

Ermes Rosina

UNIVERSITA' DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

MASTER IN DIRITTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

L'abuso del procedimento giudiziario e amministrativo in senso anticoncorrenziale e la funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti (considerazioni intorno a Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 21 maggio 2013, n. 2722).

1. Il caso deciso. Un'ipotesi composita di abuso di posizione dominante.....p.	1
1.1 Diritto (e abuso del diritto) di difesa	p. 6
1.2. Condotte abusive nei procedimenti amministrativi con effetti anticoncorrenziali.....	p. 19
2. Natura delle <i>Authorities</i> e della funzione sanzionatoria	p. 23
3. Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori. Conclusioni	p. 33

L'abuso del procedimento giudiziario e amministrativo in senso anticoncorrenziale e la funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti (considerazioni intorno a Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 21 maggio 2013, n. 2722)

1. Il caso deciso. Un'ipotesi composta di abuso di posizione dominante.

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar del Lazio, sede di Roma, Sez. I, n. 10180 del 24/12/2011, circa la legittimità del provvedimento con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito indicata anche come "Agcm" o "Antitrust") accertava una situazione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹, posto in essere tra il 2005 e l'inizio del 2010 dalla filiale italiana del gruppo industriale francese Saint-Gobain, con pregiudizio di un potenziale concorrente, Fassa s.p.a., nel mercato della produzione e commercializzazione dei pannelli di cartongesso, utilizzati nell'ambito dell'edilizia. In virtù dell'accertamento dell'abuso, conseguente a una complessa istruttoria, con acquisizione (anche mediante verifiche ispettive) di ampia documentazione da parte della denunciante Fassa s.p.a, della Saint-Gobain e degli altri due principali concorrenti nel settore, l'Antitrust aveva infatti irrogato, ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, una sanzione pecuniaria di oltre due milioni di euro, con diffida ad astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi.

Dopo aver descritto le peculiarità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità, che investe anche l'esercizio della discrezionalità tecnica di quest'ultima sotto il profilo della "*manifesta erroneità*", il

¹ La previsione di questa fattispecie di illecito anticoncorrenziale, contenuta nell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE), è recepita nell'ordinamento italiano dall'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, la cui portata applicativa ha carattere residuale rispetto alla normativa comunitaria, in quanto limitata alle condotte i cui effetti anticoncorrenziali si esauriscono all'interno "*del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*" (analogamente a quanto prevede l'art. 2, riguardo alle intese). L'art. 1, comma 1, della legge conferma tale impostazione circoscrivendo l'applicazione della disciplina interna ai casi non ricadenti nella sfera di operatività delle norme comunitarie (incardinata sulle condotte pregiudizievoli "*al commercio tra Stati membri*", alle quali la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia riconduce pure le condotte restrittive poste in essere su un intero mercato nazionale, nella misura in cui siano suscettibili di influenzare il commercio intracomunitario). Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, nella prospettiva di rafforzare il contrasto ai comportamenti anticoncorrenziali di rilevanza comunitaria, ha peraltro introdotto (con l'art. 5), per i giudici e le autorità di concorrenza nazionali, l'obbligo di applicazione del diritto antitrust comunitario alle intese e agli abusi di posizione dominante che possono pregiudicare i rapporti di scambio tra i Paesi membri. Nel nuovo sistema tanto la Commissione quanto le autorità e i giudici nazionali sono direttamente competenti ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza.

Consiglio di Stato ripercorre le evidenze documentali e le valutazioni su cui l'Antitrust basava la verifica dei presupposti e degli elementi costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale - ossia il mercato geograficamente rilevante², la posizione dominante³ e lo sfruttamento abusivo di questa⁴ - tutti censurati dall'appellante Saint-Gobain. Come evidenziano concordemente la dottrina e la giurisprudenza⁵, l'indeterminatezza sul piano definitorio delle componenti costitutive della fattispecie, comporta, alla luce del peculiare bene oggetto di tutela, l'applicazione alla situazione concreta di criteri di giudizio desunti da conoscenze specialistiche, afferenti, in particolare, alla scienza economica⁶.

Il Supremo Consesso Amministrativo rileva dunque la correttezza della ricostruzione, operata dall'Antitrust, circa le caratteristiche del mercato del cartongesso, condizionato dalla disponibilità in prossimità degli impianti produttivi di cave di gesso naturale, una risorsa scarsa, il cui controllo rappresenta un aspetto centrale del confronto concorrenziale e incide sulle stesse possibilità d'ingresso e

² Con tale nozione si indica l'ambito territoriale in cui le imprese interessate sono attive nella domanda e nell'offerta dei prodotti o dei servizi, ed in cui le condizioni della concorrenza sono sufficientemente omogenee.

³ Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza comunitaria, la posizione dominante consiste in una "situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato" ed ha la possibilità di tenere comportamenti significativamente "indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, dunque, in ultima analisi dei consumatori", alla luce del grado di pressione concorrenziale esercitata nei confronti dell'impresa in questione (così Corte di Giustizia 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental B.V. c. Commissione*; nello stesso senso, tra le altre, C. di Giust. 13 febbraio 1979, C- 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.AG c. Commissione*).

⁴ L'ordinamento comunitario e nazionale non stigmatizza la detenzione o l'acquisizione di una posizione dominante sul mercato in quanto tale, bensì l'abuso di questa, che si concretizza in quei comportamenti pregiudizievoli allo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata, oggetto di speciale protezione in quanto funzionale ad offrire ai consumatori un livello di eccellenza in termini di qualità e di prezzo e, al tempo stesso, a garantire l'impegno delle imprese nella ricerca della competitività e dell'efficienza economica (C. di Giust., 9 novembre 1983, C-322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione*). Per la consolidata giurisprudenza comunitaria (si veda, per tutte, C. di Giust., 21 febbraio 1973, C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*), a cui si ricollega quella nazionale (tra le altre, Cons. Stato Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306 e Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 548), dalla posizione dominante, pur non vietata di per sé, discende una "speciale responsabilità" in capo al soggetto che la detiene, nel senso che quest'ultimo non può tenere comportamenti pregiudizievoli nei confronti dei concorrenti e dei consumatori, tali da ostacolare il sano sviluppo del mercato ovvero eliminare o ridurre il grado di concorrenza esistente.

⁵ Come evidenzia G. Bruzzone, *L'abuso di posizione dominante*, in L.Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 95. Al generico divieto dell'abuso l'art. 102 del Tfu e l'art. 3 della l.n. 287/1990 affiancano un elenco dal carattere meramente esemplificativo dei comportamenti che possono costituire pratiche abusive, le quali sfuggono, in tal modo, a una precisa configurazione *a priori*. Richiama la mancanza di tassatività dell'elencazione la sentenza del TAR Lazio 14 aprile 2008, n. 3163, che conferma la sanzione irrogata dall'Antitrust a un'impresa di riparazione navale, concessionaria della gestione di bacini di carenaggio, in relazione a un abuso di posizione dominante, concretizzatosi nella carenza di adeguate e trasparenti informazioni circa la disponibilità delle strutture in questione per gli altri riparatori, che, conseguentemente, subivano ingiustificati ostacoli per la fruizione delle stesse. Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, tra le altre, qualifica come "concetti giuridici indeterminati" le nozioni di "mercato rilevante" e "abuso di posizione dominante", la cui contestualizzazione nel caso specifico, ai fini dell'applicazione della disciplina, richiede una complessa attività valutativa.

⁶ Questa viene icasticamente definita "ultimo e sovrano giudice della legittimità di una condotta" da L. Arnaudo, *Raising Rival's Ghosts, ovvero i "fantasmi" dell'Antitrust*, in *Dir. Ind.*, 2011, 1, p. 57.

permanenza nel mercato. Da questi elementi, infatti, l'Autorità aveva inferito la delimitazione del mercato geografico di riferimento - presupposto indispensabile per la verifica dell'abuso di posizione dominante - nel raggio di 500 Km dal luogo in cui Fassa s.p.a. aveva collocato il centro del proprio progetto industriale (ossia nel Comune di Calliano, in Provincia di Asti), tenuto conto dell'incidenza dei costi di trasporto, che avrebbero reso non proficua la distribuzione nei luoghi situati oltre la predetta distanza.

Il Consiglio di Stato, passati in rassegna i punti salienti del provvedimento impugnato (specie i passaggi in cui l'Autorità replica alle controdeduzioni svolte da Saint-Gobain nella fase procedimentale), condivide la posizione dell'Antitrust in merito alla sussistenza della situazione di dominanza della ricorrente nell'ambito del mercato in esame, ricavata dall'analisi di un complesso di indici⁷, quali la quota di mercato (compresa tra il 40 e il 50%)⁸, il volume di vendite, il numero degli stabilimenti, la notorietà del marchio. Non ravvisando nell'atto elementi di travisamento fattuale, né di illogicità o arbitrarietà valutativa, il Supremo Collegio conferma il carattere illecito e abusivo dei comportamenti contestati, in quanto riconducibili a una strategia escludente nei confronti del nuovo concorrente (con speciale riguardo all'accesso alla materia prima), dal significativo effetto deterrente per la concorrenza potenziale. Tali pratiche, in particolare, si erano concretizzate:

- 1) nell'intromissione nelle trattative - già approdate alla stipula del contratto preliminare - per la compravendita di una cava di gesso nell'Astigiano, alla quale Fassa s.p.a. era interessata (in quanto ubicata in prossimità del luogo in cui era previsto l'insediamento produttivo), culminata nell'acquisizione della stessa da parte di Saint-Gobain, sebbene non funzionale al suo fabbisogno, con conseguente privazione, per il nuovo concorrente, dell'importante riserva di materia prima;
- 2) in ulteriori interventi nelle trattative per l'acquisto di terreni, consistenti nell'offerta di prezzi maggiorati nonché nell'acquisizione di particelle situate nella zona circostante l'insediamento industriale di Fassa; ciò comportava, da un lato, l'incremento esponenziale dei valori dei terreni (con conseguenti difficoltà espansive per il concorrente) e, dall'altro, un'interclusione dell'accesso all'impianto;
- 3) nella messa in atto di diverse iniziative giudiziarie, sia civili che amministrative - dirette a contestare, rispettivamente, gli acquisti di terreni effettuati da Fassa s.p.a. (facendo valere diritti di prelazione) e a

⁷ Ciò in coerenza con l'orientamento della giurisprudenza comunitaria (seguita da quella nazionale), che, in considerazione della genericità del concetto di "dominanza", impiega, ai fini del riscontro in concreto della stessa, alcuni elementi sintomatici, non determinanti se presi in considerazione singolarmente, ma da apprezzare in combinazione tra loro, quali la titolarità di una quota significativa di mercato e la ripartizione delle restanti quote tra gli altri concorrenti, la popolarità dell'impresa, la disponibilità di economie di scala, il grado della c.d. integrazione verticale, ossia il controllo di fasi della produzione o della distribuzione strettamente collegate a quelle in cui opera l'impresa (in tal senso, tra le altre, la citata sentenza Corte di Giustizia 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company*).

⁸ A tale riguardo, C. giust., 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione* evidenzia come il "possesso di" quote molto alte" di controllo del mercato, quale è quella del 50%, costituisce di per sé prova dell'esistenza di una posizione dominante. L'impostazione della pronuncia è stata seguita dalla giurisprudenza successiva, che l'ha intesa come una sorta di presunzione semplice, superabile con la prova contraria circa la sussistenza di aspetti concorrenziali che temperino il potere dell'impresa nel mercato di riferimento.

impugnare gli strumenti urbanistici adottati dal Comune per consentirne l'attività, - proposte, in termini pretestuosi, da agricoltori che non solo non avevano un interesse giuridicamente qualificato ad esperirle né disponevano delle risorse finanziarie per farvi fronte, ma erano altresì assistiti dai legali della Saint-Gobain e con questa intrattenevano rapporti economici (in quanto concessionari di capannoni in comodato d'uso) e lavorativi (quali affittuari di terreni agricoli di proprietà dell'impresa in questione)⁹.

Le circostanze che la ricorrente adduce per sostenere la tesi del "travisamento dei fatti" e l'infondatezza dell'accertamento dell'Antitrust (quali il temporeggiare della società Fassa nell'acquisto definitivo della cava - il cui contratto preliminare di acquisto si era risolto per via arbitrale senza pagamento di penale per il venditore - l'assenza di intento pregiudizievole, la riconducibilità delle azioni giudiziarie all'interesse esclusivo dei singoli proponenti) non sono sufficienti, per il Consiglio di Stato, a confutare le risultanze complessive dell'ampio e articolato quadro indiziario¹⁰, sulla base del quale l'Autorità perveniva al giudizio di illiceità delle condotte oggetto di contestazione.

⁹ L. Arnaudo, *Raising Rival's Ghosts*, cit. p. 59, riconduce la fattispecie alla condotta nota in ambito antitrust come *Raising Rival's Costs*, richiamando la giurisprudenza statunitense, che dell'innalzamento dei costi per i concorrenti si è preoccupata in una pluralità di casi, il più noto dei quali riguarda Alcoa - United States v. Aluminium Co. of Am., 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945) - società monopolista nel mercato dell'alluminio, condannata dalla Corte Distrettuale d'Appello di New York per aver acquisito diritti di esclusiva, non necessari al proprio fabbisogno, sulla produzione di energia elettrica, mediante accordi con le imprese fornitrici diretti a rendere più difficile ai propri concorrenti la reperibilità di un fattore produttivo essenziale, con conseguente aumento dei operativi.

¹⁰ La decisione parla di una vera e propria "inversione dell'onere della prova" a fronte dell'univocità e concordanza degli elementi indiziari, richiamando alcuni precedenti della Corte di Giustizia. In realtà questi ultimi affermano la spettanza in capo alla Commissione dell'onere della prova circa la sussistenza dei fatti costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale (oggi contemplato espressamente dall'art. 2 del reg. CE n. 1/2003 per "tutti i procedimenti nazionali o comunitari" in capo "alla parte o all'autorità" che afferma la sussistenza dell'infrazione), non potendosi "indebitamente invertire l'onere della prova" (così la sentenza della Corte di Giustizia del 8 luglio 1999 - C-199/92 *Hüls AG c. Commissione*, par. 155 e 174, richiamata dal Consiglio di Stato insieme alle coeve C-235/92P *Montecatini* e C-49/92 *Anic*, riguardanti un'intesa spartitoria del mercato tra imprese operanti nel settore petrolchimico), alla luce del principio della presunzione d'innocenza di cui all'art. 6.2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, operante anche per le violazioni delle norme sulla concorrenza, considerato il grado di severità e la natura punitiva delle sanzioni applicabili ad esse (Corte Europea, sentenze 21 febbraio 1984, *Öztürk* e 25 agosto 1987, *Lutz*). Più puntuale e pertinente al caso di specie sarebbe stato il richiamo al principio affermato nella sentenza del Tribunale di primo grado 1° luglio 2010, T-321/05 *AstraZeneca c. Commissione* (punti n. 474-477), secondo cui la Commissione non deve necessariamente apportare prove precise e concordanti "in relazione a ciascun elemento dell'infrazione", essendo invece "sufficiente che il complesso degli indizi invocati dall'istituzione, valutato globalmente e i cui diversi elementi si possono rafforzare reciprocamente, risponda a tale requisito". Analogo principio, riconducibile in concreto non tanto all'inversione dell'onus probandi quanto al canone della "prossimità della prova", si rinviene in relazione a un altro interesse di rilevanza generale, anche nella prospettiva euro-unitaria, quale è la tutela dell'ambiente. La Corte di Giustizia, infatti, con la sentenza 9 marzo 2010, C-379/08, *Raffinerie Mediterranee SpA (ERG)*, pronunciandosi su una questione pregiudiziale proposta dal TAR Sicilia, ha rilevato come la direttiva 2004/35, in tema di responsabilità ambientale, non osti a una normativa nazionale che consenta di presumere l'esistenza di "un nesso di causalità... tra determinati operatori e un inquinamento accertato", anche se "a carattere diffuso", fermo restando, che "conformemente al principio «chi inquina paga»" di cui all'art. art. 191 TUE (ex art. 174 TCE), "l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento", cosicché la presunzione in parola deve fondarsi su "indizi plausibili" - quali la vicinanza dell'impianto all'area dove è stato accertato l'inquinamento e la corrispondenza tra le

La composita condotta accertata dall'Antitrust può ricondursi a quella che, pur nella sostanziale atipicità delle pratiche anticoncorrenziali, costituisce una delle due macro-categorie in cui vengono usualmente distinte le fattispecie abusive, ossia al c.d. abuso di "esclusione", che si caratterizza, rispetto a quello di "sfruttamento"¹¹ - con cui l'impresa si giova del proprio potere economico, ad esempio con l'imposizione di prezzi o condizioni contrattuali eccessivamente gravose, danneggiando direttamente la controparte commerciale, sia esso fornitore, acquirente o consumatore - per la finalità di estromettere dal mercato i concorrenti (reali o potenziali), tramite le pratiche più disparate, quali il rafforzamento delle barriere all'accesso (come nel caso di specie), le vendite sottocosto e, in generale, tutti quei comportamenti che abbiano l'effetto di "*ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*"¹².

Poiché, nel caso di specie - come risulta dal provvedimento sanzionatorio - l'abuso di posizione dominante interessava una porzione rilevante del territorio nazionale, nonché una parte dei confinanti territori d'Oltralpe, la condotta sanzionata viene correttamente iscritta nell'ambito dell'art. 102 Tfu, in quanto "*pregiudizievole al commercio*" intracomunitario, sulla scorta degli orientamenti della Commissione¹³, che interpreta il concetto di pregiudizio in senso ampio, ricollegandolo all'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, dei comportamenti sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

Secondo il Consiglio di Stato le condotte abusive accertate dall'Antitrust vanno apprezzate non già *singulatim*, bensì come tessere di un mosaico dalla cui valutazione globale emerge l'esistenza dell'illecito anticoncorrenziale. Tra queste vanno assumendo un rilievo via via maggiore le azioni giudiziarie pretestuose intraprese dall'operatore economico già consolidato in un dato settore contro i nuovi competitori.

