del Comitato economico e sociale europeo su “L’impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull’economia e l’occupazione” (parere esplorativo richiesto dalla presidenza austriaca), Bruxelles, 2018, spec. punto 1.4.

¹² V., sempre a titolo esemplificativo, COM (2010) 543def., cit., spec. p. 6, punto 15; accordo interistituzionale “Legiferare meglio”, cit., spec. punto 4; il Commission staff working document, “Better Regulation Guidelines”, cit., spec. p. 9.

regolamentazione” possa avvenire in sede di recepimento di direttive, ma anche, più in generale, nel momento attuativo di qualsivoglia atto dell’Unione europea.

La Corte di giustizia, dal canto suo, non si è mai pronunciata sulla questione¹³. In effetti, a meno che il superamento dei requisiti imposti dalla legislazione dell’Unione non si traduca in uno scorretto recepimento di direttive o, comunque, in una vera e propria violazione del diritto “comunitario”, la Corte non ha competenza a pronunciarsi sull’eccesso di regolamentazione, trattandosi di una questione che attiene sì al rapporto tra ordinamenti, ma che, in concreto, concerne la sola attività legislativa domestica¹⁴.

La giurisprudenza nazionale, invece, tende a riprendere testualmente quanto stabilito dall’art. 14, comma 24-*bis*, della legge n. 246/2005¹⁵, che impone al legislatore delegato un divieto generale di *gold-plating*: esso è stato infatti definito, al pari della menzionata disposizione, come “l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”¹⁶.

I sostantivi “introduzione” e “mantenimento” suggeriscono la possibilità, per il *gold-plating*, di assumere due forme: una attiva e l’altra passiva¹⁷. Con *gold-plating* attivo si intende la circostanza per cui il

¹³ Il termine *gold-plating* compare solamente nelle conclusioni dell’Avvocato generale Michal Bobek, del 18 marzo 2021, causa C-605/18, *Adler Real Estate e a.*, spec. punto 10, in materia di obblighi di trasparenza riguardanti i valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato situato o operante in uno Stato membro.

¹⁴ Tratta il tema G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. pp. 828-829.

¹⁵ Il divieto di *gold-plating* è stato introdotto in Italia dall’art. 15, comma 2, lett. b), della legge del 12 novembre 2011, n. 183, con l’inserimento, nell’art. 14 della legge del 28 novembre 2005, n. 246, dei commi 24-*bis*, *ter* e *quater*, su cui *infra*, § 3.

¹⁶ V., ad esempio, sentenza della Corte costituzionale del 5 maggio 2020, n. 100. Con riguardo alla giustizia amministrativa v., *ex multis*, sentenze del TAR Roma, del 19 marzo 2014, n. 3009; del TAR Genova, del 15 novembre 2018, n. 886; del TAR Milano, del 26 agosto 2019, n. 1919; sentenze del Consiglio di Stato, del 30 giugno 2020, sez. VI, n. 4156; del 5 agosto 2020, sez. IV, n. 4937; del 12 febbraio 2021, sez. V, n. 1291; del 19 ottobre 2021, sez. IV, n. 7023. La Cassazione civile si è pronunciata, ad esempio, con sentenza del 21 marzo 2019, n. 8047 e con sentenza del 3 maggio 2019, n. 11722. Non si rinviengono casi in materia penale.

¹⁷ Il primo documento in cui si distingue espressamente tra *gold-plating* attivo e *gold-plating* passivo è la relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l’attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo, del Gruppo ad alto livello di parti interessate indipendenti sugli oneri amministrativi, redatta a Varsavia, il 15 novembre 2011, spec. pp. 35-36 e 75. In seguito, la distinzione è stata ripresa anche in

legislatore nazionale aggiunge ulteriori e diversi requisiti rispetto a quelli previsti nella disciplina “comunitaria” rilevante. Con *gold-plating* passivo, invece, si intende l'ipotesi in cui il legislatore, non abrogando delle disposizioni nazionali preesistenti alla normativa UE, mantiene dei requisiti ulteriori.

Il *gold-plating*, sia attivo che passivo, può essere giustificato o ingiustificato. L'eccesso di sovraregolamentazione potrebbe essere infatti giustificato da primarie esigenze dell'ordinamento interno, con cui il divieto di *gold-plating* deve essere bilanciato¹⁸.

Nel primo caso, l'art. 14, comma 24-*quater*, della menzionata l. n. 246/2005 dispone che il legislatore italiano, ritenendolo evidentemente giustificato, debba darne conto nella c.d. AIR (analisi di impatto di regolamentazione, su cui *infra*, § 6)¹⁹.

Si noti, infine, come accennato, che il *gold-plating* non è di per sé illegittimo: se proporzionato e, quindi, giustificato da circostanze eccezionali che lo rendono necessario, non pone problemi in punto di legittimità.

Peraltro, affinché il *gold-plating* possa dirsi effettivamente legittimo è a monte necessario che il livello di armonizzazione richiesto dall'atto di derivazione “comunitaria” sia minimo²⁰. Come noto, l'armonizzazione minima comporta che gli Stati membri conservino un certo grado

dottrina. V., ad esempio, G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 816; M. JABŁOŃSKI, *The Danger of So-Called Regulatory 'Gold-Plating' in Transposition of EU Law - Lessons from Poland*, in *Studia Iuridica*, 2017, p. 73 ss., spec. p. 77; E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold-plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 5.

¹⁸ Nel già citato parere del Comitato delle regioni, “Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea”, spec. punto 42, si dà atto del fatto che il *gold-plating* non è proibito dal diritto dell'Unione e che, in alcuni casi, può essere “giustificato che la legislazione nazionale o subnazionale introduca un livello più elevato di protezione rispetto a quello stabilito dalla direttiva europea da recepire”.

¹⁹ V. L. SQUINTANI, *op. cit.*, spec. p. 33, che rileva: “Another refinement is that between voluntary and inadvertent gold-plating. Inadvertent gold-plating means that the gold-plating was not motivated or justified in consultation and through costs/benefits analyses, or that past justifications no longer suffice”.