Come si avrà modo di approfondire in seguito, la giurisprudenza - sia nazionale che comunitaria - ha, infatti, in più occasioni focalizzato la propria attenzione sulle condotte lesive - formalmente legittime ma

sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati dall'operatore nell'esercizio della sua attività - e opera, comunque, solo se "*detti operatori non siano in condizione*" di confutarla.

¹¹ Per la distinzione si veda C. Osti, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, 2011, Milano, 2011, p. 23.

¹² Corte Giust., 13 febbraio 1979, *Hoffmann – La Roche*, cit., punto 91; per rendere meno sfuggente il concetto dell'abuso escludente, in un'ottica di protezione non già "dei concorrenti", bensì del processo concorrenziale in sé, la Comunicazione della Commissione 2009/C45/02, concernente gli "*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*", in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, pone in evidenza - accanto all'effetto preclusivo all'ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati - l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile, che consente all'impresa di aumentare i prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

¹³ Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, recante "*Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*", in GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004.

“abusive” nella sostanza - poste in essere non già direttamente in danno della concorrenza, bensì nel contesto dei rapporti con i pubblici poteri, non solo nell’ambito dei procedimenti giudiziari, ma anche - e più in generale - di quelli amministrativi.

1.1. Diritto (e abuso del diritto) di difesa.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha, in diverse occasioni, indagato se e come la distorsione dei meccanismi concorrenziali potesse realizzarsi mediante l’uso strumentale dei mezzi di tutela giudiziaria. Partendo dal presupposto della fondamentale rilevanza del diritto di difesa, vero e proprio principio-cardine comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata da tutti i Paesi dell’Unione Europea¹⁴, i giudici europei evidenziano - proprio per non sminuire la portata delle prerogative difensive - la necessità che, nell’operazione di distinzione tra l’esercizio corretto del diritto in parola e il suo abuso¹⁵, occorra dare un’interpretazione restrittiva di quest’ultimo¹⁶, basata su due elementi essenziali, che devono essere compresenti.

In primo luogo occorre che l’azione non possa ragionevolmente ritenersi finalizzata a far valere i diritti dell’impresa considerata (sia essa o meno fondata) e sia, pertanto, evidente il suo carattere meramente defatigatorio. Essa deve, inoltre, inserirsi in un piano volto ad eliminare la concorrenza e non essere, quindi, un elemento isolato, ma parte di una più complessiva attività anticoncorrenziale.

Secondo la ricostruzione della dottrina¹⁷, nel diritto interno l’abuso dello strumento processuale non si identifica necessariamente con la temerarietà della lite (che importa la soccombenza) né con

¹⁴ L’adesione dell’Unione europea alla CEDU è oggi prevista dall’art. 6.2 del Trattato sull’Unione Europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona. La disposizione sancisce altresì il principio, già affermato dalla consolidata giurisprudenza comunitaria, che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (quale è il diritto di difesa) “fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (6.3).

¹⁵ Si ricordi che l’art. 17 della CEDU - la cui formulazione è ripresa dall’art. 54 della Carta di Nizza in relazione ai diritti fondamentali dell’Unione Europea da essa riconosciuti - vieta espressamente l’abuso dei diritti garantiti dalla Convenzione, esplicitandosi negli atti “che hanno come scopo” la distruzione di diritti e libertà della Convenzione o la loro limitazione in misura eccessiva; con specifico riguardo all’abuso del processo, ai sensi dell’art. 35, par. 3, lett. b) la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo “dichiara irricevibile” ogni ricorso che essa ritenga “manifestamente infondato o abusivo”.

¹⁶ In tal senso si esprime la sentenza del Tribunale di primo grado, 17 luglio 1998, causa T- 111/96, *ITT Promedia c. Commissione*; conforme è l’indirizzo seguito dalla sentenza del Tribunale di primo grado, 13 settembre 2012, causa T- 119/09, *Protégé International c. Commissione*. Entrambe le pronunce confermano le decisioni con cui la Commissione non aveva dato seguito a denunce di abuso di posizione dominante.

¹⁷ Si vedano, al riguardo, F. Cordopatri, “L’abuso del processo”, Padova, 2000 e Id. *L’abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 4, p. 874.

l'infondatezza della pretesa dedotta in giudizio¹⁸, ma si ricollega piuttosto, e in senso più ampio, alla violazione dei canoni (privatistici) della buona fede oggettiva e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. - funzionali alla garanzia dell'equilibrio tra gli interessi delle parti coinvolte nel rapporto obbligatorio- nonché del principio (di portata pubblicistica) del giusto processo ex art. 111 Cost, con i quali si pone in contrasto qualsiasi azione che ecceda dalle finalità che le sono proprie¹⁹, ossia devii dall'obiettivo della tutela dell'interesse sostanziale su cui si fonda il conferimento del diritto di azione medesimo.

L'abuso del processo si configura, dunque, come una fattispecie particolare dell'abuso del diritto, nella quale vanno ricompresi tutti i casi in cui una data situazione giuridica soggettiva attiva (si tratti di diritto, potere o facoltà) viene esercitata per finalità estranee a quelle per la quale detta situazione giuridica è riconosciuta dalla legge²⁰. Ad accomunare le due ipotesi è quindi - per usare un concetto giuspubblicistico, che evoca al tempo stesso sia il nucleo essenziale del vizio di "eccesso di potere" degli atti dell'Amministrazione sia quello di ogni condotta "abusiva" - il *détournement*, ossia lo sviamento, nell'utilizzo concreto di un dato istituto, dalla funzione a questo assegnata dal legislatore²¹. Nel caso dell'abuso del processo tale deviazione produce quale effetto concreto una lesione - incongrua e sproporzionata rispetto al fine tipico dello strumento processuale - nei confronti dell'interesse privato del soggetto coinvolto nel giudizio nonché di quello pubblico inerente al celere e ordinato svolgimento del giudizio²².

¹⁸ Una prova in tal senso già si ricava dal dato normativo, atteso che l'art. 91, comma 1, c.p.c. come novellato dalla legge n. 69/2009, prevede che il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta stessa, salvo che non ricorrano le circostanze richiamate dall'art. 92, comma 2.

¹⁹In questo senso, M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 117. Secondo M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 338 ss., l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c., consentirebbe al giudice, prima di valutare la fondatezza nel merito dell'azione, di considerarne la "meritevolezza", quale condizione processuale di accesso al giudizio.

²⁰ Si veda, sul punto, il fondamentale studio di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.

²¹ Cfr. N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, t. 1 Milano, 2008, p. 2, che ricostruisce l'abuso processuale, riprendendo note categorie amministrativistiche, come cattivo uso del potere discrezionale in ordine alla scelta degli scopi da perseguire (piuttosto che sulle modalità di esercizio), in quanto difforni da quelli ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento. Sulla parallela elaborazione, nell'esperienza francese, dello sviamento e dell'abuso, ripresa in Italia, dal Consiglio di Stato da un lato e dalla dottrina privatistica, si veda P. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, 204 ss.

²² In tal senso, N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, cit., il quale, sulla scorta di M. Taruffo, *L'abuso del processo*, cit., p. 117, ss., distingue altresì l'abuso "del processo" vero e proprio dall'abuso "nel" processo: il primo si concretizza nell'uso distorto della tutela giurisdizionale nel suo complesso, il secondo si esplica tramite comportamenti scorretti realizzati nel corso del giudizio dalle parti e dai difensori, presi in esame, in particolare, dagli artt. 88 (che, con riguardo alla violazione del dovere di "lealtà e probità", ove posta in essere dal difensore, prevede la segnalazione all'autorità munita di potere disciplinare) e 89 c.p. (che contempla il

Emblematica espressione di questa impostazione - che ha avuto ampia diffusione, come si vedrà, anche nella giurisprudenza amministrativa - è la sentenza Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726. In questa pronuncia la Suprema Corte qualifica il frazionamento di un credito unitario in plurime richieste giudiziali di adempimento, siano esse contestuali o scaglionate nel tempo, come un comportamento abusivo, in quanto contrastante tanto con il principio di buona fede - da ritenersi, alla luce del “*dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*”, operante in ogni fase della vicenda negoziale, ivi compresa quella “patologica” sfociante nella sede processuale - quanto con le esigenze del “giusto processo” e della ragionevole durata del giudizio, tutelate nell’art. 111 Cost.²³. Dalla violazione di questi fondamentali canoni la Suprema Corte fa derivare la conseguenza dell’inammissibilità della domanda “parcellizzata”, senza necessità di addentrarsi nella verifica della sua fondatezza²⁴.

Va notato, inoltre, che per le Sezioni Unite l’abuso processuale può sussistere anche quando il frazionamento della pretesa creditoria non sia sostenuto da un interesse meramente emulativo, come nel caso in cui essa venga fatta valere in giudizio inizialmente solo *pro quota*, con riserva di azione per il residuo, in modo da poter adire un giudice diverso (il giudice di pace in luogo del tribunale) rispetto a quello che sarebbe stato competente a conoscere dell'intero credito, confidando nella più celere soluzione della controversia e nell'adempimento spontaneo da parte del debitore per la quota di debito rimanente. Ciò che realmente rileva è, invece, l’impiego distorto degli strumenti processuali per scopi estranei a quelli voluti dall’ordinamento, che da un lato comporta un aggravio della posizione del debitore (in

ristoro del danno anche non patrimoniale per le “*espressioni offensive*” non riguardanti l’oggetto della causa). Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. Romualdi, *Dall’abuso del processo all’abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, p.61 e ss.

²³ Viene superato in tal modo l’opposto orientamento espresso dalle stesse Sezioni Unite con la pronuncia 10 aprile 2000, n. 108, secondo cui la domanda giudiziale di adempimento parziale, con riserva di azione per il residuo, era invece da ritenersi ammissibile, in quanto rispondente “*ad un interesse del creditore, meritevole di tutela*”, senza sacrificare “*il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni*”. In dottrina (G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in AA.VV. *L’abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2012, 157 e ss.) si è peraltro criticato il richiamo ai principi generali civilistici e costituzionali, ritenendosi che l’impedimento alla parcellizzazione del credito dipenda solo dai limiti oggettivi del giudicato. Una volta fatto valere in giudizio il diritto a una determinata somma di denaro in forza di un rapporto obbligatorio, infatti, l’oggetto del processo e del successivo giudicato, è costituito dall’intero rapporto giuridico, poiché il giudicato si forma anche sui presupposti e gli antecedenti logici necessari, coprendo il dedotto e il deducibile (Cass. 21 dicembre 2010 n. 25862; Cass. 30 giugno 2009 n. 15343; Cass. 14 ottobre 2010 n. 21232; il giudicato amministrativo, come evidenzia Cons. St.Sez IV, n. 7816/2006, si sottrae invece a tale principio, formandosi con esclusivo riguardo ai vizi dell’atto che il giudice abbia rilevato in base ai motivi dedotti nel ricorso): da ciò consegue che ogni altro credito inerente la medesima obbligazione non può più esser fatto valere in un futuro processo, se ed in quanto la precedente sentenza abbia statuito che, con riferimento a quel dato rapporto, la somma dovuta è quella riconosciuta e nient’altro. Né avrebbe rilevanza l’eventuale riserva che la parte faccia nel primo processo di far valere altra parte del credito in un altro, futuro giudizio, atteso che i limiti della cosa giudicata non sono rimessi alla volontà della parte.

²⁴ La soluzione prospettata pare quindi confermare che l’abuso del processo non si identifica *tout court* con la temerarietà della lite.

ragione delle maggiori spese ed oneri conseguenti al moltiplicarsi dei giudizi) e, dall'altro, finisce per esorbitare dai limiti della corretta tutela dell'interesse sostanziale del creditore²⁵.

Tale prospettazione permette di evidenziare come la nozione di "abuso" si sia evoluta da un'accezione ristretta e "debole", in origine circoscritta agli atti emulativi vietati al titolare del diritto di proprietà dall'art. 833 c.c.²⁶ - la cui applicazione richiede, com'è noto, l'assenza di "*qualsiasi giustificazione di natura utilitaristica dal punto di vista economico e sociale*", che sia rivelatrice della "*mera ed esclusiva intenzione di nuocere o recare molestia ad altri*"²⁷ - a una prospettiva ampia, includendo, in senso "forte", ogni atto che, in base a un giudizio di congruità, risulti, in base alle peculiarità del caso concreto, indirizzato a fini diversi da quelli tutelati dalla legge²⁸.

²⁵ Alla stessa *ratio* si ispira la giurisprudenza successiva: si veda, per tutte, Cass., sez. III, 22 dicembre 2011, n. 28286, secondo cui i "*principi di buona fede e di correttezza, per la loro ormai acquisita costituzionalizzazione in rapporto all'inderogabile dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*" costituiscono uno "*strumento, per il giudice, atto a controllare, non solo lo statuto negoziale nelle sue varie fasi, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi, ma anche a prevenire forme di abuso della tutela giurisdizionale latamente considerata, indipendentemente dalla tipologia della domanda concretamente azionata*", utilizzabile anche nel caso della parcellizzazione dell'azione extracontrattuale per i danni materiali e personali da circolazione stradale, rispettivamente davanti al giudice di pace ed al tribunale in ragione delle rispettive competenze per valore, quando le conseguenze dannose derivanti dal fatto illecito si siano puntualmente e definitivamente verificate. Di qui l'improponibilità della seconda domanda, anche se nel precedente giudizio dinanzi al giudice di pace l'attore aveva fatto espressa riserva di ulteriori azioni per il risarcimento delle lesioni subite. Inoltre, secondo la Suprema Corte, il fatto che al momento della proposizione della domanda parcellizzata la giurisprudenza delle Sezioni unite si fosse espressa a favore della legittimità del frazionamento giudiziale del credito non consente la rimessione in termini dell'attore che abbia fatto affidamento su tale precedente impostazione, trattandosi non già di negare *ex post* una tutela di cui l'ordinamento continua a ritenere la parte meritevole, bensì di non consentirne l'esplicazione con metodi divenuti incompatibili con "*valori avvertiti come preminenti ai fini di un efficace ed equo funzionamento del servizio della giustizia*".

²⁶ Come sottolinea S. Russo, *Abuso del diritto e metodo dell'azione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2008, proprio l'emulazione costituiva il "paradigma" originario dell'abuso del diritto, emergendo da un'impostazione liberale ottocentesca, che, ancorata al brocardo "*qui iure suo utitur neminem laedit*", concepiva i diritti come insindacabili riguardo alle modalità di esercizio, in quanto riguardati nella loro pertinenza esclusiva al titolare, senza riferimento alla dimensione relazionale con gli altri consociati.

²⁷ Così, tra le altre, Cass. civ., Sez. II, 11 aprile 2001, n. 5421. N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, cit., segnala, con riguardo all'abuso processuale, come questo non richieda, a differenza dell'atto emulativo, una particolare connotazione dell'elemento soggettivo (quale *animus nocendi*), essendo sufficiente un comportamento idoneo a cagionare "*un oggettivo pregiudizio alle altre parti e (ed in via assorbente) al corretto funzionamento dello stesso processo*".

²⁸ L'abuso del diritto, grazie all'impiego sempre più ampio della clausola di buona fede *ex art.* 1175 c.c. - quale espressione di un principio di solidarietà sociale e lealtà, diretto a temperare il soddisfacimento dell'interesse del singolo con la salvaguardia di quello altrui ed operante in ambito sia contrattuale che extracontrattuale, nonché, in genere, nei contatti giuridicamente qualificati della vita di relazione - è divenuto via via uno strumento volto a reprimere tutte quelle condotte, anche non tipizzate da norme positive, che si pongano in contrasto con la regola in parola, sino a costituire, oggi, un "*principio immanente nell'ordinamento*" (così S. Russo, *Abuso del diritto e metodo dell'azione amministrativa*, cit.) anche se non scolpito in una norma. Diversamente l'art. 2, comma 2, del codice civile svizzero dispone espressamente che "*il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*", vietando in senso prudentemente restrittivo, solo quelle condotte che, alla luce delle circostanze del caso concreto, si rivelino univocamente e palesemente abusive, quali "*l'assenza di un qualsiasi interesse all'esercizio di un proprio diritto, l'utilizzo di un istituto giuridico in modo contrario al proprio scopo, una manifesta*

L'istituto dell'abuso processuale è divenuto, specie negli ultimi anni²⁹, la chiave risolutiva di diverse situazioni portate all'attenzione dei giudici amministrativi³⁰.

Tra queste è di particolare rilievo quello relativo all'annosa questione dell'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione in mancanza dell'impugnazione del provvedimento lesivo³¹. Secondo la sentenza dell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3, qualora il giudice appuri, sulla base di un giudizio probabilistico, che la tempestiva proposizione del ricorso in annullamento (o l'impiego di altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, come ricorsi amministrativi, solleciti all'intervento in via di autotutela, c.d. preavviso di ricorso *ex art. 243 bis c.p.a.*) avrebbero evitato o temperato il danno, l'omissione in questione configura *“un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile”*³².

sproporzione degli interessi in gioco e un atteggiamento contraddittorio” (Così la sentenza del Tribunale federale 4A_319/2008 del 16 dicembre 2008 consid. 3.3.1).

²⁹ Per un'ampia rassegna critica si rinvia a M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, reperibile all'indirizzo: <http://www.treccani.it/>.

³⁰ Il problema non era certo sconosciuto al processo amministrativo prima del d. lgs. n. 104/2010. Si pensi, quale esempio emblematico, all'effetto combinato dell'uso distorto della tutela cautelare e del c.d. *forum shopping*, segnalato da N. Paolantonio, *Abuso del processo*, cit., p. 7. La presentazione di ricorsi presso tribunali amministrativi manifestamente privi di competenza territoriale (derogabile dalle parti, non essendo peraltro l'incompetenza rilevabile d'ufficio né utilizzabile come motivo d'impugnazione *ex art. 31* della legge n. 1034/1971), ma scelti perché particolarmente inclini ad accordare la tutela cautelare, veniva strumentalmente utilizzata per richiedere ed ottenere la sospensione del provvedimento impugnato (la cui concessione non era preclusa al giudice inizialmente adito dalla proposizione al Consiglio di Stato dell'istanza di regolamento di competenza: così Ad. Plen. n. 2/1997), confidando che la misura accordata mantenesse efficacia il più a lungo possibile nelle more della soluzione della questione sulla competenza territoriale. Al fine di impedire comportamenti dilatori, il codice del processo amministrativo ha, com'è noto, reso inderogabile, *ex artt. 13 e 15*, la competenza territoriale, con la conseguenza che il giudice adito deve verificare tale aspetto, prima di decidere sulla concessione delle misure cautelari, sulla quale non può dunque pronunciarsi ove riconosca la propria incompetenza (comunque rilevabile d'ufficio ed eccepibile dalle parti entro i termini e con le modalità precisati dall'art. 15, commi 1 e 3). A questo proposito va ricordato che la Corte Costituzionale, con sentenza 23 giugno 2014, n. 182, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Campania con riguardo agli artt. 13, comma 4, e 15, comma 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui inibiscono al giudice adito di pronunciarsi sull'istanza cautelare, nelle more della pronuncia del giudice competente sulla controversia, muovendo dal presupposto che la preclusione dell'accesso alla *“giustizia cautelare per un mero profilo di incompetenza territoriale”* confliggerebbe con i principi costituzionali di effettività e tempestività della tutela giurisdizionale e del giusto processo *ex artt. 24 e 111 Cost.* Secondo il Giudice delle Leggi, al contrario, l'accoglimento della questione prospettata consentirebbe alla parte di ottenere una pronuncia cautelare da un giudice individuato in violazione delle norme sul riparto della competenza, risultando *“evidente che sarebbe proprio tale opzione processuale a determinare la lesione”* dei principi richiamati dal giudice *a quo*.

³¹ La decisione si riferisce a una controversia sorta prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, quando alla tesi dei giudici amministrativi in forza della quale l'azione risarcitoria non preceduta o accompagnata dal ricorso per annullamento dava luogo a una pronuncia di inammissibilità (c.d. *“pregiudizialità amministrativa”*: v. per tutte Ad. Plen. n. 12/2007) si contrapponeva l'orientamento della Cassazione (tra le altre, Cass., Sez. Un., 2 luglio 2010, n. 15689), secondo cui, viceversa, il rapporto tra i due rimedi si poneva in termini di autonomia reciproca.

³² Alla critica secondo cui la posizione della Plenaria confonde il piano processuale con quello sostanziale, perché è solo in quest'ultimo che il danno viene arrecato e può apprezzarsi il comportamento diligente o meno del creditore (così C.E.Gallo, *Le azioni ammissibili nel*

A tale affermazione la pronuncia approda interpretando la norma in ultimo citata alla luce dei canoni di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c. e 1375 c.c. e del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost. - sottesi alla previsione dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 104/2010, cui viene riconosciuta una valenza meramente "ricognitiva" - e superando, in tal modo, la pregressa impostazione, in base alla quale l'attivazione dei mezzi di tutela giudiziale veniva esclusa dal novero dei comportamenti che il creditore danneggiato deve porre in essere secondo l'ordinaria diligenza, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., per evitare l'aggravarsi del danno patito³³.

Il Supremo Consesso Amministrativo, muovendo dagli stessi principi generali richiamati dalla sentenza n. 15 novembre 2007, n. 23726 delle Sezioni Unite della Cassazione, perviene, come quest'ultima pronuncia, ad estendere il divieto di abuso della posizione giuridica soggettiva dalle condotte sostanziali ai comportamenti processuali tesi a fare valere detta posizione. Si noti peraltro come il caso esaminato dall'Adunanza Plenaria costituisca un abuso del processo speculare rispetto a quello prospettato dalla Suprema Corte. Se per quest'ultima viene in rilievo una condotta processuale abusiva connotata - in virtù della frammentazione del credito e delle relative azioni monitorie - dalla ridondanza degli strumenti di tutela - che potevano invece essere impiegati in modo unitario - dalla sentenza n. 3/2011 emerge che può verificarsi anche un abuso di segno opposto, mediante la mancata attivazione dei mezzi di tutela apprestati utilizzabili al fine di limitare un effetto dannoso pur da altri ingiustamente provocato.

In tal modo la "pregiudizialità" tra ricorso in annullamento e azione risarcitoria, pur non operando in rito (e non determinando quindi, automaticamente, la mancata proposizione del primo l'inammissibilità della seconda³⁴), rileva sul piano sostanziale: sarà dunque da considerarsi infondata nel merito la richiesta giudiziale di risarcimento del danno evitabile ex art. 1227 c.c. se ed in quanto, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'omessa impugnazione non risponda al canone dell'esigibilità ordinaria - alla stregua del quale l'obbligo di cooperazione non può imporre un sacrificio eccessivo e sproporzionato al danneggiato - e la pretermissione del rimedio caducatorio abbia avuto un'incidenza causale

processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 694), può replicarsi, con G. Pescatore, *La liquidazione e la prova del danno per equivalente nelle diverse fattispecie risarcitorie*, in L. Balucani, A. Carozzo, C.E. Gallo (a cura di) *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Torino, 2013, p. 48, che l'intreccio tra i due aspetti ben può configurarsi in relazione all'interesse legittimo, la cui caratteristica essenziale consiste nella possibilità di influire sull'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione (anche mediante gli strumenti di tutela giudiziale) in ordine al conseguimento di un determinato bene della vita.

³³ Si vedano, tra le altre, Cass. civ., Sez. III, 2 novembre 2010, n. 22267; Id. Sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895; Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14857.

³⁴ La conferma giunge da Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610, che riformando la sentenza del T.R.G.A. di Bolzano dichiarativa dell'inammissibilità di un ricorso teso ad ottenere il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, senza la previa impugnazione del provvedimento medesimo, accede alla tesi dell'Ad. Plen. n. 3/2011, rilevando come, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010, sussistesse un rapporto di pregiudizialità "sostanziale" - alla luce dell'art. 1227 c.c. - ma non processuale tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria.

sull'insorgenza di quel pregiudizio³⁵ che, con l'utile coltivazione della tutela annullatoria, si sarebbe invece potuto (e dovuto) scansare.

Se l'impostazione inaugurata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria e trasfusa nel codice del processo amministrativo si presta meritoriamente a perseguire le condotte che in concreto si dimostrino pretestuose, ivi incluse quelle bi-o pluri-lateralmente abusive (come nel caso di accordi tra partecipanti a una gara diretto a non impugnarne l'esito, per poi attivare opportunisticamente, a distanza di tempo, rimedi risarcitori), non va sottaciuta, nondimeno, la necessità che ad essa si dia seguito in termini di prudenza e cautela, dovendosi, peraltro, tenere conto che l'onere di impedire il danno grava, in prima battuta, sull'Amministrazione³⁶.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato si occupa, invece, nella sentenza 7 febbraio 2012, n. 656, di un abuso estrinsecantesi nel solo ambito processuale, senza riflessi sul piano della pretesa sostanziale, riguardante l'ipotesi in cui una parte contesta in appello la giurisdizione del giudice che essa stessa abbia adito in primo grado e dinnanzi al quale sia rimasta soccombente nel merito.

L'accoglimento della contestazione in tema di giurisdizione avvallerebbe, secondo il Supremo Consesso, un comportamento che, oltre a violare, per ragioni meramente opportunistiche, il divieto di *venire contra factum proprium*, cagiona un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del nuovo giudizio da instaurare ex art. 11 c.p.a.

La pronuncia in questione, nell'intento di ancorare l'abuso processuale a indici il più possibile oggettivi, da cui risulti la pretestuosità del ricorso³⁷, si premura di sottolineare come la parte appellante non abbia

³⁵ Così Cons. di Stato Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.

³⁶ Tale aspetto non sembra adeguatamente tenuto in considerazione da TAR Sardegna, n. 1203/2011, che fonda il diniego del ristoro del danno, da un lato, sul mero decorso del tempo avvenuto tra la comunicazione al ricorrente del primo di una serie di provvedimenti lesivi e l'accoglimento della richiesta di sospensiva, presentata contestualmente al ricorso in annullamento - la cui proposizione è apoditticamente ritenuta "*intempestiva*" dal giudice, essendo in realtà avvenuta nel rispetto dei termini prescritti, sia pure in prossimità della loro scadenza - e, dall'altro, per il periodo successivo, sull'accordata misura cautelare, che - con asserzione non meno apodittica - escluderebbe la riconducibilità del danno agli atti impugnati.

³⁷ Si può dunque condividere l'opinione di chi (tra gli altri, P. M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. It.*, 2012, 6) suggerisce un atteggiamento di cautela rispetto all'impiego della nozione di abuso con specifico riferimento alla tutela giurisdizionale, sia perché quest'ultima è un valore protetto dall'art. 24 e 111 Cost., sia perché nel processo, specie nel campo del diritto amministrativo - caratterizzato da un impianto normativo spesso lacunoso e poco chiaro, suscettibile di dare adito a molteplici soluzioni interpretative - residua comunque un margine di incertezza circa l'esito del giudizio in cui l'agente fa valere le proprie pretese o il resistente propone le sue difese. Di qui il rischio che, in mancanza di elementi di riscontro fattuale sufficientemente precisi e univoci, si finisca - da parte sia della pretesa vittima dell'abuso sia del giudice - con l'"abusare dell'abuso" (per dirla con M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2443-2445, il quale sottolinea come spetti all'interprete, nella rilevazione e repressione dell'abuso del diritto, il delicato compito di colmare le lacune normative che costituiscono il presupposto, facendo riferimento a principi e interessi che trascendono la posizione giuridica di vantaggio accordata dalla legge).

mosso censure di merito alla sentenza impugnata³⁸. Essa, inoltre, ritenendo contrario ai principi di correttezza e affidamento consentire a una parte di ricusare con l'appello la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia in primo grado, riscontra la carenza di legittimazione dell'appellante. Di qui la dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso, che diventa quindi un mezzo volto a salvaguardare dalle condotte processuali ispirate da ragioni meramente dilatorie il principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Cost.

Per contro, nel caso citato le spese di giudizio vengono compensate³⁹ e non si dà applicazione all'art. 26 c.p.a., né con riguardo agli strumenti risarcitori e indennitari volti a tutelare la parte processuale che ha subito le conseguenze dell'abuso (e, indirettamente, a preservare l'interesse pubblico all'efficiente amministrazione della giustizia)⁴⁰, né per quanto concerne la misura sanzionatoria contemplata, quale

³⁸ Cons. Stato Sez. V, n. 5420/2013 e Cons. Stato, Sez. VI n. 585/2014, con riferimento ad appelli basati anche su censure di merito, non si limitano a rilevare l'inammissibilità dell'eccezione sollevata dagli appellanti in ordine al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito dagli stessi in primo grado, ma si spingono ad appurare l'infondatezza dei ricorsi.

³⁹ E' noto che la regola della soccombenza e l'eccezionalità della compensazione delle spese di giudizio *ex artt.* 91 e 92 c.p.c. (così come modificati dalla l.n. 69/2009 e dal recentissimo d.l. 12 settembre 2014, n. 132, che consente ora la compensazione nei soli casi di soccombenza reciproca, novità della questione o mutamento della giurisprudenza) sono principi vigenti anche nel processo amministrativo, in virtù del rinvio alle norme processualcivilistiche contenuto nell'art. 26 c.p.a.

⁴⁰ Ci si riferisce agli istituti contemplati dall'art. 96 c.p.c., richiamato integralmente dal primo comma dell'art. 26 c.p.a. Si tratta, innanzitutto, della responsabilità da "illecito processuale" (così F. D. Busnelli ed E.D'Alessandro, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e responsabilità*, 2012, n. 6, pag. 585 e ss.), prevista dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c., e connotata dall'elemento soggettivo della malafede o della colpa grave di chi agisce o resiste in giudizio (bastando la mancanza della "normale prudenza" nelle sole ipotesi specificate nel comma 2) e, sul piano oggettivo, dalla produzione di un danno ulteriore rispetto a quello derivante dalla necessità di aver dovuto agire o resistere in giudizio (al quale si ricollega la condanna alle spese processuali *ex art.* 91 c.p.c.), il cui ristoro richiede l'istanza di parte (non avanzata nel caso di specie). Viene poi in rilievo la condanna - irrogabile al soccombente "anche d'ufficio" - al pagamento, in favore della controparte, di una somma "equitativamente determinata" ai sensi del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., inserito dalla legge n. 69/2009 per superare le difficoltà di provare l'an e il quantum del danno - anche non patrimoniale (v. Cass. 20995/2011) - di cui ai primi due commi, che, proprio per questo, erano poco applicati (così M. Lipari, *Sanzione per "lite temeraria" nel decreto sviluppo e nel decreto correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Lipari_Correttivo_al_codice.htm).

Il secondo periodo dell'art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010 - nel testo ora vigente in virtù della legge n. 114/2014, di conversione del d.l. n. 90/2014 - contiene la previsione di un'ipotesi "speciale" rispetto a quella "generale" di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c., rispetto alla quale vengono specificati i presupposti applicativi e i criteri determinativi della condanna "equitativa". Questa può essere irrogata a fronte di "motivi manifestamente infondati", quando cioè il ricorso ovvero la resistenza in giudizio risultino palesemente privi di plausibilità. Tale fattispecie "speciale", dalla vicenda assai "tormentata" - in quanto già contemplata nell'originaria formulazione dell'art. 26, comma 2, c.p.a., poi eliminata dal d.lgs. n. 195/2011 e reintrodotta recentemente, senza menzionare le condizioni di operatività originariamente previste, ossia la presenza di aleatorie "ragioni manifeste" ovvero di "orientamenti giurisprudenziali consolidati" potenzialmente "paralizzanti" - non è inquadrata dal Consiglio di Stato nel sistema della responsabilità civile (potendo essa trovare applicazione in via officiosa, sottraendosi al principio della domanda proprio del risarcimento aquiliano) ma viene concepita, piuttosto, come rimedio indennitario per il "danno lecito da processo", cagionato, cioè, alla parte coinvolta in un giudizio "oggettivamente ritenuto ingiustificabile" dalla controparte soccombente che pure non abbia "agito o resistito in mala fede o senza prudenza". In questo senso (diversamente dall'impostazione seguita da Cass. Civ. Sez. VI, 30 novembre 2012, n. 2157, secondo cui "l'art. 96 comma 3 c.p.c. presuppone il requisito della mala fede o della colpa grave, non

reazione al *vulnus* inferto al principio del giusto processo, a carico del soccombente “temerario”⁴¹.
Maggiormente idonea a contrastare gli effetti pregiudizievoli che l’utilizzo di un dato strumento

solo perché è inserito in un articolo destinato a disciplinare la responsabilità aggravata, ma anche perché agire in giudizio per far valere una pretesa che alla fine si rileva infondata non costituisce condotta di per sé rimproverabile”) si esprime, tra le altre, Cons. di Stato, Sez. V, 17 maggio 2012, n. 2821, evidenziando, con ragionamento *a contrario*, come l’abrogato art. 385, ult. comma c.p.c. - costituente, per il ricorso in cassazione, l’antecedente del rimedio esteso a tutti i giudizi dall’art. 96, comma 3, c.p.c. - richiedesse, diversamente da quest’ultima norma, per la propria applicazione, gli estremi di una condotta maliziosa o almeno gravemente colposa. Il disposto del terzo comma dell’art. 96 c.p.c., ripreso dall’art. 26 c.p.a., secondo il Supremo Consesso Amministrativo mira quindi, *in primis*, a offrire ristoro al pregiudizio patito dalla parte vittoriosa per l’esistenza e la durata del processo, con l’ulteriore effetto pratico - almeno nelle intenzioni - di porre un freno al fenomeno inflattivo dei giudizi, in sintonia con le misure di “equa riparazione” previste dalla c.d. legge Pinto (l. n. 89 del 2001) per rendere effettivo il principio di ragionevole durata del giudizio, senza però introdurre “una clausola generale repressiva dell’abuso del processo”.

Quanto ai criteri di determinazione dell’indennizzo, la legge n. 114/2014 fissa ora all’importo dell’indennizzo il limite del “doppio delle spese liquidate”, riprendendo uno dei parametri in precedenza elaborati dal Consiglio di Stato per colmare la lacuna normativa sul punto. Il riferimento a una “quota delle spese sostenute dalla parte vittoriosa” (così, per tutte, Sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252) veniva infatti utilizzato in alternativa al “valore della causa” o all’ammontare dell’eventuale utile conseguito dal danneggiante-soccombente. Il richiamo a quest’ultimo dato attribuiva all’indennizzo una funzione non solo compensativa ma anche di deterrenza rispetto alla proliferazione dei giudizi - evidenziata frequentemente anche dai giudici civili di merito: cfr. Trib. Varese 21 gennaio 2011 e Trib. Ragusa, 5 marzo 2014 - nella “logica dei danni punitivi di matrice anglosassone”, seguendo un’impostazione invero dibattuta in seno alla Suprema Magistratura Ordinaria. Mentre, infatti, in tema di pregiudizio patrimoniale conseguente all’illecito sfruttamento del diritto d’autore, ai fini della valutazione equitativa del danno da risarcire, Cass. Civ. Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730 ha ritenuto corretto il parametro costituito dagli utili conseguiti dall’utilizzatore abusivo, con conseguente devoluzione degli stessi a vantaggio del titolare del diritto e riconoscimento alla quantificazione del risarcimento di “una funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l’autore dell’illecito possa farne propri i vantaggi”, la sentenza della Sez. I 8 febbraio 2012 n. 1781, in materia di delibazione di una sentenza statunitense con cui veniva concesso un risarcimento notevolmente superiore a quello richiesto dalla parte attrice, nega categoricamente, sulla scorta della precedente pronuncia n. 1183/2007, la risarcibilità dei “c.d. danni punitivi, in quanto la loro funzione sanzionatoria contrasta con i principi fondamentali dell’ordinamento interno, che assegna alla responsabilità civile una funzione ripristinatoria della sfera patrimoniale del soggetto leso”, cosicché il “risarcimento del danno deve essere ammesso solo in relazione all’effettivo pregiudizio subito”.