²⁰ Nel *report* del Comitato economico e sociale, “Smart Governance of the internal market for business”, cit., spec. p. 15, si legge: “While it is legally clear that there is no right or obligation of the EU to intervene when Member States are gold-plating, the European Commission itself sees ‘gold-plating’ as a risk to its Better Regulation policy and has noted that, whilst not illegal, ‘gold-plating’ is bad practice because it imposes costs that could have been avoided”.

di discrezionalità nell'attuazione del diritto dell'Unione. Ne segue che, entro questo margine, sempre che la sovraregolamentazione sia proporzionata, il *gold-plating*, per quanto preferibilmente da evitare per gli effetti negativi che produce su imprese e cittadini (su cui *infra*, § 3), sarà in ogni caso possibile e legittimo²¹. Viceversa, qualora venga imposta un'armonizzazione massima, non potendo gli Stati membri discostarsi da quanto previsto dall'atto "comunitario" (*ie* una direttiva), ogni eventuale sovraregolamentazione non solo non è *gold-plating*, ma è verosimilmente fonte di una violazione del diritto dell'Unione per scorretto recepimento, in quanto tale suscettibile di essere contestato con una procedura di infrazione²². Ne deriva che, *a contrario*, quando è lo stesso diritto dell'Unione ad accordare la possibilità di introdurre misure più stringenti, allo stesso modo non si sarà in presenza di *gold-plating*²³.

3. Il *gold-plating*, come accennato, concerne tipicamente il momento attuativo del diritto UE ed è caratterizzato dall'imposizione di oneri normativi, amministrativi e burocratici ulteriori rispetto a quelli espressamente richiesti dall'atto UE.

Il fenomeno può essere inserito (e così generalmente è stato fatto) entro un più generale discorso di *better regulation*²⁴. D'altronde, specie in un sistema di *governance* multilivello com'è quello dell'Unione europea, è chiaro che la realizzazione di una migliore regolamentazione e, in particolare, il conseguimento della semplificazione normativa e della riduzione degli oneri amministrativi dipende inevitabilmente

²¹ Collega il livello (minimo) di armonizzazione al *gold-plating* il *Mandelkern report*, ove si legge: "gold plating' usually occurs where a Directive provides for minimum harmonisation" (spec. p. 68). Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, cit., ha dichiarato che "L'esatta individuazione [del] fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione [...]" (spec. punto 2.2).

²² V., in questo senso, G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 829.

²³ Come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 100/2020, cit.: "Ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di *gold-plating*" (spec. punto 2.2). Si pensi, ad esempio, all'art. 193 TFUE (dettato in materia di ambiente), che prevede che "I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'art. 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore".

²⁴ V. *infra*, nota 34.

(anche) da un'efficace, omogenea e uniforme applicazione della legislazione "comunitaria" negli e tra gli Stati membri²⁵.

Eventuali differenze "in eccesso" nell'applicazione del diritto dell'Unione, infatti, possono avere come effetto quello di aumentare gli oneri burocratici che gravano sulle imprese e sui cittadini dello Stato che fa *gold-plating* e, di conseguenza, provocare iniqui *gap* concorrenziali tra gli operatori economici dei vari Paesi membri²⁶. In questo senso, il fenomeno del *gold-plating*, comportando un'applicazione disomogenea del diritto dell'Unione da Paese a Paese, può verosimilmente determinare, nella sua tendenziale legittimità, un ostacolo al raggiungimento dei menzionati obiettivi di uniformità, omogeneità ed efficacia legislativa e, quindi, può verosimilmente impedire il conseguimento degli obiettivi imposti dalla norma "comunitaria"²⁷.

È stato correttamente evidenziato che un "quadro regolatorio stabile e chiaro che si applichi, indistintamente, in tutti [gli] Stati membri"²⁸ ha il pregio di "livellare" possibili squilibri competitivi ed evitare una "sleale concorrenza tra ordinamenti in possibili *race to the top* o *race to the bottom*"²⁹. Inoltre, la diversità regolamentare tra Stati membri, e in particolare l'eccesso di regolamentazione in alcuni di essi, potrebbe favorire l'emergere di pratiche abusive (in specie da parte dei privati) volte alla scelta dell'ordinamento più favorevole³⁰.

²⁵ Pone in termini problematici il tema il *report* del Comitato economico e sociale, "Smart Governance of the internal market for business", cit., p. 1 ss., spec. p. 12, ove si legge: "Because of the multi-level governance in the EU, unnecessary complexity may emerge at different levels; hence it may prove equally difficult to understand the most appropriate way to intervene and introduce smart governance".

²⁶ Nel menzionato parere "L'impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull'economia e l'occupazione", viene altresì rilevato che "alcuni portatori di interessi, invece, sono del parere che l'uso del termine stigmatizzato di "sovraregolamentazione" rischi di mettere in discussione alcune norme più avanzate adottate democraticamente dagli Stati membri e da questi introdotte nei loro ordinamenti giuridici, in particolare in materia di diritto del lavoro, dei consumatori e dell'ambiente nonché di libere professioni", spec. punto 1.4.

²⁷ V., in questo senso, Comitato economico e sociale europeo, "L'impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull'economia e l'occupazione", cit., spec. punto 1.3.

²⁸ Così E. OJETTI, *op. cit.*, spec. p. 1.

²⁹ *Ibidem*, spec. p. 1.

³⁰ Sul tema dell'abuso del diritto, qui non affrontabile, v., per tutti, G. TESAURO, *L'abuso del diritto nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber*

La *ratio* degli interventi dell'Unione e nazionali diretti a impedire il fenomeno del *gold-plating* è, quindi, evidente: impedire “l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa “comunitaria”, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini”³¹ al fine di evitare, in ultima istanza, anche il problema del ““race to the bottom” – more elegantly termed the problem of the lowest common denominator”³².

A livello europeo, peraltro, manca – come accennato – una disciplina specifica sul *gold-plating* o, quantomeno, anche solo una comunicazione o degli orientamenti specifici sul tema. La ragione dell'assenza di una disciplina cogente “comunitaria” è autoevidente: il *gold-plating* è un fenomeno eminentemente nazionale e gli Stati membri, in ossequio al principio di sussidiarietà e con i limiti citati *supra*, § 2, conservano la facoltà di introdurre misure aggiuntive rispetto a quelle previste dai requisiti (minimi) dell'UE, mentre le istituzioni non hanno “il potere di intervenire in modo giuridicamente vincolante sul fenomeno del *gold-plating*”³³.

Più singolare, invece, è l'assenza di un atto di *soft-law ad hoc*. Peraltro, come già accennato, i riferimenti sono di regola contenuti in atti relativi alla *better regulation*, il primo dei quali è il *report* del 2001 del Mandelkern Group sulla qualità della regolamentazione a cui si sono succeduti molteplici altri³⁴.

amicorum Antonio Tizzano. Se la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, Torino, 2018, p. 953 ss.

³¹ In questi precisi termini v. sentenza n. 100/2020, cit., spec. punto 5.

³² Così D. CHARNY, *Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the Race to the Bottom in the European Communities*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 423 ss., spec. p. 423. Parla, con toni più preoccupati, del rischio di un “regulatory meltdown” M. G. WARREN III, *Regulatory Harmony in the European Communities: The Common Market Prospectus*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1990, p. 19 ss., spec. pp. 50-51.