⁴¹ Si tratta della sanzione pecuniaria, il cui arco edittale è compreso tra il doppio e il quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo, che, ai sensi del secondo comma dell’art. 26 (così come modificato dal d.lgs. n. 195/2011), viene applicata dal giudice - d’ufficio e senza la necessità di provare un danno - nei confronti del soccombente che abbia “agito o resistito temerariamente in giudizio” e che va devoluta al bilancio della giustizia amministrativa in virtù del rinvio all’art. 15 disp. att. del d.lgs. n. 104/2010. Desta perplessità l’interpretazione ormai invalsa della norma, che generalizza il rimedio sanzionatorio già previsto dall’abrogato art. 246-bis del d.lgs. n. 163/2006, rendendolo applicabile in presenza di “temerarietà” della lite. Se da un lato, come evidenzia Cons. di Stato Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, essa mira a tutelare da “usi sovralimentati o distorti” un bene fondamentale per la collettività, quale è “la rarità della risorsa giudiziaria”, le condotte passibili di sanzione risultano non definite *a priori* (con conseguente lesione dei principi di tassatività e determinatezza degli illeciti, corollari del principio di legalità), avendo il giudice amministrativo d’appello inteso la nozione di temerarietà in senso molto lato, ossia come “una clausola generale destinata ad essere riempita di contenuti dalla giurisprudenza” mediante molteplici figure sintomatiche. Tra queste vengono citate dalla pronuncia appena menzionata (ma si veda anche Cons. di Stato sez. V 24 marzo 2014, n. 1436), non solo le situazioni già contemplate dalla norma del codice degli appalti pubblici, ossia le “ragioni manifeste” e gli “orientamenti giurisprudenziali consolidati” - che, pure, sono state espunte dal riformulato art. 26, comma 2, c.p.a. per la genericità della prima e per l’effetto “frenante” cagionato dalla seconda alla maturazione, anche con il contributo delle parti, di nuovi sviluppi ermeneutici, come sottolinea M.A. Sandulli, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 4, pag. 8 - ma finanche la violazione del principio di sinteticità degli atti *ex art. 3 c.p.a.* Questa impostazione, portata alle estreme

processuale per fini “devianti” dalla funzione ad esso assegnata dall’ordinamento arreca tanto alla controparte quanto all’apparato pubblico della giustizia amministrativa sarebbe stata l’applicazione, nel caso da ultimo esaminato, dei rimedi previsti dalla suddetta norma processuale⁴², la cui cumulabilità ben può ammettersi quando siano presenti i rispettivi presupposti normativi⁴³.

conseguenze, parrebbe condurre all’automatica irrogazione della sanzione ogni qualvolta il giudice ravvisi, ai sensi degli artt. 60 e 74 c.p.a., gli estremi per la definizione in forma semplificata del ricorso, ossia la sua manifesta fondatezza, ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, o infondatezza, senza necessità di indagare l’elemento soggettivo. Si è paventato così il rischio che l’esercizio, da parte del giudice, di una così ampia discrezionalità nella repressione delle condotte processuali abusive possa sovrapporsi alle scelte, anch’esse discrezionali, di strategia processuale delle parti, con l’effetto di produrre una distorta limitazione del diritto di difesa e di deviare - divenendo esso stesso un “abuso” - dalla funzione di tutelare il “*principio internazionale e costituzionale del giusto processo*”, di cui le prerogative difensive sono parte integrante (A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, *Giur. It.*, 2014, 1, 148). Specie in relazione al settore degli appalti pubblici - per il quale la l.n. 111/2011 ha stabilito un notevole aumento del contributo unificato e l’art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010, come modificato dalla l.n. 114/2014, prevede ora la possibilità di inasprire sino all’1% del valore del contratto l’importo della sanzione - si è rilevato come la previsione di un forte deterrente economico diretto a contrastare ricorsi giurisdizionali strumentalmente proposti al fine di rallentare l’affidamento delle commesse pubbliche, finisca, in realtà - data l’incertezza della sua sfera di applicazione e alla luce di altre misure acceleratorie del rito recentemente introdotte, come la definizione del giudizio da effettuarsi “*comunque*” con “*sentenza in forma semplificata*”, ai sensi del nuovo testo dell’art. 120, comma 6, c.p.a. - per tradursi in un vero e proprio diniego di giustizia e una lesione alla piena tutela del principio eurounitario di concorrenzialità (così M.A. Sandulli *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell’abuso del processo o diniego di giustizia?*, in www.federalismi.it, 2012, n. 20 pag. 5 e ss.; Ead. *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni di primissima lettura*, ivi, 2014, n. 14, pag. 7 e ss). Come nota R. De Nictolis, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Il%20rito%20degli%20appalti%20pubblici%20dopo%20il%20D.L.%2090-2014.pdf> non si presta, invece, a rilievi di illegittimità, in quanto permette la valutazione del caso concreto, la previsione del comma 8 bis dell’art. 120 c.p.a., che consente al giudice di subordinare l’efficacia delle misure cautelari alla prestazione di una cauzione - quand’anche non vi sia il presupposto generale degli effetti irreversibili derivanti dalla decisione sulla domanda cautelare ex art. 55 c.p.a. - superando la versione originaria della norma, introdotta dal d.l. n. 90/2014, che imponeva indefettibilmente la cauzione, in contrasto con i principi europei (in tal senso: Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, ord. 30 luglio 2014, n. 1044).

Un punto di riferimento chiarificatore, almeno per quanto attiene al raggio d’azione della sanzione, potrebbe rinvenirsi nell’indirizzo (condiviso tanto dalla dottrina -per tutti, F. Cordopatri, *L’abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 876 - quanto da una parte della giurisprudenza: vedi Cass. 3993/2011, ma anche Cons. di Stato, Sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4231) che, in senso restrittivo, identifica la temerarietà nella particolare connotazione dell’elemento soggettivo che caratterizza, ai sensi dell’art. 96, comma 1, c.p.c., la condotta della parte soccombente, ossia la malafede (intesa come consapevolezza dell’infondatezza della propria pretesa), o la colpa grave (quale assenza della pur minima avvedutezza) nell’agire o resistere in giudizio. Una conferma di questa tesi giunge dall’interpretazione pacificamente ammessa del testo dell’art. 152 disp. att. c.p.c. vigente prima della riforma di cui alla l. n. 326/2003, che esimeva dal pagamento di spese e onorari nei giudizi previdenziali il soggetto la cui pretesa non fosse “*manifestamente infondata e temeraria*”. La Suprema Corte ha, infatti, più volte evidenziato, relativamente a tale norma che mentre la manifesta infondatezza riguarda l’oggettiva mancanza dei presupposti di fatto e di diritto della domanda, desumibile *prima facie* dagli elementi acquisiti durante il processo, la temerarietà consiste, invece, proprio nell’elemento soggettivo sopra descritto (*ex plurimis* Cass. Sez. Lav, n. 7229/2005; Cass. n. 4052/2003; Cass. n. 15765/2002; Cass. n. 14480/1999; Cass. 4485/1997).

⁴² Così M. Lipari, *Sanzione per “lite temeraria”*, cit.

⁴³ A tale riguardo si segnala come in ambito civile sia diffuso un orientamento che, senza esimersi dal pronunciarsi sulla giurisdizione quando sia proposto il relativo regolamento, colpisce, con l’applicazione dell’art. 96 c.p.c., la parte che lo abbia presentato per scopi meramente dilatori e strumentali alla sospensione del processo di merito, offrendo alla controparte il ristoro delle conseguenze

La stessa scelta del Consiglio di Stato di dichiarare l'inammissibilità del ricorso basato sul difetto di giurisdizione del giudice adito in primo grado dall'appellante ha suscitato diverse perplessità. Si è sottolineato che, da un lato, il legislatore ha appositamente predisposto una pluralità di rimedi (di natura - come si è visto - risarcitoria, indennitaria e sanzionatoria) per i comportamenti processuali scorretti, ma non ha ravvisato, d'altro canto, la necessità di introdurre una norma che, per contrastare l'abuso del processo, esima il giudice dal provvedere sul merito a fronte di azioni o di difese ritenute "non meritevoli"⁴⁴.

L'utilizzo della declaratoria di inammissibilità - in luogo di una risposta puntuale sulla questione della giurisdizione - rischia, inoltre, di sminuire l'importanza del riparto tra il giudice ordinario e quello amministrativo, ponendosi in contrasto con il principio del giudice naturale preconstituito per legge *ex art. 25 Cost.* Si è rilevato, infatti, che l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni presuppone che un giudice "non valga l'altro"⁴⁵; del resto l'intervento sulla *translacio iudicii* di cui all'art. 59 della l.n. 69/2009, ripreso dall'art. 11 c.p.a., non si basa su una logica diversa, mirando piuttosto, facendo salvi gli atti compiuti davanti al giudice inizialmente adito, ad evitare che l'errore nella scelta del giudice pregiudichi il diritto sostanziale della parte, in un'ottica di concentrazione ed effettività della tutela, nonché di garanzia della ragionevole durata del processo.

Deve quindi condividersi l'opinione di chi⁴⁶ ritiene che esigenze di razionalità sistematica e di giustizia sostanziale dovrebbero condurre a colpire l'abuso processuale non tanto (e non solo) con la mancata disamina della domanda giudiziale, quanto piuttosto con il coinvolgimento della responsabilità dei soggetti partecipanti alla controversia, ivi inclusi i difensori.

pregiudizievoli derivanti dal "solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente" (così Cass. Civ. SS.UU. ord. n. 3057/2009; Id. ord. n. 2420/2002 e sent. n. 11848/1992); occorre infatti prendere atto, pur rifuggendo l'idea del riconoscimento di un danno *in re ipsa*, - come precisa Cass. ord. n. 20995/2011 - "secondo nozioni di comune esperienza, che il subire iniziative giudiziarie temerarie o resistenze temerarie a pretesa giudiziali, comporta, per il fisiologico "scarto" fra la liquidazione delle spese giudiziali - che obbedisce a tariffe predeterminate e, per gli onorari, contempla una discrezionalità del giudice nella liquidazione, sia pure sulla base di elementi del caso concreto - e quanto normalmente riconosciuto nel rapporto fra cliente e difensore, la sicura verifica a carico della parte vittoriosa, che pure si veda liquidare le spese giudiziali, di una perdita economica per il di più che avrà riconosciuto al difensore".

44 E' l'obiezione di G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, cit. p. 130, ripresa da , P. M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo* cit., p. 10.

45 Così G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *www.judicium.it*, il quale nota, peraltro, come la giurisprudenza - a cui si è adeguato il legislatore con l'art. 9 c.p.a. - abbia ridimensionato la portata della giurisdizione quale questione di ordine pubblico processuale, con la teorizzazione del giudicato implicito, che si formerebbe quando il giudice di prime cure abbia statuito sul merito, senza che dinnanzi a lui sia mai stata prospettata la questione di giurisdizione.

46 G. Scarselli, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, 145 e ss.

A questo proposito può menzionarsi l'ordinanza del Cons. Stato Sez. VI n. 185/2014, che, richiamando il fattore riduttivo del compenso per le prestazioni difensionali svolte a favore di soggetti ammessi al gratuito patrocinio, rappresentato dalle condotte abusive che ostacolano "la definizione dei procedimenti in tempi ragionevoli", espressamente menzionate nell' art. 4, co. 6, del d.m. n. 140/2012, evidenzia la valenza "di sistema" di quest'ultima norma, "che sanziona l'abuso del processo, ed è da ritenere invocabile anche per la violazione del dovere di sinteticità degli atti di parte, atteso che tale violazione, costringendo il giudice a leggere scritti bulimici, ostacola oggettivamente la rapida definizione dei processi"⁴⁷.

Rimanendo nell'ambito squisitamente processuale, non è meno significativa la sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, secondo la quale nel giudizio riguardante una procedura di evidenza pubblica va esaminato preliminarmente il ricorso incidentale con cui si eccepisce la mancanza di legittimazione all'impugnazione in capo al ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara⁴⁸, con la precisazione - sulla scorta dell'arresto della Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb* - che tale *modus procedendi* non opera nel caso in cui vi siano soltanto due concorrenti in gara e il vizio dedotto nel ricorso principale e incidentale

⁴⁷ In questa prospettiva si veda anche TAR Brescia, 24 giugno 2014, n. 685, che, oltre a dichiarare inammissibile - in quanto proposto, tramite un "improvvido escamotage", al fine di aggirare il divieto del *ne bis in idem* - il ricorso diretto contro una comunicazione volta unicamente a rendere pubblica la notizia del venir meno della sospensione di un provvedimento già impugnato, per identici motivi, dinnanzi ad altro TAR, e ad irrogare alla parte la sanzione per lite temeraria *ex art. 26*, comma 2, c.p.a. dispone anche la segnalazione del comportamento tenuto dal difensore (consapevole, tra l'altro, dell'esistenza di una doppia pronuncia cautelare negativa sul ricorso precedente) all'ordine professionale di appartenenza, per l'adozione dei provvedimenti disciplinari di competenza. La Quinta Sezione del Supremo Consesso, con la già citata sentenza n. 3210/2013, ha, viceversa, ipotizzato l'applicabilità del rimedio indennitario previsto dal combinato disposto tra l'art. 96, comma 3, c.p.c. e l'art. 26, comma 1, c.p.a., per la violazione dei principi di chiarezza e sinteticità degli atti di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a. a carico del solo soccombente, senza prevedere conseguenze per il difensore. Cons. giust. amm., 19 aprile 2012, n. 395, ha, del pari, stabilito di compensare integralmente le spese dei due gradi di giudizio, anziché attribuirle alla parte vincitrice, ai cui atti venivano imputate prolissità ampiamente eccedenti i limiti indicati da detto art. 3 c.p.a. Si segnala quale valorizzazione - finanche estrema - del principio di sinteticità l'art. 120, comma 6, c.p.a., così come riformulato dall'art. 40 della legge n. 114/2014. Secondo la recente novella legislativa, le parti debbono contenere "le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato", al quale spetta specificare i casi in cui può essere consentito il superamento di detti limiti. La norma prevede altresì, in termini così drastici da sacrificare alla "sinteticità" il fondamentale diritto di difesa, che il giudice è tenuto a esaminare le questioni che le parti abbiano trattato entro i limiti di cui sopra e che solo il mancato esame dei motivi contenuti entro il prescritto numero di pagine può consentire l'appello e la revocazione (in tal modo destinando i motivi eccedenti "all'oblio", per dirla con G. Virga, *Dopo la sentenza amministrativa breve, ecco che arriva il ricorso "abbreviato" (ma senza riassuntino iniziale)*, in <http://www.lexitalia.it/>, n. 7-8/2014).

⁴⁸ In base all'impostazione già accolta da Ad. Plen. n. 4/2011, che supera la posizione espressa da Ad. Plen. n. 11/2008, l'esame del ricorso incidentale è, in questo caso, ritenuto pregiudiziale rispetto a quello principale: il suo accoglimento, investendo una condizione dell'azione, quale è la legittimazione (ricollegata ora, in senso restrittivo, alla legittima partecipazione alla procedura selettiva, non bastando a radicarla il c.d. interesse strumentale alla riedizione della gara), precluderebbe, infatti, il giudizio sulla fondatezza del ricorrente principale. Cass. S.U. 21 giugno 2012, n. 10294 si esprime criticamente su tale ricostruzione, che può condurre al mantenimento di un'aggiudicazione illegittima, laddove occorrerebbe un controllo più pregnante per eliminare le distorsioni dei meccanismi concorrenziali.

sia identico (divenendo, in tale ipotesi, possibile la trattazione congiunta dei gravami). La decisione sottolinea, quindi, l'importanza del controllo sulle condizioni dell'azione quale strumento necessario a scongiurare ricorsi emulativi o pretestuosi, che, in ragione del loro carattere abusivo, non mette conto esaminare nel merito.

Sebbene possa condividersi l'intento della Plenaria di scoraggiare simili comportamenti, emerge nuovamente il rischio che l'abuso dello strumento processuale si risolva in una petizione di principio. Non si può fare a meno di notare, infatti, come il ricorso proposto in via principale dall'impresa legittimamente esclusa non possa sempre e comunque risultare emulativo; opinando diversamente, si dovrebbe ritenere il ricorrente principale onerato di un'inesigibile valutazione prognostica circa la decidibilità nel merito del ricorso che abbia intenzione di proporre, con indebito sacrificio del diritto di difesa alle istanze deflative del contenzioso⁴⁹.

Nella sentenza Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209, viene invece in rilievo un abuso processuale dell'autorità amministrativa (e non della parte privata), connotato dalla contraddittorietà tra il comportamento assunto in giudizio e l'attività di diritto sostanziale (strettamente intrecciata con il primo), oltre che dalla non conformità ai principi di correttezza e buona fede. In questa pronuncia il Supremo Consesso si occupa della condotta del Ministero dell'Economia e delle Finanze che, anziché dare esecuzione all'ordinanza cautelare con cui il TAR Lazio aveva disposto la reiterazione dell'esame psico-attitudinale non superato dal ricorrente (partecipante a un concorso per la Guardia di Finanza), ammetteva il candidato con riserva nelle more del giudizio di merito, per poi proporre appello contro la sentenza di primo grado (n. 7900/2011) con cui era stata dichiarata la cessazione della materia del contendere⁵⁰.

La decisione ha suscitato diverse perplessità. Si è infatti notato, da un lato, che l'Amministrazione aveva scelto una via, quella dell'ammissione con riserva, che, sebbene diversa da quella indicata nel *remand* cautelare di primo grado, era stata comunque prospettata, benché in via incidentale e allusiva, come possibile opzione dal provvedimento con cui il Consiglio di Stato aveva respinto l'appello cautelare sull'ordinanza del TAR⁵¹. Appare, inoltre, eccessivo "sanzionare" per contrasto con il divieto di *venire*

⁴⁹ In tal senso si veda A. Auletta, *Contratti pubblici: tassatività delle clausole di esclusione e ordine di trattazione dei ricorsi. Ancora un intervento della Plenaria*, in http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=10255#.U9QugeN_uSp.