³³ Così G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 821.

³⁴ La volontà di intervenire il più possibile sulla qualità della legislazione “comunitaria” (anche al fine di prevenire eventuali infrazioni da parte degli Stati membri, che sovente violano il diritto dell'Unione a causa della caotica e complessa produzione normativa) ha portato la Commissione ad adottare, il 6 giugno 2002, la comunicazione “Governance europea: legiferare meglio”, (COM (2002) 275def.) che accompagnava l'accordo istituzionale “Legiferare meglio”, del 22 dicembre 1998, sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria e sarebbe stata seguita da una lunga (e articolata) serie di ulteriori atti di *soft-law* caratterizzati dal medesimo obiettivo: v. il progetto interistituzionale “Legiferare meglio”, del 31

Indubbiamente, i molti atti in materia consentono di apprezzare gli sforzi profusi dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell’Unione nel garantire una legislazione migliore³⁵. È evidente che tali sforzi derivino dalla consapevolezza che una migliore regolamentazione produce “effetti positivi immediati, indipendentemente dal merito delle regole stabilite: sia sul rapporto di queste ultime con i cittadini (in termini di leggibilità, trasparenza, certezza del diritto) che con il mondo produttivo (concorrenza, occupazione, qualità e prezzi dei servizi, ostacoli burocratici allo sviluppo economico)”³⁶. Tuttavia, va osservata – quantomeno *prima facie* – una certa disorganicità e stratificazione degli atti in materia che, lungi dal semplificarla, sembrerebbero renderla di difficile consultazione³⁷.

dicembre 2003; la comunicazione “Attuazione del programma comunitario di Lisbona: Una strategia per la semplificazione del contesto normativo”, del 25 ottobre 2005 (COM (2005) 535def.); il “Programma d’azione per la riduzione degli oneri amministrativi in Europa (Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union - ABR Plus)”, del 24 gennaio 2007 (COM (2007) 23def.), integrato con le comunicazioni “Pensare anzitutto in piccolo - Uno Small Business Act per l’Europa”, del 25 giugno 2008 (COM (2008) 394def.) e “Ridurre al minimo gli oneri normativi che gravano sulle PMI”, del 23 novembre 2011 (COM (2011) 803def.); la comunicazione “Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU”, del 22 ottobre 2009 (COM (2009) 544final); COM (2010) 543def., cit.; la già citata comunicazione “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, con cui la Commissione ha lanciato il programma di controllo dell’adeguatezza e dell’efficacia della regolamentazione (*Regulatory Fitness and Performance Programme*, c.d. REFIT) che mirava (e mira) a semplificare la legislazione “europea” al fine di renderla più comprensibile; COM (2015) 215final, cit., spec. p. 7; il citato accordo istituzionale “Legiferare meglio”, del 13 aprile 2016; le menzionate linee guida “Better regulation” e la “Better regulation Toolbox”, del 7 luglio 2017, e, infine, la comunicazione della Commissione “Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori”, del 29 aprile 2021 (COM (2021) 219final).

³⁵ Il sistema “Legiferare meglio” dell’Unione è considerato dall’OCSE uno degli approcci normativi esistenti più avanzati. V. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione*, Parigi, 3 ottobre 2019.

³⁶ Così L. CARBONE, G. TIBERI, *La “better regulation” in ambito comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 699 ss., spec. pp. 700-701, che comunque analizzano con toni critici la reale portata pratica di tale fenomeno: le istituzioni, e la Commissione in particolare, non si sarebbero occupate del più comprensivo problema di come governare le politiche regolative.

³⁷ Potrebbe sembrare invero paradossale che il *corpus* giuridico che mira a migliorare, semplificare e rendere più accessibile la legislazione dell’Unione sia a sua volta piuttosto frammentato e non sistematizzato. Sul punto, e in particolare sul fenomeno della proliferazione di atti (qui innegabile), è interessante riportare le considerazioni di D. SIMON, *La lisibilité du droit communautaire*, in J. RIDEAU (sous la direction de), *La transparence dans l’Union européenne: mythe ou principe juridique?*, Paris, 1998, p.

Con riguardo alla normativa italiana, invece, si è già anticipato che è l'art. 14, comma 24-*bis*, della l. n. 246/2005 a porre il generale divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle (sole) direttive.

Il comma 24-*ter*, invece, puntualizza che, per livelli di regolazione superiori, devono intendersi (i) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; (ii) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; (iii) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

Il comma 24-*quater*, infine, abbracciando la logica “*comply or explain*”, dispone che l'amministrazione debba dare conto delle “circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria”.

Sempre nell'ambito di norme di fonte primaria, l'art. 32, comma 1, lett. c), della l. n. 234/2012³⁸ prevede espressamente che “gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'art. 14, commi 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246”. Tale indicazione, insieme alle altre contenute nell'art. 32 della l. n. 234/2012, funge da criterio direttivo generale per l'esercizio della delega sul recepimento del diritto dell'Unione europea. In tal modo, come rilevato in letteratura, il divieto di *gold-plating* ha assunto lo statuto di parametro interposto di legittimità *ex art. 76 Cost.*³⁹ che, come noto, prevede che l'esercizio della funzione legislativa non possa essere delegato al governo se non con la determinazione di principi e criteri direttivi.

79 ss., spec. p. 84: “La démultiplification des sources, ajoutée à la prolifération des actes, constitue donc incontestablement un facteur de confusion normative, et d'opacification du droit dérivé”.

³⁸ Legge del 24 dicembre 2012, n. 234.

³⁹ V. G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 826.

Con riguardo, invece, alla normativa attuativa, rileva la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2018⁴⁰ (che ha sostituito quella del 16 gennaio 2013⁴¹) che chiarisce, da un lato, cosa debba intendersi con “livello minimo di regolazione europea” e, dall'altro lato, quando possa ritenersi giustificato il “superamento” dello stesso.

Rispetto al primo profilo, l'atto in parola delinea tre ipotesi: (i) le direttive UE indicano i livelli minimi di regolazione attraverso disposizioni dettagliate; (ii) le direttive UE non indicano alcunché rispetto ai propri livelli minimi di regolazione, ma non lasciano spazio agli Stati membri per prevederne; (iii) le direttive UE non indicano i propri livelli minimi di regolazione, ma rimettono agli Stati membri la possibilità di delinearli.

Con riguardo al “superamento” di tali limiti, l'atto del Presidente del Consiglio dei Ministri offre alcuni esempi: se la direttiva UE impone, per l'avviamento di una certa attività, il rilascio di un'autocertificazione, l'imposizione di eventuali adempimenti ulteriori costituirà *gold-plating*. O, ancora, se per svolgere una determinata attività la direttiva UE non prevede alcun tipo di requisito, la previsione di requisiti specifici integrerà la violazione del divieto di *gold-plating*.

Infine, con riguardo alla normativa speciale, un vero e proprio criterio direttivo specifico è stato previsto per la materia dei contratti pubblici all'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 11/2016, che ha attribuito le deleghe al governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE⁴²,

⁴⁰ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 16 febbraio 2018, “Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione”, in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, del 15 settembre 2017, n. 169.

⁴¹ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 16 gennaio 2013, “Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR”, ai sensi dell'art. 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, n. 246.

⁴² Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

2014/24/UE⁴³ e 2014/25/UE⁴⁴, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Il quadro normativo si chiude con l'art. 234, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016⁴⁵ (il c.d. "codice dei contratti pubblici"), che prevede che l'Autorità nazionale anticorruzione si doti, nelle sue funzioni regolatorie, di "forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione [...] in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016".

4. Per quanto riguarda le motivazioni che spingono gli Stati a ricorrere al *gold-plating* (che, è opportuno precisare, si verifica meno frequentemente del c.d. "copy-out", l'ipotesi cioè in cui i legislatori si limitano a riprodurre testualmente l'atto dell'Unione), è possibile individuare almeno sei ragioni principali.

Una prima, intuitiva, ragione è legata alla fisiologica diversità politica, economica e sociale che caratterizza i vari Stati membri: l'imposizione di requisiti più stringenti di quelli richiesti da un atto dell'Unione è generalmente legata alle specificità del singolo Paese⁴⁶. Ciò, peraltro, non sempre è sinonimo di giustificabilità: si pensi al divieto generalizzato di subappaltare oltre il limite del 30% previsto dalla previgente normativa italiana in materia di contratti pubblici⁴⁷: sebbene il governo

⁴³ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. In dottrina v., per tutti, N. SPIEGEL, M. URBANI, *La "modernisation" des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2014, p. 701 ss.

⁴⁴ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁴⁵ Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50, su cui, per tutti, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 503 ss.

⁴⁶ Cfr. il *report* del Comitato economico e sociale, "Smart Governance of the internal market for business", cit., spec. p. 24, che riporta, come esempi, "more insulation in particularly cold or hot climates; stricter construction regulations in seismic ground".

⁴⁷ Il decreto-legge del 31 maggio 2021, n. 77, intervenendo sull'art. 105 del Codice dei contratti pubblici, ha abrogato il limite, in precedenza più volte modificato (al 50% con il decreto-legge del 18 aprile 2019, n. 32, ridotto al 40% in sede di conversione)

italiano lo ritenesse necessario per prevenire il fenomeno dell’infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche, la Corte, nelle sentenze *Vitali* e *Tedeschi*⁴⁸, ha statuito che l’obiettivo potesse essere raggiunto anche attraverso misure meno restrittive.

Una seconda ragione, strettamente connessa alla prima, risiede nell’esigenza di mantenere una certa organicità all’interno dell’ordinamento giuridico nazionale o, in altri termini, di garantire coerenza con le normative interne vigenti⁴⁹.

Una terza, opposta, ragione che può indurre il legislatore nazionale a fare *gold-plating* è l’inerzia, cioè il mantenimento di eventuali normative incoerenti con quella di derivazione “comunitaria”. Come giustamente osservato, “when the topic is already covered at national level, policy makers may simply not eliminate previously enacted rules, which do not contradict the new EU directive, but make it stricter. This triggers unnecessary costs [...]”⁵⁰.

Ancora, una quarta ragione è stata identificata nella mancanza di coordinamento in fase di attuazione dell’atto dell’Unione quando questa coinvolga competenze (istituzionali, governative, territoriali)

per rispondere alle censure della Commissione nel frangente di una procedura di infrazione (la P.I. n. 2018/2273).

⁴⁸ Sentenze della Corte del 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali*; del 27 novembre 2019, causa C-402/18, *Tedeschi*, rispettivamente commentate da, *inter alia*, A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 157 ss.; F. DAMIN, *I limiti al ricorso del subappalto e l’interpretazione dei principi di proporzionalità e del “favor participationis” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2020, p. 126 ss. Si noti che la Corte si era già pronunciata, in analoghi termini, nella sentenza del 14 luglio 2016, causa C-406/14, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu c. Minister Infrastruktury i Rozwoju*, anche se con riferimento alle precedenti direttive sui contratti pubblici del 2004.

⁴⁹ In dottrina si è parlato di “unavoidable gold-plating”: v. J. H. JANS, L. SQUINTANI, A. ARAGÃO, R. MACRORY, B. W. WEGENE, ‘Gold Plating’ of European Environmental Measures?, in *Journal for European Environmental and Planning Law*, 2009, p. 417, spec. p. 426.

⁵⁰ V. il *report* del Comitato economico e sociale, “Smart Governance of the internal market for business”, cit., spec. pp. 24-25. Il tema è stato approfondito anche da S. SCHAEFER, E. YOUNG, *Burdened by Brussels or the UK? Improving the Implementation of EU Directives, A joint publication by the Foreign Policy Centre and the Federation of Small Businesses*, 2006, disponibile online: www.fpc.org.uk/wp-content/uploads/2011/11/1417.pdf.

diverse⁵¹. In tale ipotesi il *gold-plating* è a tutti gli effetti identificabile come un caso di “cattiva regolamentazione”.

Una quinta, interessante, ragione è legata alla prudenza di certi legislatori nazionali che, consapevoli o meno di fare *gold-plating*, appaiono eccessivamente cauti nell’attuazione degli atti “comunitari”. In un certo senso, si potrebbe anche ammettere che la spinta sia financo “europeista” o, comunque, dettata da uno spirito di collaborazione. Tale cautela, peraltro, si può tradurre in un’interpretazione restrittiva dei requisiti minimi imposti dall’atto dell’Unione, che viene in tal modo reso più stringente. Sovente, dietro a tale atteggiamento, vi è la volontà di evitare di incorrere in violazioni del diritto dell’Unione e, quindi, nell’apertura di procedure di infrazione⁵².

Un ulteriore motivo è rintracciabile nell’esigenza di garantire un’elevata protezione giuridica. In alcuni Stati membri, per motivi strettamente connessi alla configurazione di quegli Stati, gli standard minimi imposti dalle direttive europee potrebbero non essere sufficienti a garantire il conseguimento dell’effetto utile dell’atto⁵³.

Infine, è probabile che, al netto delle ragioni sopra individuate, esista una quantità significativa di *gold-plating* involontario di cui è difficile tenere traccia. In questa circostanza è chiaro che, essendo le misure più rigorose imposte inconsapevolmente, manchi uno scopo, una ragione specifica che giustifichi (o anche solo spieghi) la sovraregolamentazione.