⁵⁰ La sentenza di primo grado si era pronunciata in tal senso in base al presupposto che il candidato ammesso con riserva fosse risultato idoneo in esito al giudizio d'idoneità psicoattitudinale che, a detta del TAR, sarebbe stato ripetuto in un secondo momento (circostanza, questa, contestata in appello dal Ministero) e avesse quindi superato gli esami conclusivi e prestato giuramento, per essere poi immesso in ruolo. Di conseguenza veniva annullata parzialmente la graduatoria finale del concorso, impugnata con motivi aggiunti in quanto originariamente formata sulla base del mancato superamento del *test* psicologico.

⁵¹ L'ord. Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2011, n. 955, infatti, se da un lato, in termini inequivoci, "*respinge l'appello*", rileva, dall'altro, che, essendo prossima la data in cui è stato fissato il giudizio di merito in primo grado, "*nella breve pendenza appare opportuno mantenere la res*

contra factum proprium - come ha fatto la sentenza in questione - il (pur non perspicuo) comportamento dell'Amministrazione - che, "senza necessità di proporre e coltivare l'appello, a salvaguardia delle proprie ragioni" avrebbe dovuto attivare subito (a detta del Supremo Consesso) "lo strumento, rapido, economico e dovuto (...), della rinnovazione del giudizio" - con la preclusione dell'esame del merito della controversia, su un aspetto decisivo quale è la legittimità o meno della valutazione di inidoneità psico-attitudinale del candidato⁵².

Si è quindi segnalato, ancora una volta, il rischio che, con l'impiego, senza adeguata ponderazione, della categoria dell'abuso del processo e della clausola generale della buona fede, i giudici si autoattribuiscono un potere correttivo delle norme vigenti, e in particolare delle specifiche disposizioni dirette a "punire" i comportamenti scorretti dei soggetti processuali, in base a non univoci criteri *extra ordinem*⁵³, la cui applicazione concreta può condurre a risultati tanto aleatori quanto opinabili.

1.2 Condotte abusive nei procedimenti amministrativi con effetti anticoncorrenziali.

La sentenza in commento presenta aspetti in comune con la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, in cui l'abuso di posizione dominante viene ravvisato in condotte abusive poste in essere non già direttamente sul mercato, bensì nel rapporto con l'autorità pubblica, mediante il coinvolgimento, nel caso di specie, non solo di quella giudiziaria, ma anche di quella amministrativa⁵⁴.

adhuc integra, tenuto conto che non emergono profili di danno grave ed irreparabile per l'amministrazione, potendosi procedere all'arruolamento con riserva".

⁵²L'Amministrazione aveva infatti impugnato la decisione di primo grado per avere questa erroneamente ritenuto che il *test* psico-attitudinale fosse stato effettivamente rinnovato, con esito finalmente positivo per il candidato, insistendo circa la legittimità del *test* psico-attitudinale con esito negativo e rilevando come esso non fosse stato ripetuto. Lo sbilanciamento della sentenza sul versante della salvaguardia dell'economia dei mezzi processuali sembra approdare a un risultato paradossale, se non iniquo, in quanto l'interessato viene arruolato senza che vi sia certezza sostanziale circa l'effettivo superamento in via definitiva, da parte del medesimo, dell'esame psico-attitudinale, che pure costituisce, per tutti i concorrenti, una *condicio sine qua non* per l'esito favorevole della selezione. Nessun chiarimento giunge, peraltro, dalla sentenza n. 5206/2013, che ha deciso il ricorso per revocazione della pronuncia d'appello: la confusione "tra le due fasi di giudizio di sanità militare susseguites (la visita psico-attitudinale e la visita all'atto dell'incorporazione)", in cui, secondo l'Amministrazione ricorrente, sarebbe incorso il TAR, infatti, già aveva "formato oggetto di motivi di appello" (che, però - si ricorda - non erano stati presi in considerazione in tale giudizio), e, presentando "le caratteristiche di un errore di diritto", non può, secondo il Consiglio di Stato, essere invocata a sostegno dell'impugnazione revocatoria.

⁵³ Così F. Cortese, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 10, p. 963 ss.; analoghe critiche muove M. A. Sandulli, *L'abuso di processo*, cit.

⁵⁴ Per un'ampia disamina si rinvia a L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, Relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, p. 15 e ss., in [/www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf](http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf).

La decisione da ultimo menzionata, riformando la sentenza del TAR Lazio, afferma, infatti, la legittimità della sanzione irrogata dall'Antitrust al gruppo farmaceutico Pfizer, in relazione ad un abuso di posizione dominante, consistente nell'aver artificiosamente esteso la durata temporale della protezione brevettuale in Italia di un medicinale per la cura del glaucoma - in esito a una procedura c.d. divisionale (finalizzata alla protezione di invenzioni separabili o distinte, ma già contenute in quella originaria), dalla quale, tuttavia, nessun nuovo farmaco o sviluppo tecnologico era derivato - e nell'aver sfruttato lo stato di incertezza giuridica così determinatosi, con una complessa strategia nella quale si inserivano le diffide inoltrate alle società produttrici di farmaci generici e l'instaurazione dei conseguenti contenziosi giudiziari, al fine di ritardare l'ingresso delle specialità equivalenti.

Il giudice dell'appello, inferendo un siffatto intento ultroneo dalla ricostruzione della complessiva condotta realizzata da Pfizer (che, sul piano formale, non aveva fatto altro che esercitare le facoltà inerenti alla titolarità del brevetto), riconduce esplicitamente, per la prima volta in ambito *antitrust* interno, l'abuso di posizione dominante al concetto di "*abuso del diritto*", inteso come utilizzazione di una data posizione giuridica soggettiva - che, come sopra si è visto, può riguardare (anche) il diritto di difesa - in senso incoerente con il fine per il quale l'ordinamento la riconosce⁵⁵.

Il caso Pfizer evidenzia, da un lato, le aporie connesse alla nozione di per sé vaga e sfuggente⁵⁶ dell'abuso, ma ne profila, dall'altro, una soluzione di carattere, per così dire, "pragmatico".

⁵⁵ La sentenza riprende dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (si veda, per tutte, Cass. civ., sez. III, sentenza 18/09/2009 n. 20106) gli elementi costitutivi di quest'ultimo, ossia: la titolarità di un diritto soggettivo; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto si svolga secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; il concreto esercizio del diritto secondo modalità formalmente rispettose della norma attributiva del medesimo, ma censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico od extragiuridico; l'ingiustificata sproporzione, causata da tale modalità di esercizio, tra il beneficio che riceve il titolare del diritto ed il sacrificio patito dalla controparte. Numerose decisioni della Corte di Giustizia UE menzionano il divieto di "*avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario*", la cui trasgressione va valutata alla luce "*delle finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie*" (così la sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punti 24 e 25; nello stesso senso la sentenza 20 settembre 2007, C-16/2005, *Tum e Dari*, punto 64, e la pronuncia 21 febbraio 2006, causa C-255/2002, *Halifax*, punto 68). Per la dottrina interna si rinvia, oltre che a P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., a C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, F. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006; R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, 2001, Torino, 281 ss.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), 1987, I, 1 ss. Per il contesto eurounitario si veda F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, 2011, Torino.

Sulla configurabilità in termini (anche) di abuso del diritto dell'abuso di posizione dominante nonché di altre manifestazioni (quali le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e l'abuso di dipendenza economica) del più ampio fenomeno del c.d. fallimento del mercato - costituente il problema fondamentale alla cui risoluzione sono finalizzati i poteri delle *Authorities* - si richiama S. De Felice, *Sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti, sulla ratio della loro esistenza e sul loro ruolo nell'ambito del mercato*, in N. Crisci (a cura di) *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Volume I*, Milano, 2005, p. 201.

⁵⁶ In tal senso si vedano le considerazioni critiche, sul versante, rispettivamente, del processo civile ed amministrativo, M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, cit., p. 139 e C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005 ss.

Vero è, infatti, che l'impostazione sottesa alla sentenza può prefigurare il pericolo che, reputandosi abusive condotte che si presentino di per sé formalmente legittime rispetto ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, venga negato alle imprese un margine sufficiente di prevedibilità circa la possibilità di incorrere nell'illecito anticoncorrenziale e nella correlata sanzione, con il rischio che venga violato il principio di certezza del diritto⁵⁷.

Cionondimeno va osservato che la decisione del Supremo Consesso Amministrativo appare allineata alla giurisprudenza comunitaria, secondo la quale l'esistenza dell'abuso di posizione dominante *ex art. 102* non necessariamente si correla all'inosservanza di altre norme giuridiche, concretizzandosi, anzi, tale fattispecie illecita *"nella maggioranza dei casi, in comportamenti (...) legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza"*⁵⁸.

Dalle riflessioni che precedono si evince, pertanto, come non possa mai prescindersi dall'attenta e sistematica lettura di plurimi - e, invero, non sempre univoci *uti singuli* - elementi sintomatici ancorati al caso concreto, al fine di verificare se le procedure normativamente previste siano o meno state utilizzate *"in modo da impedire o rendere più difficile l'ingresso di concorrenti sul mercato, in assenza di motivi attinenti alla difesa dei legittimi interessi di un'impresa impegnata in una concorrenza basata sui meriti o in mancanza di giustificazioni oggettive"*⁵⁹.

Ciò che davvero rileva, sin dai tempi della pronuncia della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, è, dunque, da un lato, l'oggettiva attitudine della condotta - desunta dalla valutazione puntuale degli "indizi" significativi tratti dalla concreta situazione che di volta in volta si prospetta - a influire sulla struttura del mercato, con conseguente effetto ostativo nei confronti della concorrenza⁶⁰.

Al solido "ancoraggio" agli elementi della fattispecie concreta si ispira anche la sentenza TAR Lazio 27 marzo 2014, n. 3398, che annulla il provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust per abuso di posizione dominante imputato, nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri, a Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (RFI) - tenuta, *ex art. 22 e ss. del d.lgs. n. 188/2003*, in quanto concessionaria della gestione dell'infrastruttura, a consentire l'accesso equo e non discriminatorio alla medesima ai soggetti che lo

⁵⁷ Proprio paventando tale lesione, e in assenza della mancata dimostrazione di un *"evidente intento escludente"*, infatti, il giudice di primo grado aveva annullato il provvedimento dell'Autorità Antitrust. Sull'eventualità che, anche alla luce del *decisum* del Consiglio di Stato, l'atipicità dell'illecito di cui all'art. 102 TFUE faccia di tale disposizione una sorta di "ipernorma" - prevalente sulle norme che regolano e legittimano i comportamenti ordinari delle imprese, e sulla contestuale necessità di individuare una ragione giustificatrice di questa supremazia - insiste L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, cit., pag. 24.

⁵⁸ In questi termini la sentenza della Corte di Giustizia del 6 dicembre 2012, Causa C-457/10 P, *AstraZeneca c. Commissione* (punto n. 132).

⁵⁹ *AstraZeneca c. Commissione*, cit., punto n. 134.

⁶⁰ Come sottolinea puntualmente G. Bruzzone, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pag. 101, l'elemento soggettivo, e in particolare l'intenzionalità della condotta, non rileva per la qualificazione della stessa come abuso, bensì ai fini della commisurazione della sanzione.

richiedano per lo svolgimento del servizio di trasporto - ed a Trenitalia s.p.a. (principale impresa ferroviaria nazionale) entrambe controllate da Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., società a totale partecipazione pubblica. In particolare, a giudizio dell'Autorità, RFI, per favorire Trenitalia, facente parte del medesimo gruppo, avrebbe adottato una condotta dilatoria in danno dell'operatore privato Arenaways, al fine di ostacolare l'accesso all'infrastruttura ferroviaria sulla tratta Torino-Milano, avviando pretestuosamente una procedura di consultazione che vedeva coinvolti diversi organismi istituzionali sia regionali che statali - ivi incluso l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF)⁶¹ - e subordinando, in modo strumentale, la conclusione della procedura di assegnazione delle tracce al nuovo soggetto alle decisioni assunte dall'URSF circa la sussistenza dei presupposti per eventuali limitazioni al servizio di trasporto passeggeri a norma art. 59 della legge n. 99/2009.

Il TAR giudica non persuasiva né univoca la lettura dei fatti da parte dell'Antitrust, in quanto nessuna delle autorità interpellate da RFI aveva interpretato le richieste della stessa come strumentali o dilatorie, come si era viceversa prospettato nel provvedimento sanzionatorio. Gli elementi concreti della situazione in esame indirizzavano, anzi, nel senso opposto, avendo gli enti in questione dato corso ai rispettivi approfondimenti, in alcuni casi giungendo ad avallare i dubbi, prospettati da RFI, circa la possibilità che i servizi proposti da Arenaways fossero suscettibili di compromettere gli equilibri economici del contratto di servizio pubblico di Trenitalia nelle Regioni Piemonte e Lombardia.

L'URSF, in particolare, era giunta a condividere tale ipotesi, in esito all'analisi economica svolta nell'ambito del procedimento *ex art. 59* della legge n. 99/2009, legittimamente avviato su richiesta di RFI, stabilendo di consentire ad Arenaways solo un accesso limitato alla tratta richiesta, mediante l'esclusione delle fermate intermedie). A giudizio del TAR, l'Antitrust, sovrapponendo le proprie valutazioni alle conclusioni dell'URSF sull'impatto dei servizi proposti da Arenaways sull'equilibrio del servizio pubblico svolto da Trenitalia, si sarebbe dunque indebitamente addentrata nell'analisi di questioni di profilo strettamente regolatorio, di esclusiva pertinenza dell'organismo all'uopo preposto.

Al caso da ultimo citato può accostarsi, per la prospettazione dell'uso strumentale, contrario a buona fede e correttezza, dell'*iter* procedimentale da parte del soggetto investito di funzioni amministrative - costituente un vero e proprio "abuso del procedimento"⁶² - la situazione esaminata dalla sentenza del

⁶¹ Le competenze dell'URSF, istituito presso il Ministero dei Trasporti, sono ora devolute all'Autorità di Regolazione dei Trasporti, ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.l. 201/2011, convertito nella legge n. 214/2011.

⁶²Per un approfondimento su questa amministrativistica "gemmazione" dell'abuso del diritto si rinvia a M. Monteduro, *La "manifesta infondatezza" della domanda*, in L. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2010, p. 349 e ss. Come rileva, in termini più generali, S. Russo, *Abuso del diritto e metodo dell'azione amministrativa*, cit., è principio acquisito che tutti i soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo debbano attenersi ai canoni di tutela dell'affidamento e correttezza (così, tra le tante, Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007 n. 3384), ivi incluse le imprese partecipanti alle procedure di gara, in capo alle quali sussiste un onere d'informazione corretta e completa nei confronti della stazione appaltante.

TAR Napoli, 18 aprile 2011, n. 2182. Tale pronuncia accoglie il ricorso promosso dal soggetto già affidatario di un incarico di progettazione urbanistica contro il provvedimento con cui l'Amministrazione aveva annullato in autotutela l'atto di affidamento (in quanto non preceduto da una procedura ad evidenza pubblica) e rilevato l'invalidità della susseguente convenzione, soltanto dopo che all'ente interessato era stato notificato dal professionista un decreto ingiuntivo riguardante i crediti maturati per l'attività realizzata. Tale comportamento viene ritenuto fortemente indiziante - unitamente al fuorviante richiamo, contenuto nell'atto oppositivo proposto in sede civile, dell'invalidità della convenzione, correlata alla caducazione dell'affidamento - dello sviamento della *“funzione dell'autotutela amministrativa al fine di illegittimamente predisporre una difesa nel giudizio di opposizione”*, e quindi dell'*“abuso del procedimento e del provvedimento amministrativo”* diretto *“ad alterare gli esiti di una connessa vicenda contrattuale”*, dibattuta nella diversa sede processuale del giudice ordinario.

2. Natura delle Authorities e della funzione sanzionatoria.

La decisione da cui prendono le mosse le presenti riflessioni richiama espressamente la *“natura amministrativa”* delle Authorities, in coerenza con l'opinione ormai consolidata⁶³.

In tal modo si è esclusa la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para -giurisdizionale alle Autorità amministrative indipendenti.

In dottrina, tuttavia, non sono mancate posizioni⁶⁴ che assimilano la natura di queste ultime - o quantomeno talune funzioni da esse svolte (con particolare riguardo a quella sanzionatoria) - all'autorità giudiziaria, con la conseguenza di escludere o di limitare significativamente il sindacato giurisdizionale sui relativi atti. Tanto in base al duplice profilo dell'indipendenza delle Autorità dall'indirizzo politico-amministrativo del Governo - che le renderebbe soggette soltanto alla legge ai sensi dell'art. 101 Cost.- e della previsione di garanzie del contraddittorio rinforzate, sulla falsariga di quelle generalmente previste nei procedimenti propriamente giurisdizionali.

⁶³ Si è infatti rilevato, in giurisprudenza, che manca nell'ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli art. 97 e 111 Cost (Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341. Nel senso della natura amministrativa delle Autorità indipendenti si esprimono, tra le altre, Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001, n. 652 e Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

⁶⁴ M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, op. cit., 83.

In disparte le scarse indicazioni provenienti dal dato normativo⁶⁵, va rilevato come il requisito dell'indipendenza non sia di per sé inconciliabile con il concetto di amministrazione e non necessariamente costituisca una prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria.

La vigente disciplina costituzionale contempla, infatti, due differenti criteri di conformazione dell'Amministrazione.

Accanto alla concezione di questa come apparato dipendente dal Governo, desumibile dall'art. 95 della Carta costituzionale e dal principio di responsabilità dei Ministri per gli atti dei rispettivi dicasteri, non va dimenticato il diverso modulo ispirato al principio di separazione dell'amministrazione dal potere politico - inteso non solo come criterio di distribuzione delle funzioni in senso verticale, ossia tra organi politici e uffici burocratici collocati all'interno della medesima organizzazione amministrativa (quale si ha, ad esempio, nella distinzione tra la sfera politica e quella gestionale, accolta nella riforma del pubblico impiego del 1993, confluita nel d.lgs. n. 165/2001) - bensì, in senso più lato, come criterio che legittima lo sviluppo del pluralismo amministrativo, rispondente alla complessità e molteplicità degli interessi da comporre in settori sociali particolarmente sensibili (quali sono il mercato, il risparmio, la riservatezza, i servizi di pubblica utilità). Con il venir meno dell'intervento gestionale diretto dello Stato, gli interessi correlati a siffatti ambiti, aventi rilevanza sia a livello costituzionale⁶⁶ sia nell'ordinamento comunitario⁶⁷, rischierebbero di venire pregiudicati dall'influenza dei gruppi politici ed economici dominanti.

La protezione di tali interessi nella complessità del contesto socio-economico attuale richiede dunque organismi di controllo e garanzia dotati di particolari competenze tecniche, non subordinati al potere politico, che - trovando fondamento costituzionale non solo nell'art. 97, comma 1 (ossia nella previsione della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici e nei principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione) ma anche nell'art. 97, comma 3 (che impone l'osservanza delle procedure concorsuali per l'accesso ai pubblici impieghi), nonché nell'art. 98 (che espressamente pone i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione)⁶⁸ - non siano strutture serventi dell'istituzione governativa quale Stato-apparato, ma prestino la propria opera al servizio dello Stato-comunità. La pregnanza dei valori affidati a questi soggetti pubblici esige che l'imparzialità (cui è soggetta tutta la p.a.),

⁶⁵ L'abrogato art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge n. 205/2000 e ora sostituito dall'art. 119 del Codice del processo amministrativo, prevede un rito accelerato per i giudizi riguardanti i provvedimenti adottati dalle Autorità "amministrative" indipendenti.

⁶⁶ Si pensi al diritto all'informazione (art. 21), alla libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), alla tutela del risparmio (art. 48).

⁶⁷ Si considerino il ruolo della Commissione Europea in materia di tutela della concorrenza e la creazione, ai sensi del Reg. 1/2003, della Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network-ECN*) composta dalla Commissione e dalle Autorità Garanti di tutti gli Stati membri dell'Unione e finalizzata a favorire, tramite il coordinamento e la cooperazione tra gli organismi preposti, l'efficiente applicazione delle norme antitrust del Trattato e lo sviluppo della politica europea della concorrenza.

⁶⁸ In tal senso, R. Garofoli, *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1998, p. 3335 ss.

ossia la considerazione equanime e non discriminatoria degli interessi in gioco⁶⁹ sia affiancata dalla neutralità⁷⁰, intesa come indifferenza rispetto ai medesimi, nel senso che le decisioni da assumere in ordine alla loro protezione, mediante la fissazione di regole e/o l'adozione di misure per garantirne il rispetto - debbono essere depurate da qualsiasi condizionamento esterno⁷¹.

L'indipendenza delle *Authorities* - che si distingue altresì dall'autonomia riconosciuta ad altri soggetti pubblici (quali gli enti locali) per l'assenza di un rapporto intersoggettivo, anche solo di equiordinazione, nonché per l'attribuzione di funzioni da svolgere senza influenze esterne⁷² - non è assimilabile, come rileva la giurisprudenza⁷³, a quella del giudice che, nell'ambito del procedimento tipico che è costituito

⁶⁹ Come nota efficacemente S. De Felice, *Sulla natura giuridica delle Autorità indipendenti*, cit., p. 181, l'imparzialità non esclude che l'amministrazione sia impegnata, nella ponderazione degli interessi primari e secondari coinvolti, a perseguire l'interesse pubblico ad essa istituzionalmente affidato e risulti quindi essa stessa "per definizione e necessariamente parte interessata".

⁷⁰ V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, II, p. 368.

⁷¹ Soprattutto nel corso degli anni novanta del secolo scorso il fenomeno delle autorità indipendenti ha avuto particolare impulso, anche a seguito della crisi del sistema politico dovuto a gravi fenomeni corruttivi; il processo di privatizzazione dei servizi pubblici, inoltre, è stato accompagnato con l'affidamento di funzioni di regolazione ad autorità di settore. Sono così stati istituiti: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) di cui alla l.n. 287/1990, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Aeeg), nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. n. 481/1995, il Garante per la protezione dei dati personali ex l.n. 675/1996, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), di cui alla l.n. 249/1997. Più recentemente si è avuta la costituzione dell'Autorità per la regolazione dei trasporti (Art), di cui all'art. 37 del d.l. n. 201/2011 (convertito con la l.n. 214/2011). L'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), infine, è subentrata, ai sensi della l. n. 125/2013, alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit) di cui al d.lgs. n. 150/2009, e, a norma dell'art. 19 della l. n. 114/2014, ha altresì assunto, con poteri rafforzati a causa di gravi fenomeni criminosi legati all'assegnazione di commesse pubbliche, le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), istituita con d.lgs. n. 163/2006.

⁷² L'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, di cui anche godono le *Authorities*, rappresenta solo uno strumento per garantire l'indipendenza rispetto agli altri poteri. L'indipendenza è garantita anche, se non soprattutto, dai criteri di nomina dei componenti dei Collegi delle Autorità e dall'assenza della possibilità che le funzioni neutrali siano assoggettate ai poteri di indirizzo e ad ingerenze di carattere non solo politico ma anche economico. Accanto ai requisiti inerenti alla qualificazione tecnico-professionale, anche l'attribuzione della nomina dei componenti delle *Authorities* ad organi *super partes* o a maggioranze qualificate, rafforzano ulteriormente l'indipendenza. Nell'ordinamento italiano l'assenza di una disciplina unitaria si riflette anche nei criteri di nomina. I componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono nominati dai Presidenti delle Camere; in altri casi la nomina spetta alla Camera e al Senato (Garante per la privacy; Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) o al Governo (l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e la Consob, i cui membri sono nominati con Decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri). Ulteriori elementi di garanzia sono costituiti da una durata sufficientemente lunga e comunque disallineata dalle scadenze "politiche", dal regime delle incompatibilità (con speciale riguardo ai rapporti di collaborazione con i soggetti regolati, da vietare per un dato periodo successivo alla cessazione dalla carica, come prevede, per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, l'art. 2, comma 9, della l.n. 481/1995; per l'estensione del divieto ai dirigenti si rinvia alle previsioni dell'art. 22 della l. n. 114/2014), dalla limitata revocabilità e rinnovabilità della carica, funzionali a far sì che lo svolgimento dell'attività possa essere svolta senza timore di "rimozione" o, viceversa, in maniera opportunistica per conseguire la riconferma. Anche la previsione di un'interruzione temporale tra la cessazione dall'incarico e una successiva nomina presso la stessa o altra Autorità - introdotta dalla l.n. 114/2014 - si pone come misura a salvaguardia da influenze o interferenze indebite.

⁷³ Così Cass. sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, che riconosce la legittimazione passiva del Garante per la protezione dei dati personali nel giudizio dinanzi al Tribunale in opposizione ad un suo provvedimento. E' altresì esperibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato ex d.p.r. n. 1199/1971, che si riteneva consentito già quando era dubbia la natura giurisdizionale di tale rimedio (attualmente ammessa sulla

dal processo giudiziario, decide di una situazione giuridica soggettiva, ed è suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. Ma non è questo il caso delle Autorità Indipendenti, i cui atti sono soggetti a sindacato giurisdizionale, come risulta dal positivo dato normativo, e in particolare dall'art. 119 c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁷⁴.

Né può inferirsi il carattere giurisdizionale o quasi-giurisdizionale della natura e/o delle funzioni delle Amministrazioni Indipendenti dalla particolare struttura del procedimento da esse seguito, in cui è garantito il contraddittorio tra le parti, in quanto già con la l. n. 241 del 1990 l'ordinamento giuridico ha attenuato la storica caratterizzazione autoritativa e unilaterale dell'*iter* procedimentale, in modo da assicurare il più ampio grado di partecipazione dei soggetti interessati alla formazione del provvedimento finale. Il contraddittorio procedimentale dinnanzi alle *Authorities*, quindi, pur presentando esteriormente analogie con quello giudiziario, si connota per la funzionalità alla migliore cura dell'interesse pubblico che le Autorità sono istituzionalmente tenute a presidiare⁷⁵.

A tali conclusioni approda la giurisprudenza anche con riguardo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che pure è considerata il prototipo della "amministrazione neutrale", chiamata ad operare, ai sensi dell'art. 10, c. 2, della l.n. 287/1990, "*in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione*", evidenziando come il riconoscimento nell'ambito dei procedimenti Antitrust di garanzie partecipative alle parti private non implichi il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti - e tanto meno l'applicazione delle norme processuali⁷⁶ - ma sia piuttosto uno strumento di "legittimazione dal basso"⁷⁷ dei poteri

scorta dell'introduzione del carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato ad opera della l.n.69/2009). Nonostante le preoccupazioni di chi ravvisava nel ruolo decisionale del Governo (che, con delibera del Consiglio dei Ministri, poteva determinarsi diversamente rispetto al parere del Consiglio di Stato) un rischio circa la conservazione dell'indipendenza delle *Authorities*, lo stesso Supremo Consesso, in sede consultiva (Ad. gen. Parere 25 maggio 1998, n. 988) rilevava come la funzione di garanzia esercitata dalle amministrazioni indipendenti (nel caso di specie l'Antitrust) fosse amministrativa non solo perché gli organi che la esplicano non sono giudici, ma anche perché le norme che la disciplinano ne conformano l'attività secondo caratteri di concretezza e discrezionalità propri dell'attività amministrativa.

⁷⁴ La norma non ha, tuttavia, portata onnicomprensiva: l'art. 152 del d.lgs. n. 196/2003 attribuisce al giudice ordinario la cognizione sugli atti del Garante della Privacy.

⁷⁵ Le medesime considerazioni sono svolte dalla giurisprudenza con riguardo alla funzione di risoluzione dei conflitti intersoggettivi (c.d. funzione contenziosa) di cui sono talora investite le *Authorities*. In relazione a un procedimento tenutosi dinnanzi dell'Agcom, ai sensi dell'art. 23 del D. Lgs. n. 259/2003, relativamente a una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, Cons. di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4887, muovendo dal presupposto della natura amministrativa delle Autorità Indipendenti, trae la conseguenza che l'attribuzione alle stesse della funzione predetta non esclude la necessaria soggezione dei provvedimenti finali al controllo giudiziario.

⁷⁶ In tal senso, tra le altre, Cons. St., Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652. Né può dirsi che l'Antitrust sia assimilabile a un pubblico ministero che agisce nell'interesse della legge (nega tale ipotesi, con un *obiter dictum*, C. Cost. n. 20/2013), con riferimento al potere, conferito dall'art. 21 bis della l.n. 287/1990, di intervenire - dapprima con un parere motivato (con funzione di diffida), quindi con l'eventuale impugnazione giurisdizionale - sugli atti amministrativi generali, regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica, che

dell’Autorità in questione (anche piuttosto incisivi, potendo gli stessi consistere in ispezioni, effettuabili in collaborazione con la Guardia di Finanza, ai sensi dell’art. 10 d.p.r. n. 217/1998, ed essendo colpita da sanzione pecuniaria la mancata produzione, senza giustificazioni, degli elementi informativi e documentali richiesti *ex art.* 14 della l. n. 287/1990), in modo da riequilibrare l’assenza di raccordo al circuito politico-parlamentare. In particolare, l’atto di avvio dell’istruttoria, che viene deliberato dall’organo collegiale⁷⁸ e indica gli elementi essenziali dell’ipotesi di violazione di cui si assume l’esistenza, va notificato all’impresa interessata, in modo da consentirle la formulazione delle proprie deduzioni difensive, nonché ai soggetti che, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, abbiano “*presentato denunce o istanze utili all’avvio dell’istruttoria*” (art. 6 del d.p.r. n. 217/1998). La comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), elaborata dagli uffici e approvata dal Collegio in base a un giudizio di non manifesta infondatezza (art. 14 del d.p.r. n. 217/1998), è l’atto di contestazione formale dei fatti emersi dagli elementi probatori acquisiti in corso d’istruttoria, in relazione al quale la parte può ancora esplicitare il diritto di difesa per iscritto o in sede di audizione. La fase decisoria, preceduta dal parere obbligatorio ma non vincolante dell’ISVAP ovvero dell’Agcom (a seconda che siano coinvolte, rispettivamente, imprese assicurative ovvero operanti nel campo delle comunicazioni), giunge a compimento con il provvedimento finale, di spettanza del Collegio, che, quando risulti positivamente accertata la sussistenza della violazione, non deve - sempre a garanzia del diritto di difesa - modificare la cornice fattuale degli addebiti contestati con la CRI, pur potendo pervenire a una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie⁷⁹. L’atto conclusivo reca una diffida, che può avere i contenuti più diversi, in ogni caso funzionali, secondo il principio di proporzionalità, a rimuovere l’alterazione

ritenga emanati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Come ha chiarito TAR Lazio n. 4451/2013, la norma mira a valorizzare la funzione consultiva e di segnalazione di cui agli artt. 21 e 22 della legge Antitrust, intestando all’Agcm un potere di iniziativa diretto a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, mediato da una preventiva interlocuzione con la p.a. interessata.

⁷⁷ Osserva R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, p. 3, Relazione tenuta al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, (http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Giovagnoli-sindacato_autoria_indipendenti.pdf) come gli atti delle Autorità indipendenti (e in particolare quelli aventi portata regolatoria), in quanto provenienti da soggetti che sfuggono al circuito della responsabilità politica, debbano comunque essere adottati in quadro procedimentale che garantisca il contraddittorio e la partecipazione dei soggetti interessati (c.d. “*legalità procedimentale*”, volta a sopperire al deficit di legalità sostanziale e di legittimazione democratica). Nello stesso senso, si veda C. Contessa, “*L’applicazione del diritto della concorrenza da parte dei Giudici amministrativi italiani. In particolare: la legalità in senso procedimentale e la recente giurisprudenza in materia di rigetto delle proposte di impegni*”, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Contessa_Traccia_dell_intervento_giugno_2013.pdf.

⁷⁸ Il Consiglio di Stato, con sentenza della Sezione VI, 16/03/2006, n. 1397, per giustificare la concentrazione in capo all’Autorità sia delle funzioni istruttorie che di quelle decisorie, evidenzia come non vi siano vincoli costituzionali alla discrezionalità legislativa sulla scelta in ordine alla suddivisione di tali funzioni, ribadendo che “*le Autorità Indipendenti sono in ogni caso pubbliche amministrazioni non riconducibili al potere giudiziario*”.

⁷⁹ In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

dell'equilibrio del mercato. In caso di “*infrazioni gravi*”, oltre alla diffida, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio, commisurata alla gravità e alla durata della condotta (art. 15 della l.n. 287/1990).

Alla luce della scansione procedimentale sommariamente descritta, l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione della sanzione dell'Agcm si fondano su un'operazione qualificatoria di fatti in termini di illiceità in relazione alla disciplina della concorrenza, senza apparente ponderazione di interessi, tipica dell'attività amministrativa tradizionale⁸⁰. In realtà il provvedimento dell'Antitrust, comportando non già l'applicazione meccanica di regole desunte dalla scienza economica, ma la contestualizzazione delle stesse alla vicenda di volta in volta in esame, può in concreto implicare rilevanti scelte di valore⁸¹, specie alla luce del riconoscimento della possibilità di disapplicazione del diritto interno contrastante con le norme comunitarie di tutela della concorrenza⁸².

Si consideri, inoltre, come l'Autorità possa non aprire formalmente l'istruttoria su di un illecito anticoncorrenziale relativo a un'intesa restrittiva della concorrenza, di per sé vietata *ex art.* 2 della l.n. 287/1990 - operando una scelta di discrezionalità non solo tecnica circa l'*an* - qualora stabilisca di autorizzarla a norma dell'art. 4, ove ravvisi, in base (anche) a una ponderazione comparativa degli interessi, che da essa possa derivare un sostanziale beneficio per i consumatori, tenendo conto altresì degli effetti sulla concorrenzialità delle imprese sul piano internazionale⁸³.

Una volta conclusa l'istruttoria, inoltre, il procedimento non è destinato a concludersi necessariamente con l'accertamento circa la fondatezza o meno dell'ipotesi “accusatoria”.

Sul tronco principale dell'iter procedimentale possono, infatti, inserirsi importanti profili di discrezionalità, alla luce dell'art. 14 ter - introdotto (sulla falsariga del Regolamento n. 1/2003 del

⁸⁰ Così M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, op. cit., 88. Il concetto di discrezionalità amministrativa come ponderazione tra interessi risale, com'è noto, a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

⁸¹ R. Chieppa, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G.P. Cirillo e R. Chieppa (a cura di) *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, pag. 68.

⁸² In tal senso C. Giust. 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, che precisa come possano comunque essere inflitte sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati “*facilitati o incoraggiati*” dalla normativa nazionale, dovendosi tenere conto delle “*specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito*”.

⁸³ Così F. Manganaro, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in www.giustamm.it, secondo cui analoghi apprezzamenti connotati da discrezionalità “mista”, anche se prevalentemente tecnica, permeano la verifica sulle operazioni di concentrazione, a norma dell'art. 6 della legge n. 287/90, venendo in rilievo - in ordine all'autorizzazione di tali iniziative nonché all'individuazione delle eventuali condizioni da apporre al provvedimento, finalizzate ad evitare che si producano effetti anticoncorrenziali - la comparazione tra una pluralità di interessi, inerenti, tra l'altro, alla possibilità di scelta dei consumatori e degli utilizzatori, alla posizione delle imprese nel mercato e al loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi sul mercato, nonché alla “*situazione competitiva dell'industria nazionale*”.