5. La (breve) ricognizione che sarà di seguito proposta non ha l’ambizione di esaurire la gamma di settori e di ipotesi in cui il *gold-plating* si è verificato e si verifica. Ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, come si è detto, a fronte di una sovraregolamentazione volontaria, vi è anche una sovraregolamentazione involontaria che, per sua stessa natura, è di difficile tracciamento. Non solo: anche la sovraregolamentazione passiva, a differenza di quella attiva,

⁵¹ V. sempre il report del Comitato economico e sociale, “Smart Governance of the internal market for business”, cit., spec. p. 25.

⁵² *Ibidem*, spec. p. 25. Nel *report*, che parla di “conservatism”, si legge che i legislatori nazionali: “Occasionally [...] are even accused of doing it as a way to justify their jobs”.

⁵³ Svolgono simili considerazioni J. H. JANS, L. SQUINTANI, A. ARAGÃO, R. MACRORY, B. W. WEGENE, *op. cit.*, spec. p. 425.

comportando un’articolata stratificazione normativa, può essere complicata da identificare.

In secondo luogo, anche con riferimento al *gold-plating* volontario, le AIR – dove l’amministratore è tenuto a rendere noto, giustificandolo, l’eventuale superamento dei livelli minimi di regolazione europea – non sono sistematicamente rinvenibili tramite gli ordinari canali istituzionali⁵⁴ e, comunque, non sono sempre obbligatorie, nemmeno in fase di recepimento di atti dell’Unione⁵⁵, rendendo quindi difficilmente realizzabile un’esaustiva analisi quantitativa.

Tali considerazioni impongono dunque di limitarsi a (tentare di) delineare, sulle basi di alcuni casi guida esaminati in dottrina, i principali settori in cui si verifica il *gold-plating* in Italia, tenendo a mente che, passando da un ordinamento all’altro, la portata del fenomeno tende a mutare, essendo profondamente influenzato dal contesto politico, economico e sociale in cui si inserisce⁵⁶.

In Italia una delle materie più “colpite” dall’eccesso di regolamentazione è quella dei contratti pubblici e, in misura minore ma comunque rilevante, il settore dei mercati finanziari.

Per quanto riguarda i contratti pubblici, la legge delega n. 11/2016, in virtù della quale è stato poi adottato il d.lgs. n. 50/2016, prevedeva, al suo art. 1, comma 1, lett. *a*), una riproposizione del divieto di cui all’art. 14, commi 24-*ter* e 24-*quater*, della l. n. 246/2005 (invero espressamente richiamata), e cioè del “divieto di introduzione o di

⁵⁴ Da settembre 2015, il Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato (Ufficio per la verifica della fattibilità amministrativa e per l’analisi di impatto degli atti *in itinere*) pubblica, con cadenza mensile, un *report* diretto a monitorare la presenza delle AIR nei disegni di legge governativi e negli schemi di atti normativi del governo presentati alle Camere. A partire da ottobre 2017, il *report* dà atto anche delle AIR realizzate dalle autorità amministrative indipendenti (da queste trasmesse al Senato ai sensi dell’art. 12, comma 2, della legge n. 229 del 29 luglio 2003). Al seguente *link*, quindi, è possibile verificare se e quante AIR, in relazione ai diversi atti adottati, sono state realizzate: www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dossier/Elenchi/39_1.htm. L’Osservatorio AIR, invece, raccoglie annualmente i dati statistici: www.osservatorioair.it/losservatorio/annuario/. Manca, invece, un’analogia raccolta dei testi delle analisi, il cui contenuto, quindi, è di difficile consultazione.

⁵⁵ Vi sono sia casi di esclusione che di esenzione dall’obbligo di redigere l’AIR. I primi sono elencati all’art. 6 del già citato DPCM n. 169/2017, mentre i secondi sono enucleati al successivo art. 7.

⁵⁶ Per un’analisi più esaustiva sia concesso rinviare a C. BURELLI, *op. cit.*, spec. pp. 668-680.

mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive [del 2014]”. Come osservato in dottrina, esso “lungi dall’essere un mero richiamo alla disciplina generale [...] assurge [così] a vero e proprio criterio direttivo specifico per la materia dei contratti pubblici”⁵⁷, diventandone un vero e proprio “segno distintivo”⁵⁸. Il fatto, poi, che sia il primo criterio di recepimento “conferisce allo stesso un’importanza particolare”⁵⁹.

D’altro canto, uno dei principali obiettivi delle direttive del 2014 era quello di facilitare la partecipazione alle gare pubbliche (in particolare alle piccole medie imprese⁶⁰) anche attraverso la riduzione degli oneri burocratici (sovente, si è visto, causati dall’eccesso di regolamentazione)⁶¹.

Nonostante l’importanza del divieto contenuto nella legge delega, il codice dei contratti pubblici ha dato risultati piuttosto modesti sul piano del rispetto dei livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive, offrendo molteplici esempi di *gold-plating*, specialmente nella disciplina di quelle procedure tradizionalmente interessate da fenomeni mafiosi.

Spicca, su tutti e in primo luogo, l’istituto del subappalto che, secondo alcuni Autori, è quello che ha posto “maggiori questioni”⁶². L’art. 105, comma 2, terza frase, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che l’eventuale subappalto non potesse superare la quota del 30%

⁵⁷ G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 827.

⁵⁸ *Ibidem*, spec. p. 827.

⁵⁹ A. PAJNO, *disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1127 ss., spec. p. 1151.

⁶⁰ V., sul punto, il considerando n. 2 della direttiva appalti, ma anche il considerando n. 1 direttiva concessioni. V., in dottrina, per tutti, F. MARTINES, *La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 13 ss.

⁶¹ V., in proposito, il considerando n. 2 della direttiva concessioni e i considerando nn. 63, 84 e 126 della direttiva appalti. In dottrina è stato scritto che “ripetute e condivise” erano le “istanze di *sburocratizzazione* e semplificazione del sistema dei contratti pubblici”, v. N. DURANTE, *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, relazione al convegno “I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi”, Università degli Studi di Ferrara, 8 novembre 2019, p. 1 ss., spec. p. 4.

⁶² Così M. BENEDETTI, F. IELO, M. MANOCCHIO, G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, M. C. PANGALLOZZI, M. SIMONCINI, G. VALENTI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell’amministrazione? vincoli vs opportunità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021, p. 1097 ss., spec. p. 1126.

dell'importo totale del contratto di lavori, servizi o forniture; mentre l'art. 105, comma 5, per le opere di cui all'art. 89, comma 11 (quindi le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica), limitava il subappalto alla stessa percentuale parametrata all'importo delle opere.