Consiglio del 16 dicembre 2002), nella legge Antitrust dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. Legge Bersani) - ai sensi del quale, entro tre mesi dalla notifica dell'avvio di un'istruttoria, le imprese contro le quali l'Autorità procede per l'accertamento della violazione degli abusi di posizione dominante e delle intese restrittive possono presentare impegni tali da far venir meno *"i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria"*. Qualora l'Agcm ritenga idonee tali misure, può renderle obbligatorie per le imprese indagate e chiudere il procedimento senza addivenire all'accertamento dei comportamenti illeciti⁸⁴.

Se è indubbio che il giudizio circa l'idoneità dell'impegno a risolvere le preoccupazioni anti-concorrenziali è condotto secondo i canoni della scienza economica - che, in quanto tali, prescindono dalla considerazione dell'interesse pubblico - non va sottaciuto come l'Autorità sia chiamata, pur a fronte di impegni "tecnicamente" idonei, a effettuare un bilanciamento tra l'opportunità di chiusura del procedimento - motivata da esigenze di celerità dell'azione amministrativa e dalla possibilità di eliminazione degli effetti anticoncorrenziali tramite l'adempimento degli impegni assunti - e quella di proseguire nell'accertamento dell'infrazione. Questa seconda alternativa sarà utilizzata quando risulti preminente l'esigenza di completare le indagini, accertare l'eventuale illecito e, se del caso, irrogare una sanzione, al fine di preservare l'efficacia deterrente della disciplina antimonopolistica ovvero di chiarire l'interpretazione delle norme Antitrust in un caso dubbio o nuovo⁸⁵.

⁸⁴ L'istituto della decisione con impegni va distinto dai c.d. "programmi di clemenza", anch'essi connotati da elementi di ponderazione di interessi, di cui all'art. 15 della l.n. 287/1990, che al comma 2 bis - introdotto dalla citata legge Bersani - demanda all'Autorità la definizione, in conformità all'ordinamento comunitario, dei casi *"in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario"*. I "programmi" in questione si caratterizzano, dunque, per la natura "premiata", correlata alla collaborazione prestata all'accertamento delle infrazioni più gravi (laddove, nel caso degli impegni, detto accertamento manca del tutto), quali le intese segrete sulla fissazione dei prezzi o sulla ripartizione dei mercati, e si applica all'impresa che per prima fornisca informazioni *"decisive"* al riguardo, come precisa l'Antitrust nella comunicazione n. 16472 del 15 febbraio 2007, modificata dal successivo provvedimento n. 21092 del 6 maggio 2010, sulla scorta dell'analoga Comunicazione della Commissione pubblicata in GUCE C n. 298 dell'8 dicembre 2006. Con le comunicazioni in questione è stata esercitata una discrezionalità di ordine non meramente tecnico, bensì una facoltà di scelta che ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico a favorire l'emersione delle condotte collusive più gravi e dannose per la concorrenza, di difficile accertamento, rispetto all'interesse a sanzionare la singola impresa che, pur partecipando a tali pratiche, si attivi per denunciarle.

⁸⁵ In tal senso R. Chieppa, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. Bilancia (a cura di) *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, pag. 120, che accede alla tesi per la quale le decisioni con impegni non sono riconducibili agli accordi sostitutivi dell'atto amministrativo, ma costituiscono provvedimenti unilaterali che cristallizzano un atto endoprocedimentale di parte, rispetto al quale l'Autorità deve valutare la conformità *"ai limiti dell'ordinamento comunitario"* ex art. 14 ter, con uno spazio per l'interlocuzione dei terzi controinteressati, che potrebbero risultare danneggiati dalla chiusura dell'istruttoria con l'accoglimento degli impegni presentanti all'Antitrust (in tal senso si vedano l'art. 27, par. 4, del regolamento CE n. 1/2003 e la comunicazione AGCM n. 23863 del 6 settembre 2012, che, pur procedimentalizzando l'istituto, non stabiliscono criteri oggettivi di ammissibilità dello stesso).

La discrezionalità dell'Antitrust circa la decisione di accedere o meno alla soluzione negoziata della questione può ritenersi "mista"⁸⁶, essendo tale scelta basata sia su parametri tecnico-specialistico sia su un apprezzamento, dai margini piuttosto ampi, circa l'opportunità della prosecuzione dell'iter procedimentale⁸⁷.

Si è paventato che con l'ampio ricorso allo strumento della decisione con impegni l'attività dell'Antitrust possa assumere connotati regolatorii che non le sono propri, attraverso i quali essa andrebbe a definire ciò che le imprese possono fare o meno nel mercato⁸⁸, mentre il legislatore non attribuisce espressamente all'Autorità in parola il potere di creare precetti vincolanti all'interno del mercato. Tale preoccupazione è condivisa dalla giurisprudenza che, muovendo dall'assunto che i poteri di questa Amministrazione Indipendente possano soltanto riequilibrare - ma non direttamente indirizzare - l'assetto della competizione tra i concorrenti, ha annullato un provvedimento che rendeva obbligatori impegni i cui effetti eccedevano dai profili di sospetta anticoncorrenzialità per determinare un mutamento delle regole del mercato⁸⁹.

⁸⁶ Così C.Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, p. 315.

⁸⁷ Non fornisce limiti puntuali all'ampia discrezionalità dell'Antitrust la Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della l. 287/1990 adottata dall'Autorità con la citata delibera n. 23863/2012, in base alla quale è ritenuta "non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione". Come rileva A. Pera, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in "Dizionario sistematico del diritto della concorrenza", cit., pag. 380, la prassi applicativa mostra un utilizzo assai ampio dell'istituto in questione, avendo l'Agcm concluso numerose istruttorie accettando gli impegni proposti dalle imprese (nel periodo 2007-2012 risultano avviati 48 procedimenti di intesa di cui 17 conclusi con impegni, e 49 procedimenti di abuso di cui 32 conclusi con impegni), anche con riferimento a fattispecie suscettibili di arrecare grave pregiudizio al funzionamento del mercato, fatte salve le c.d. violazioni *hardcore*, quali i cartelli per la fissazione dei prezzi o la ripartizione del mercato, coerentemente con le indicazioni dell'ordinamento comunitario (espressamente richiamato dall'art. 14 ter della l.n. 287/1990) e in particolare del Reg. 1/2003, che al *Considerando* n. 13 prevede che "le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda", e del Memorandum della Commissione 04/217 del 17/09/2004, che contempla quale unico limite di opportunità all'adozione di una decisione con impegni gli "hardcore cartel cases" (nello stesso senso si veda TAR Lazio, 7 aprile 2008, n. 2900). Quanto alla determinazione in concreto del contenuto degli impegni, non giungono indicazioni puntuali dalla giurisprudenza comunitaria: la sentenza della Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07 (*Commissione europea c. Alrosa Company Ltd*), infatti, ha ritenuto ammissibili impegni anche eccedenti rispetto all'esigenza di superamento dei profili anticoncorrenziali, essendo gli stessi proposti dalle stesse imprese interessate.

⁸⁸ Ci si riferisce a R. Chieppa, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit. pag. 120.

⁸⁹ E' il caso trattato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che, nella sentenza 20 novembre 2013, n. 5501, ha considerato illegittimo un provvedimento di approvazione di impegni presentati da alcune società concessionarie di tratti della rete stradale nazionale, per le quali era stato aperto un procedimento per abuso di posizione dominante, concretizzatosi, tra l'altro, nell'applicazione, a carico degli operatori del servizio di soccorso stradale, di un ingiustificato contributo di sala radio per ogni soccorso effettuato. L'illegittimità del provvedimento viene fondata sulla circostanza che esso modificava profondamente l'assetto del mercato del soccorso autostradale, introducendo un sistema di gare per l'accesso a tale settore, precedentemente aperto a tutti i soggetti forniti di autorizzazione.

Anche l'azione sanzionatoria dell'Antitrust può presentare aspetti di valenza regolatoria, suscettibili talora di ingenerare incertezza negli operatori economici⁹⁰.

Ciò si deve alla conformazione generica degli illeciti *antitrust* ad opera del legislatore nazionale e comunitario, che lascia all'Autorità il compito di contestualizzare concetti giuridici non completamente determinati dal legislatore e di integrare le fattispecie sanzionatorie, individuando quando e a quali condizioni l'infrazione viene in essere. In tal modo la regola del caso concreto si crea contestualmente alla sua applicazione. Da tale *modus operandi* dell'Agcm scaturisce quindi parte del diritto della concorrenza⁹¹, potendosi accostare il ruolo dell'Antitrust al contributo offerto dal giudice amministrativo, principalmente mediante l'applicazione concreta della nozione di eccesso di potere, alla costruzione della disciplina generale dell'attività amministrativa⁹².

A fronte della necessità di un sufficiente margine di certezza che consenta agli attori del mercato di valutare autonomamente *ex ante* se e a quali condizioni i propri comportamenti possano configurare un

⁹⁰ Con riguardo agli incerti limiti dell'attività sanzionatoria dell'Antitrust, e con particolare riferimento a "invasioni di campo" nei settori economici soggetti alla regolazione di altre autorità indipendenti, occorre segnalare come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato abbia effettuato una sorta di regolazione dei confini, sulla scorta del principio di specialità, in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette, affidata in via generale all'Antitrust dall'art. 27 comma 1 del Codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206/2005. Con le sentenze n. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 il Supremo Consesso ha affermato che spetta alla Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - titolare di funzioni a tutela dell'utenza, disciplinate da diverse disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. n. 259/2003, poi attuate dalla stessa Agcom con il proprio intervento regolatorio - e non all'Antitrust, la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni in materia di tutela del consumatore poste in essere dai gestori degli impianti di telecomunicazioni, alla luce dei caratteri di esaustività, completezza e specificità che tale disciplina presenta rispetto a quella generale contenuta nella normativa consumeristica. La necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa si provveda con un'unica Autorità e con un unico procedimento. Il principio di specialità, così come configurato dalle predette sentenze è stato applicato, per così dire "in negativo", da Ad. Plen. 14/2012 per rilevare come le norme del testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, *ratione temporis* vigenti, non contenessero disposizioni dirette specificamente alla tutela del consumatore. Mancando la completezza e l'esaustività della disciplina bancaria sul punto, si è ritenuto che l'Agcm, e non già la Banca d'Italia, fosse competente a sanzionare le condotte commerciali scorrette nel settore dei servizi bancari, secondo le disposizioni del codice del consumo. I principi enunciati dalla Plenaria sono stati ripresi dal legislatore con l'art. 23, comma 12-*quiquiesdecies* del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, che esclude la competenza dell'Antitrust in ordine all'accertamento e alla sanzione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere in settori in cui vi sia una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati. Per un approfondimento sulla questione si rinvia a R. Caponigro, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno Nazionale di Studi *Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future*, svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013 (in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/caponigro-actio_finium_regundorum.htm).

⁹¹ Così R. Titomanlio, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, p. 161. Si è rilevato - tra gli altri da F. Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 18 ss. - come l'attitudine "creativa" di regole per il funzionamento del mercato si evidenzia in particolare nelle decisioni di accettazione degli impegni, ove, mancando un vero e proprio accertamento dell'infrazione, può realizzarsi una sorta di "deriva regolatoria" della funzione *antitrust*, suscettibile di trascendere i vincoli posti dalla legge all'azione dell'Autorità.

⁹² Si veda in tal senso il parallelo tracciato da M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), p. 101.

illecito o meno, tenuto conto della rapida evoluzione delle vicende socio-economiche, potrebbe valorizzarsi lo strumento delle “linee guida” e altre simili forme di *soft law*, adottato con frequenza dalla Commissione Europea⁹³ quale forma di auto-vincolo a garanzia dei destinatari dei provvedimenti dell’Antitrust⁹⁴. Nella prospettiva di massimizzare la certezza del diritto, cruciale per il funzionamento del mercato, la distanza tra il momento dell’enunciazione della regola e quello della sua applicazione meglio consentirebbe agli operatori economici sia di conoscere *ex ante* quali condotte siano reputate lecite e quali no dall’organismo tenuto ad applicare la disciplina, sia di disporre di elementi più puntuali per invocare, se del caso, l’intervento del giudice.

Ciò è tanto più necessario alla luce degli indirizzi della giurisprudenza comunitaria e interna, che non applicano le norme in materia di concorrenza secondo il canone della “*stretta interpretazione*”, bensì “*badando essenzialmente al dato sostanziale dell’accertamento*” dei comportamenti illeciti, in quanto si ritiene che l’applicazione del criterio in questione (costituente corollario del principio di legalità di cui all’art. 1 della legge n. 689/1981, le cui norme vengono richiamate dall’art. 31 della l.n. 287/1990 solo “*in quanto applicabili*”) non possa determinare opzioni ermeneutiche dirette a restringere la portata degli artt. 2 e 3 della legge Antitrust, che è “*finalizzata a colpire ogni condotta, non previamente identificabile, che abbia oggetto o effetto anticoncorrenziale*”⁹⁵.

Dall’indeterminatezza dei parametri di cui dispone l’Agcm, ai fini della valutazione circa la liceità o meno delle condotte e della decisione in ordine all’adozione di provvedimenti sanzionatori dalle conseguenze spesso assai onerose, discende la necessità di garantire ai destinatari di tali atti la pienezza e l’effettività del controllo giurisdizionale: un’esigenza che è particolarmente avvertita dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che ravvisa nel procedimento giudiziale il luogo di correzione, sia pure *ex post*, dei *deficit* di tutela che si siano verificati in sede amministrativa⁹⁶.

⁹³ Si pensi, oltre ai già citati “*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*”, agli “*Orientamenti per il calcolo delle ammende*”, in G.U.C.E. C-210 del 1 settembre 2006, p. 2 ss. e alle indicazioni contenute nella “*Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in Gazzetta ufficiale C 372 del 9.12.1997.

⁹⁴ In questo senso, R. Chieppa, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit. pag 117, e F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/cintioli090503.htm.

⁹⁵ Così, testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189).

⁹⁶ L’indirizzo, inaugurato dalla sentenza *Jussila v. Finlandia*, 23 novembre 2006, n. 73053/01, è stato sviluppato, in particolare, con la decisione *Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, 27 settembre 2011, n. 43509/08, di cui si dirà oltre. Si vedano al riguardo anche i punti 138-140 della pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014.

3. Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni. Conclusioni.

Nell'assetto normativo immediatamente precedente al codice del processo amministrativo il quadro circa il riparto di giurisdizione sulle controversie riguardanti le sanzioni delle Autorità Indipendenti non era omogeneo.

Da un lato, infatti, diverse leggi settoriali contemplavano la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹⁷. Dall'altro lato, invece, permanevano talune significative eccezioni, rappresentate dalle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, le cui controversie erano rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario, ed in particolare alla cognizione delle Corti d'Appello⁹⁸. Anche le controversie sui provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali erano, e sono tutt'ora, attribuite alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi del l'art. 152 del d.lgs. n. 196 del 2003.

L'art. 133, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 104/2010, nell'intento - esplicitato nell'art. 44, comma 1, della legge di delega n. 69 del 2009 - di determinare un riassetto del processo amministrativo, che assicurasse, tra l'altro, la concentrazione delle tutele, ha rimesso alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto non solo i provvedimenti - inclusi quelli sanzionatori, ma esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati - adottati dalle Autorità per le quali tale cognizione era già prevista, ma anche - sino ai recenti interventi della Corte Costituzionale di cui si dirà - quelli emessi dalla Banca d'Italia e dalla Consob.

L'art. 134, comma 1, lett. c), del c.p.a. ha poi qualificato come giurisdizione di merito quella concernente i ricorsi sulle sanzioni pecuniarie, la cui cognizione sia devoluta al giudice amministrativo, ivi comprese quelle applicate dalle Autorità indipendenti.

Con riguardo alle impugnazioni degli atti delle *Authorities* è contemplato, inoltre, un rito abbreviato (art. 119, comma 1, lett. b), in modo da rendere i tempi processuali il più possibile compatibili con la rapida evoluzione della realtà tecnica ed economica.

Si è prevista, inoltre, con l'intento di creare organi giudicanti "specializzati" in particolari settori economici, la competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio (sede di Roma) per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e dell'Autorità per le

⁹⁷ Cfr., in particolare: l'art. 33, comma 1, della l. n. 287 del 1990, con riferimento all'Agcm; l'art. 2, comma 25, della l. n. 481 del 1995, con riferimento all'Aeeg; l'art. 1, commi 26 e 27, della l. n. 249 del 1997, con riferimento all'Agcom; l'art. 326, comma 7, del d.lgs. n. 309 del 2005, con riferimento all'Isvap (ora Ivass, a seguito dell'art. 13 del d.l. n. 95 del 2012); l'art. 244, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, con riferimento all'Avcp.

⁹⁸ In particolare, per la Banca d'Italia, si veda l'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385 del 1993; per la Consob l'art. 187-*septies*, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58 del 1998.

garanzie nelle comunicazioni (art. 135, comma 1, lett. *b*), nonché del Tar Lombardia (sede di Milano) per le cause riguardanti i poteri esercitati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas (art. 14, comma 2).

Con particolare riferimento ai provvedimenti amministrativi dell’Agcm, l’art. 33 della legge n. 287/1990, già nella formulazione originaria devolveva i relativi ricorsi alla giurisdizione esclusiva del TAR Lazio in primo grado. L’opzione del legislatore veniva giustificata dal giudice regolatore della giurisdizione, già prima della riforma del 2010, con un’attenta disamina della funzione sanzionatoria in materia Antitrust diretta a inquadrare quest’ultima nel sistema complessivo del riparto. Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 29 aprile 2005, n. 8882 escludevano, infatti, che per i provvedimenti sanzionatori dell’*Authority* potesse radicarsi la giurisdizione del giudice ordinario, prevista in via generale per tale tipo di atti dalla legge n. 689/1981, le cui disposizioni erano richiamate dall’art. 31 della legge Antitrust “*in quanto applicabili*”. Ciò non solo in base all’espressa devoluzione al giudice amministrativo dei “*provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV*”, prevista dall’art. 33, e del rilievo sostanziale e non processuale dell’art. 31, ma anche in ragione del fatto che nella particolare materia della concorrenza si verifica l’intreccio di situazioni giuridiche soggettive qualificabili sia come diritti soggettivi che come interessi legittimi alla corretta esplicazione dei poteri discrezionali attribuiti all’Antitrust quale Autorità preposta alla cura di specifici interessi pubblici⁹⁹. E’ tale collegamento con l’esercizio del potere autoritativo dell’Agcm a giustificare, secondo la Suprema Corte, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti adottati dall’*Authority* - operante sia per le sanzioni consistenti nella sola diffida, sia per quelle di natura pecuniaria, da infliggere per le infrazioni “gravi”. Ciò in conformità all’insegnamento di Corte Cost., n. 204 del 2004, che proprio nel momento autoritativo individuava il presupposto per l’attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, pur in presenza di diritti soggettivi, anziché al giudice ordinario.