Tale percentuale è stata successivamente aumentata al 50%, poi ridotta al 40% e infine rimossa, anche per ottemperare a quanto richiesto dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 e per ossequiare la citata giurisprudenza *Vitali e Tedeschi* della Corte di giustizia.

La Commissione contestava che un siffatto limite impedisse il raggiungimento dell'effetto utile della direttiva, e cioè favorire una maggiore partecipazione delle piccole medie imprese agli appalti pubblici. D'altronde, la direttiva 2014/24/UE, in specie all'art. 63, par. 2, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto solo se il limite è giustificato dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. La stessa impostazione si trova anche nell'art. 79, par. 3, della direttiva 2014/25/UE (e nel suo considerando n. 87).

La *ratio* alla base di tale limite era quello di proteggere il mercato dalle infiltrazioni della criminalità organizzata, avvertita in Italia come una "minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività" (condizione invero invocabile per ottenere la deroga dell'ordine pubblico)⁶³. Il medesimo ragionamento era (ed è) estendibile ad altri casi di *gold-plating* contenuti nel codice dei contratti pubblici, e cioè il divieto per il subappaltatore di subappaltare (il c.d. subappalto a cascata, previsto in via generale dall'art. 105, comma 19) e il divieto di sub-avvalimento (c.d. avvalimento a cascata, previsto dall'art. 89, comma 6).

Peraltro, la Corte di giustizia, nelle menzionate sentenze, ha stabilito che l'obiettivo di tutela e protezione perseguito dal legislatore avrebbe potuto essere idoneamente conseguito anche attraverso misure meno

⁶³ V. sentenza della Corte del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, spec. punti 33-35. V. altresì sentenza della Corte del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Procedimento penale a carico di Donatella Calfa*, spec. punto 21; nonché del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen*, spec. punto 99.

restrittive⁶⁴. Inoltre, la Corte ha rilevato che il diritto italiano già prevedeva numerose attività interdittive espressamente finalizzate a impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso⁶⁵.

Oltre agli istituti testé menzionati, il codice dei contratti pubblici ha presentato (e presenta) ulteriori ipotesi di *gold-plating*. Come si dirà a breve, alcune di queste risultano, comunque, giustificate.

Si pensi, ad esempio, all'originaria formulazione dell'art. 83, comma 9, in materia di soccorso istruttorio – istituto che, come noto, ha lo scopo di sanare eventuali carenze formali della domanda. La regolarizzazione della domanda era prevista solo se il concorrente avesse proceduto al “pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro”. Tale prescrizione poteva costituire un'ipotesi di eccesso di regolamentazione a discapito, soprattutto, delle piccole medie imprese, nei cui confronti l'imposizione di una sanzione pecuniaria a carattere fisso avrebbe potuto rappresentare un ostacolo maggiore rispetto a un'impresa di grandi dimensioni. Sul punto la Corte di giustizia si è in effetti pronunciata statuendo che, in linea di principio, una normativa nazionale che istituisca un meccanismo di soccorso istruttorio previo pagamento di una sanzione è di per sé ammissibile, salvo che l'importo di questa “rimanga conforme al principio di proporzionalità”⁶⁶. Ad ogni modo, il legislatore ha eliminato tale previsione con l'art. 52 del d.lgs. n. 56/2017⁶⁷.

Un'ulteriore ipotesi di sovraregolamentazione all'interno del codice dei contratti pubblici può trovarsi nell'art. 95, comma 10, rubricato “Criteri di aggiudicazione dell'appalto”. La disposizione prevede, differenziandosi dal corrispondente art. 67 della direttiva appalti, che “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”. La

⁶⁴ V. sentenza *Vitali*, cit., spec. punto 42, e sentenza *Tedeschi*, cit., spec. 49.

⁶⁵ Sentenza *Vitali*, cit., spec. punto 42, e sentenza *Tedeschi*, cit., spec. 49.

⁶⁶ V. sentenza della Corte del 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16, *MA.T.I. Sud*, spec. punto 65.

⁶⁷ Decreto legislativo del 19 aprile 2017, n. 56.

Corte di giustizia si è pronunciata sul punto statuendo che, pur non ostando il diritto dell'Unione a una siffatta normativa, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati “nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”⁶⁸.

Per quanto riguarda, invece, il settore delle concessioni, è da premettere, su un piano generale, che la direttiva 2014/23/UE ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri, evitando di introdurre disposizioni eccessivamente dettagliate. La *ratio* di tale assenza è stata identificata nella stessa natura dell'istituto: considerato che l'elemento che caratterizza la concessione è l'assunzione del rischio economico da parte del concessionario, allora allo stesso deve essergli garantita una certa autonomia nel gestire, con regole privatistiche, i contratti che deve stipulare in funzione dell'adempimento dell'oggetto della concessione⁶⁹.

I vincoli o i limiti introdotti in materia, quindi, derivano direttamente da un eccesso di regolazione del legislatore nazionale.

Si pensi, ad esempio, all'art. 177, comma 1, del codice che prevede l'obbligo di esternalizzare l'80% dei lavori o servizi in quelle concessioni originariamente affidate senza procedure ad evidenza pubblica, in tal modo rendendo applicabili anche alle concessioni in essere l'apertura della concorrenza che la direttiva imponeva solo per le nuove concessioni. Inoltre, è stato osservato in dottrina che il riferimento all'obbligo di indire “procedure ad evidenza pubblica” non è chiaro, essendo

⁶⁸ Sentenza della Corte del 2 maggio 2019, causa C-309/18, *Lavorgna Srl c. Comune di Montelanico e a.*, spec. punto 32.

⁶⁹ V., sul punto, sentenza della Corte del 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, spec. punto 37: “il concetto di rischio economico deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato [...], il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio”.

dubbio se debba intendersi come un “richiamo sintetico ai principi che ispirano la disciplina delle gare pubbliche oppure come la piena applicazione delle regole codicistiche”⁷⁰.

Come anticipato, un altro settore in cui sono stati riscontrati, perlomeno in Italia e soprattutto in passato, dei casi di sovraregolamentazione è quello dei mercati finanziari. È, anzi, questo un settore dove l’attenzione al fenomeno del *gold-plating* è stata particolarmente scrupolosa⁷¹, soprattutto in vista del consolidamento di un’Unione dei mercati dei capitali che, per sua stessa natura e per esigenze di corretto funzionamento, richiede un *level playing field* per gli operatori di tutti gli Stati membri, che sarebbe evidentemente compromesso da un eccesso di regolamentazione.

Proprio al fine di adeguare, quindi, il livello di regolamentazione nazionale a quello di derivazione “comunitaria”, la Consob ha adottato tutta una serie di misure espressamente volte a ridurre il *gold-plating* all’interno della regolamentazione secondaria⁷². La menzione di alcune di esse può essere utile a mettere in evidenza, *a contrario*, alcune delle ipotesi di *gold-plating* che interessavano, in passato, la materia dei mercati finanziari⁷³.

⁷⁰ Cfr. M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, p. 153 ss., spec. p. 162.

⁷¹ Si esprime in questi termini D. SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in Cammino*, 2007, p. 1 ss., spec. p. 3. Sull’attività di misurazione degli oneri amministrativi al fine di semplificare la normativa regolamentare in materia di emittenti, intermediari e mercati, avviata a partire dal 2011, v. S. CARBONE, F. FIAMMA, T. MARCELLI, V. MIRRA, D. ZAOTTINI, *La qualità della regolazione nell’esperienza della Consob. Dalla misurazione degli oneri amministrativi al ciclo della valutazione. Il caso dell’equity crowdfunding*, Discussion Paper, Consob, 2016, p. 1 ss.; M. BENEDETTI, *Il programma di riduzione degli oneri amministrativi della CONSOB*, in *Rassegna trimestrale dell’Osservatorio Air*, 2013, p. 1 ss.

⁷² Per approfondimenti v. S. CARBONE, F. FIAMMA, T. MARCELLI, V. MIRRA, D. ZAOTTINI, *op. cit.*, p. 1 ss.; M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁷³ Le analizzano nel dettaglio V. R. DRAGANI, V. SEMINARA, *Gold-plating e semplificazione regolamentare: le novità introdotte dalla Delibera Consob n. 18214 del 9 maggio 2012*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1281 ss.

Con la deliberazione n. 18214/2012⁷⁴, la Consob ha, *inter alia*, abrogato il comma 2 dell'art. 37-*bis* del c.d. regolamento emittenti⁷⁵. Tale disposizione prevedeva che l'offerente che avesse comunicato alla Consob un'offerta pubblica di acquisto o di scambio ai sensi dell'art. 102, comma 1, T.U.F.⁷⁶, dovesse, non solo presentare le congrue garanzie di pagamento, ma anche inviare una dichiarazione che attestasse le modalità di pagamento del corrispettivo dell'offerta, obbligo – ulteriore e più stringente – non previsto dalla direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto⁷⁷.

Un ulteriore esempio si rinviene nella modifica del comma 3 dell'art. 37-*bis* del regolamento emittenti, rubricato “Promozione dell'offerta”, che imponeva che l'emittente dovesse promuovere l'offerta, quindi darne notizia, presentando “senza indugio” e “contestualmente” una “comunicazione” sia al mercato che alla Consob. La menzionata deliberazione, ritenendo inutilmente oneroso il “doppio” adempimento (peraltro non previsto nella direttiva 2004/25/CE), ha abrogato l'obbligo di attenzionare la Consob.

Si pensi, ancora, all'art. 117, comma 1, lett. *b*), del regolamento emittenti — rubricato “Comunicazione delle partecipazioni rilevanti in azioni” — dove sono stati rimossi gli obblighi di comunicazione, a carico di coloro che partecipano al capitale sociale di un emittente azioni quotate, del superamento, raggiungimento o riduzione al di sotto delle soglie del 35%, 40%, 45% e 75%. Sull'articolo è successivamente intervenuta la deliberazione n. 19614/2016⁷⁸ e l'obbligo di

⁷⁴ Deliberazione n. 18214, del 9 maggio 2012, comportante modifiche ai regolamenti di attuazione del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la disciplina degli emittenti e la disciplina dei mercati, adottati, rispettivamente, con delibere n. 11971 del 14 maggio 1999 e n. 16191 del 29 ottobre 2007 e successive modificazioni.

⁷⁵ Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato con delibera della Commissione nazionale per le società e la borsa n. 11971, del 14 maggio 1999, da ultimo aggiornato con delibera n. 22423 del 28 luglio 2022.

⁷⁶ Decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

⁷⁷ Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto.

⁷⁸ Deliberazione Consob, del 26 maggio 2016, n. 19614, modifiche al regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

comunicazione, oggi, è previsto per il raggiungimento o il superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 66,6% e 90%⁷⁹.

Anche l'art. 117, comma 1, lett. a), è stato modificato con la deliberazione n. 19614/2016, sempre al fine di rendere meno stringenti taluni obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti in azioni, in particolare quello del “superamento della soglia del 3% nel caso in cui la società non sia una PMI”, precedentemente prevista nella misura del 2%. Peraltro, è opportuno osservare che la direttiva di riferimento, cioè la direttiva 2004/109/CE, prevede che tali specifici obblighi di comunicazione debbano essere adempiuti solo nei confronti dell'emittente e non anche dell'autorità competente, a differenza di quanto previsto dall'art. 117, comma 1, lett. a) e lett. b), che, invece, dispone che l'adempimento debba essere espletato anche nei confronti della Consob. Tale “aggiunta” potrebbe costituire un'ulteriore ipotesi di *gold-plating*.

Come premesso, questi sono solo alcuni esempi e, in quanto tali, non esauriscono le ipotesi di *gold-plating* né nel settore dei contratti pubblici, né in quello dei mercati finanziari. Peraltro, il solo fatto che non sia possibile citare compiutamente tutte le ipotesi di sovraregolamentazione dà la misura di quanto il fenomeno abbia interessato (e in parte interessi ancora) queste due materie. Entrambe, d'altro canto, sono caratterizzate, in termini generali, da esigenze di protezione: in un caso, si è visto, dell'ordine pubblico contro l'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche; nell'altro caso, del corretto e trasparente funzionamento del mercato finanziario⁸⁰.

⁷⁹ L'art. 9, comma 1, della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e che modifica la direttiva 2001/34/CE, stabilisce le seguenti percentuali: “5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% e 75%”. Al successivo comma 3, lett. b), è fatta peraltro salva la possibilità per gli Stati membri di non applicare la soglia del 75% “quando esso applica una soglia di due terzi”. Dato che l'art. 117, comma 1, lett. b), del regolamento emittenti già prevedeva la soglia del 66,6%, la soglia del 75% è stata rimossa. V., *amplius*, V. R. DRAGANI, V. SEMINARA, *op. cit.*, spec. p. 1318.

⁸⁰ È stato evidenziato che “[...] le due esigenze che da sempre connotano la tutela del mercato finanziario [sono] la necessità di evitare un'ipertrofia regolamentare che ostacoli gli investimenti e, al contempo, quella di offrire ai risparmiatori un livello di fiducia sufficiente sull'integrità e il corretto funzionamento del mercato”: così, per tutti, A. DE NICOLA, *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario*, in AA.VV., *Scritti*

6. Alla luce di quanto precede, pare potersi affermare che il *gold-plating*, sebbene si concretizzi sovente in disposizioni di mero dettaglio, “iper” tecniche, talvolta apparentemente trascurabili, costituisce in realtà un ostacolo non indifferente all’effettività del diritto dell’Unione europea. L’ordinamento giuridico “comunitario”, infatti, esiste e funziona efficacemente soltanto all’imperativa condizione che, all’interno degli Stati membri, il diritto di fonte “europea” sia applicato in modo pieno e coerente⁸¹. D’altro canto, ogni volta in cui si fornisca un’interpretazione e/o un’applicazione scorrette e parziali delle norme dell’Unione, non solo il diritto UE perde di effettività e di efficacia, ma si genera altresì un *vulnus* a due principi cardine dell’intero sistema, cioè la parità di trattamento e la solidarietà tra gli Stati, con conseguenti discriminazioni a carico dei loro cittadini⁸². In fondo, già in *Costa c. Enel* la Corte di giustizia aveva avuto modo di osservare che “se l’efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all’altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l’attuazione degli scopi del Trattato contemplata nell’art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall’art. 7”⁸³.

È chiaro che il fenomeno del *gold-plating*, nella sua tendenziale legittimità e nella sua (apparente) “esigua” portata pratica, non sembra porre le stesse criticità di altri fenomeni indubbiamente più problematici. Tuttavia, l’eccesso di regolamentazione da parte del legislatore nazionale in fase di attuazione del diritto dell’Unione comporta un’evidente applicazione divergente e disomogenea di quest’ultimo, con ciò rappresentando indubbiamente una barriera importante (anche se sotto-stimabile) alla sua piena e uniforme realizzazione e, quindi, alla sua effettività.

giuridici per Piergaetano Marchetti, Milano, 2011, p. 207 ss., spec. p. 207. V. anche, in tempi più risalenti, P. MARCHETTI, *Profili privatistici dell’insider trading*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario*, Milano, 1992, p. 145 ss.

⁸¹ In argomento v., per tutti, J. V. LOUIS, *L’ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995, spec. p. 243.

⁸² G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 477 ss., spec. p. 481; v. anche, per tutte, la sentenza della Corte del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, punto 24.

⁸³ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, p. 1144.

Peraltro, l'apparente "trascurabilità" del fenomeno, che deriva dalla sua difficile identificazione e quantificazione, potrebbe indurre a ritenerlo un ostacolo in fondo minimo all'effettività del diritto dell'Unione europea. In realtà, si potrebbe sostenere che proprio ciò che lo rende "impercettibile" è esattamente ciò che lo rende particolarmente problematico, perché di complessa individuazione, razionalizzazione e, quindi, risoluzione.

Pare quindi utile illustrare, in estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività, quali potrebbero essere i principali fronti su cui intervenire per tentare (quantomeno) di ridurre il fenomeno.

Un primo punto su cui sarebbe opportuno riflettere è l'impiego, nel diritto derivato, di formule vaghe e di clausole generali – strettamente connesso alla tecnica dell'armonizzazione minima – che può comportare la conseguenza che il legislatore nazionale, assumendosi l'onere di dettagliare l'atto di derivazione "comunitaria", lo faccia in misura eccessiva. Come giustamente osservato in dottrina, "il diritto derivato necessita – per prendere compiutamente forma e divenire cogente – anche del consenso del Consiglio dell'Unione, dove siedono i rappresentanti degli Stati membri, il compromesso tra i quali spesso si raggiunge solo ricorrendo all'impiego di formule vaghe e, quindi, in buona sostanza, di clausole generali. E la tecnica dell'armonizzazione minima (per il tramite di direttive quadro), per non parlare dell'armonizzazione al ribasso, è una chiara testimonianza di quanto testé descritto"⁸⁴.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al settore delle concessioni: come accennato, la direttiva 2014/23/UE ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri, evitando di introdurre disposizioni troppo dettagliate⁸⁵. La *ratio*, si è visto, risiede nella natura stessa della concessione, che è caratterizzata dall'assunzione del rischio economico da parte del concessionario, a cui è opportuno lasciare autonomia nel gestire, con regole privatistiche, i contratti che deve stipulare in funzione dell'adempimento dell'oggetto della concessione. Peraltro, quantomeno in Italia, la formulazione generica e a tratti vaga delle

⁸⁴ C. AMALFITANO, F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 9 ss., spec. p. 37.

⁸⁵ V., in materia, G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1095 ss.

disposizioni contenute nella direttiva ha condotto a svariati casi (talvolta non giustificati) di *gold-plating*, a discapito, *in primis*, degli operatori economici italiani.

Un altro versante su cui si potrebbe lavorare è quello delle c.d. AIR, le analisi di impatto della regolamentazione, che contengono un’apposita sezione dedicata al divieto di *gold-plating* (la sezione 8, rubricata “Rispetto dei livelli minimi di regolazione europea”)⁸⁶. Il legislatore italiano, in questo frangente, ha evidentemente abbracciato una logica “*comply or explain*”, disponendo che l’amministrazione debba dare conto delle circostanze eccezionali, valutate nell’analisi d’impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Peraltro, come si è accennato, le AIR non sono consultabili in maniera ordinata e, comunque, non sono sempre obbligatorie, rendendo di fatto particolarmente complessa un’analisi esaustiva del fenomeno in Italia.

È chiaro, peraltro, che se vi fosse un uso più “oculato” di questo strumento, così come una sua migliore e maggiore pubblicità, si genererebbe il positivo effetto di rendere le autorità nazionali (e in particolare le pubbliche amministrazioni deputate all’attuazione del diritto dell’Unione europea) maggiormente consapevoli del fenomeno. Una maggiore consapevolezza, sul lungo periodo, condurrebbe, in potenza, a una riduzione del fenomeno.

⁸⁶ L’AIR è disciplinata dalla citata l. n. 246/2005, in specie dall’art. 14 che, al comma 1, la definisce come la “[...] valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative”. La disciplina sull’AIR è completata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 15 settembre 2017, n. 169, cit., e dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, del 16 febbraio 2018, cit. In dottrina, se ne sono occupati (non sempre con toni di favore), ad esempio, G. MAZZANTINI, N. RANGONE (a cura di), *L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, in *Osservatorio AIR*, 2019, e i contributi ivi contenuti; N. RANGONE, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell’AIR*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 675 ss.; M. MARTELLI, *L’AIR in chiave comparata*, in A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, p. 139 ss.; B. G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio AIR*, 2010, p. 4 ss.