Ancora più puntuale è la ricostruzione contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite del 5 gennaio 1994, n. 52, precedente alla pronuncia della Consulta, ove si rilevava, a sostegno della giurisdizione del giudice amministrativo, come il contenuto del provvedimento sanzionatorio dell’Antitrust non consistesse nella mera applicazione della sanzione prevista dal legislatore né nella quantificazione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza dell’accertamento della condotta vietata, ma avesse “*un contenuto complesso, implicando l’esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all’Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*”¹⁰⁰. Evidenziava poi il giudice del riparto come

⁹⁹ In dottrina si rileva (tra gli altri F. Merusi, *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 181 e ss.) come al diritto fondamentale alla libertà di iniziativa economica garantito dall’art. 41 Cost. si affianchi una posizione di interesse legittimo quando si tratti di tutelare tale diritto nei confronti del potere, il cui esercizio presenta peraltro la caratteristica di essere vincolato, nei procedimenti Antitrust, ai c.d. concetti giuridici indeterminati.

¹⁰⁰ La dottrina è divisa sulla natura e sulla funzione delle sanzioni amministrative. F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss. le colloca nell’ambito della c.d. autotutela decisoria sui rapporti, con la quale l’amministrazione interviene per

dall'incontestabile spettanza della giurisdizione al giudice amministrativo sul provvedimento accertativo del comportamento vietato derivasse che il provvedimento sanzionatorio che nel primo trova il proprio presupposto necessario non avrebbe potuto essere assegnato alla cognizione di un altro giudice, se non a pena di frustrare l'esigenza di concentrazione e di effettività della tutela.

Appare disallineata rispetto all'elaborazione giurisprudenziale sopra richiamata la sentenza 27 giugno 2012, n. 162, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni del c.p.a. che rimettevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Consob, ritenendole eccedenti rispetto alla delega conferita dall'art. 44 della l. n. 69 del 2009, che aveva posto come criterio e, al tempo stesso, come limite all'intervento innovatore del legislatore delegato l'adeguamento alla giurisprudenza della stessa Consulta e delle giurisdizioni superiori. La medesima impostazione è stata di recente seguita dalla Corte nella sentenza 9-15 aprile 2014, n. 94, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lett. l, c.p.a.) nella parte in cui attribuiva la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo sulle controversie riguardanti le sanzioni della Banca d'Italia¹⁰¹.

soddisfare, sia pure in via indiretta, l'interesse pubblico affidatole, infliggendo un effetto dannoso a chi abbia posto in essere un comportamento in contrasto con detto interesse. G. Coraggio, *Autotutela*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss. le riconduce, invece, alla potestà punitiva, volta unicamente a reprimere una condotta lesiva di doveri generali: la devoluzione, ex l.n. 689/1981, del relativo controllo giurisdizionale al giudice ordinario manifesterebbe la volontà di sottrarle allo schema consueto della funzione amministrativa. Le sanzioni pecuniarie in materia Antitrust sono, comunque, ampiamente discrezionali sia riguardo al *quantum* (che va commisurato al fatturato) sia, in sostanza, nell'*an*, non essendovi alcuna precisazione normativa circa il contenuto concreto della "gravità" dell'infrazione, che costituisce il presupposto indispensabile per la loro applicazione. Va peraltro tenuto conto che, in ogni caso, quand'anche non si applichi la sanzione pecuniaria, il provvedimento contiene comunque una diffida, ossia una sanzione a carattere ripristinatorio - volta cioè non solo a punire il mancato rispetto di un precetto, ma soprattutto a rimuovere le conseguenze derivanti dalla violazione (in tal senso E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, p. 598) in relazione alla quale l'Amministrazione può scegliere discrezionalmente la misura più idonea a realizzare l'interesse pubblico leso dall'illecito. Come rileva A. Catricalà, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in R. Chieppa e G.P. Cirillo, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 332, tale misura può consistere, in ambito Antitrust, nell'imposizione di un "obbligo di scopo", finalizzata a porre fine all'alterazione del mercato. Un esempio si ha con il provvedimento A 358 del 15 febbraio 2006, contenente l'imposizione, rivolta a un'impresa resasi responsabile di abuso di posizione dominante nel mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale, del potenziamento di un gasdotto di collegamento con il Nord Africa, al fine di consentire l'ingresso di un maggiore quantitativo di gas, a beneficio degli altri concorrenti. Si è rilevato, peraltro, come la sanzione pecuniaria che l'Autorità può irrogare ex art. 15, comma 2, della l.n. 287/1990 in caso di inottemperanza alla diffida non abbia natura meramente afflittiva, in quanto non correlata alla violazione del precetto originario, ma funzionale all'autotutela dell'Amministrazione (così S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in Aa. Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 335; nello stesso senso A. Brancasi, *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. Pubbl.*, vol V, Torino, 1990, p. 83).

¹⁰¹Per annotazioni critiche si rimanda a A.Daidone, *Repetita non iuvant: La Corte Costituzionale torna sulla giurisdizione esclusiva*, in www.federalismi.it, n. 16/2014, il quale sottolinea come il riconoscimento della cognizione del giudice ordinaria sui provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia si ponga in contrasto con l'esigenza di concentrazione della tutela giurisdizionale, che non soltanto era indicata dall'art. 44 della legge-delega n. 69/2009 come uno dei criteri-guida per il legislatore delegato, ma costituisce altresì una componente essenziale del principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost., che proprio sulla celerità ed effettività delle tutele fonda

Il d.lgs. n. 104/2010 si sarebbe, infatti, discostato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁰², orientata, secondo il Giudice delle Leggi, nel senso che i provvedimenti afflittivi della Consob dovessero rientrare nella cognizione del giudice ordinario, in quanto applicati sulla base di criteri - quali la gravità della violazione o l'eventuale recidiva - non riconducibili alla discrezionalità amministrativa¹⁰³.

La Corte Costituzionale sembra, da un lato, avere dato rilievo a passaggi motivazionali delle decisioni della Corte regolatrice sforniti di portata davvero dirimente¹⁰⁴, e, dall'altro, non aver tenuto conto di altre pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, che avevano affermato, con riguardo alle controversie relative alle sanzioni irrogate dal Ministero delle Attività Produttive, su proposta dell'Isvap, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 57 del 2001 - sostanzialmente identiche per natura e funzioni a quelle irrogate dalla Consob - un diverso principio, analogo a quello espresso per le sanzioni dell'Antitrust, basato sull'elemento autoritativo, immanente tanto all'attività di vigilanza quanto a quella sanzionatoria, quale dato decisivo per incardinare la giurisdizione del giudice amministrativo, pur in presenza di diritti soggettivi¹⁰⁵.

un elemento-cardine di ogni tipo di giurisdizione; si veda, al riguardo, F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 395 e ss.

¹⁰² Vengono richiamate, in particolare, le sentenze Cass. S.U. n. 13703/2004, 1992/2003 e 9383/2001.

¹⁰³ La Consulta ha quindi ritenuto affetto da illegittimità costituzionale anche l'art. 4, comma 1, n. 19, dell'All. n. 4, del d.lgs. n. 104/2010, nella parte in cui abroga le disposizioni del d.lgs. n. 58/1998, che attribuiscono alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob, con la conseguente "reviviscenza" di tali norme.

¹⁰⁴ Ciò perché - come osserva G. Grüner, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), p. 394 - nelle sentenze della Suprema Corte citate dalla Consulta la cognizione del giudice amministrativo era stata esclusa non sulla base di argomentazioni volte a enucleare una regola generale che connettesse al carattere vincolato dei provvedimenti sanzionatori la giurisdizione del giudice ordinario - regola enunciata, semmai, come una petizione di principio - bensì mediante il semplice raffronto tra le norme succedutesi nel tempo, costituente la vera *ratio decidendi*. Gli artt. 145 e 146 del d.lgs. n. 58 del 1998, attributivi della giurisdizione sulle sanzioni irrogate dalla Consob al giudice ordinario venivano, infatti, giudicati prevalenti, in quanto norme speciali, sull'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, il quale - nella formulazione introdotta dalla l. n. 205 del 2000 e ripresa poi dall'art. 133, co. 1, lett c) del d.lgs. n. 104/2010 - rimetteva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare. Non si rinvengono maggiori approfondimenti nelle sentenze Cass. SS.UU. n. 13709/2004 e n. 16577/2010, richiamate dalla Corte Cost. 9-15 aprile 2014, n. 94, in merito alla cognizione del giudice ordinario sulle sanzioni della Banca d'Italia; le pronunce in questione fondavano la giurisdizione di quest'ultimo sul raffronto testuale tra l'art. 145 del D.Lgs. n. 385 del 1993 - attributivo della cognizione alle Corti di Appello - e l'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, nella parte in cui assegnava la materia della "vigilanza sul credito" al giudice amministrativo.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. S.U. 2 maggio 2003, n. 6719 e Id., 29 novembre 2007, n. 24816; quest'ultima, in particolare, ravvisa il momento autoritativo nell'accertamento della sussistenza dell'illecito, nell'identificazione dell'autore, nell'applicazione della sanzione e nella determinazione della sua misura "che, pur prestabilita ex lege nel tipo e nei due estremi quantitativi, rimane, non di meno, rimessa, per ciascun caso concreto, all'ampia discrezionalità della P.A."

D'altra parte non si può fare a meno di notare come l'attività di vigilanza e quella sanzionatoria della Consob siano momenti strettamente connessi e integrati¹⁰⁶, attraverso i quali si esplica la funzione amministrativa preordinata alla protezione degli interessi pubblici e privati presenti nel contesto devoluto dal legislatore alle cure di tale Autorità. Con la prima, infatti, si estrinseca un potere finalizzato a presidiare l'osservanza della normativa di settore volta a garantire il buon andamento dei mercati finanziari e la tutela degli investitori; la seconda reprime, con apposite misure, la lesione di tali interessi, qualora essa sia stata accertata in sede di vigilanza. Dall'intreccio tra le due funzioni emerge quell'"*inestricabile nodo gordiano tra diritti soggettivi e interessi legittimi*" che, alla luce della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, vale a fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁷.

Non mancano, del resto, nella sfera di competenza sanzionatoria della Consob, profili di discrezionalità non meramente "tecnica", data l'indefinita latitudine della clausola generale, più volte richiamata nel d.lgs. n. 58/1998, che prescrive la "*trasparenza e correttezza*" dei soggetti sottoposti al controllo; si pensi inoltre alla norma di cui all'art. 196 del decreto in parola, che, con riguardo ai promotori finanziari, disegna una "fattispecie in bianco", costituita dalla violazione di "*norme del presente decreto o le disposizioni generali o particolari emanate dalla Consob in forza di esso*" e al ventaglio di sanzioni applicabili - da quella pecuniaria alla radiazione dall'albo - senza parametri meno generici della "*gravità della violazione*" e della "*eventuale recidiva*".

Neppure è decisivo, il riferimento, spesso evidenziato in giurisprudenza¹⁰⁸, al carattere "vincolato" del provvedimento sanzionatorio¹⁰⁹, al fine di affermare la presenza di un diritto soggettivo e quindi negare la giurisdizione del giudice amministrativo, ove si tenga presente che, come evidenzia Ad. Plen. 24 maggio

¹⁰⁶ La stessa Consulta, con la sentenza n. 49/1999 resa in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, ai sensi del testo unico bancario, evidenziava "*la particolarità della materia, direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria*".

¹⁰⁷ Così M. Fratini, *Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge "sul risparmio"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, 2, pag. 366. Avanzano l'ipotesi che in ambito sanzionatorio possano emergere situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte cost. n. 162/2012*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Clarich%20%20Pisaneschi%20Commento%20a%20Corte%20Cost%20n%20162-2012%20Consob.htm#_ftnref20.

¹⁰⁸ Oltre alla citata sentenza si veda, al riguardo, Cass. S.U. 20934/2009, che reputa, in virtù della natura vincolata delle sanzioni della Consob, applicabile a tali provvedimenti l'art. 21 octies della l.n. 241/1990, richiamandone l'efficacia sanante, con carattere retroattivo, di tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa.

¹⁰⁹ Parte della dottrina (per tutti A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pag. 3 e ss.) ritiene, peraltro, che gli atti vincolati non siano espressione di potere autoritativo, in quanto costituiscono soltanto l'applicazione di una disciplina esterna, e dunque di per sé non dettano unilateralmente disposizioni vincolanti ai fini della cura di un interesse pubblico. Diversamente, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 2005, p.1 ss., rileva come l'atto vincolato, sebbene la disciplina degli interessi sia interamente predefinita dalla legge, è comunque indispensabile ai fini di rendere in concreto tale disciplina giuridicamente cogente.

2007 n. 8, anche l'attività amministrativa vincolata può risultare funzionale alla tutela di un interesse pubblico ed essere, quindi, espressione di un potere parimenti pubblico, al cospetto del quale *“la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”*¹¹⁰.

Particolarmente significative e chiarificatrici in ordine alla corretta ricostruzione dell'attività sanzionatoria delle *Authorities* sono le indicazioni fornite dalla sentenza Cass., sez. un., 9 novembre 2009, n. 23667, ove si qualifica il provvedimento irrogativo della sanzione come espressione della funzione pubblica, in quanto adottato nell'esercizio di un potere di supremazia, nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato non dalla posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema privatistico diritti-doveri, ma da una *“relazione asimmetrica sintetizzata nella formula potere-soggezione”*.

Se dunque è proprio nelle sanzioni amministrative che, con particolare nettezza, si manifesta un potere amministrativo - nel caso di specie restrittivo della sfera giuridica del destinatario - e se l'ordinamento (si vedano, in particolare, l'art. 103 Cost. e art. 7 c.p.a.) attrae nella sfera del giudice amministrativo le questioni in cui tale potere è in gioco, è da ritenersi che proprio a quest'ultimo debba spettare, in via generale, la cognizione in materia di sanzioni¹¹¹. Ciò in coerenza con la giurisprudenza costituzionale che riconosce il *“giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica”*¹¹², nel giudice amministrativo, il cui sindacato non è - né potrebbe essere - sottratto ai principi costituzionali della pienezza della tutela giurisdizionale e del diritto di difesa.

A quest'ultimo proposito si è sostenuta, in materia di sanzioni pecuniarie (ivi incluse quelle irrogate dalle *Authorities*), la maggiore effettività della tutela apprestata dal giudice civile rispetto a quella erogata del giudice amministrativo, ritenendosi che, mentre quest'ultimo si limita a svolgere un controllo di mera legittimità sull'atto, il giudizio di opposizione sui provvedimenti di ordinanza-ingiunzione - che si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689/1981 e dell'art. 6 del d.lgs. n. 150/2011 - atterrebbe non tanto all'impugnazione di un atto amministrativo, bensì, piuttosto, alla verifica della fondatezza della pretesa sanzionatoria, consentendo al giudice di rivisitare l'intera controversia, così da poter accertare direttamente se e come, in concreto, l'illecito sia stato commesso ed eventualmente rideterminare la sanzione¹¹³.

¹¹⁰ Per l' Ad. Plenaria potrà aversi, viceversa, diritto soggettivo quando l'attività di tipo vincolato sia tra quelle ascritte all'Amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato.

¹¹¹ In tal senso, F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.

¹¹² Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 del 2006 e 27 aprile 2007, n. 140.

¹¹³ In tal senso, tra gli altri, M. Ramajoli, *Giurisdizione e sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 ss., che, con un ragionamento riferito all'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma applicabile alle altre *Authorities* i cui provvedimenti rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, evidenzia come nei giudizi

A questi rilievi può obiettarsi come siffatto *modus operandi* trovi applicazione, in realtà, solo per quei provvedimenti sanzionatori che non comportano valutazioni tecniche complesse e che non si caratterizzano per l'opinabilità derivante dall'applicazione di regole desunte da scienze "inesatte", basandosi sull'effettuazione di meri accertamenti, dall'esito tendenzialmente univoco¹¹⁴. Si è inoltre rilevato¹¹⁵ che, quando vengano in rilievo fatti "complessi", non valutabili *de plano* come esistenti o inesistenti senza l'applicazione di conoscenze specialistiche - come spesso accade nel caso degli illeciti sanzionati dalla Banca d'Italia e dalla Consob - anche il sindacato del giudice ordinario finisce per appuntarsi sostanzialmente sulla legittima esplicazione del potere sanzionatorio. Del resto la titolarità di quest'ultimo è intestata dalla legge alle Autorità Indipendenti in parola, e non già alle Corti d'appello¹¹⁶. D'altra parte il giudice amministrativo ha superato, con il tempo, un atteggiamento "deferente", rispetto ai provvedimenti delle *Authorities*¹¹⁷, approdando a un sindacato "*forte, pieno ed effettivo*", connotato

dinnanzi a quest'ultimo difetti all'adeguatezza della tutela la possibilità di un sindacato pieno circa i presupposti applicativi della sanzione, inerenti all'accertamento della concreta esistenza della condotta illecita, vertendo il controllo giudiziale solo sull'atto con cui l'Autorità qualifica i fatti alla luce dei concetti giuridici indeterminati utilizzati dal legislatore.

¹¹⁴ Si vedano, al riguardo, le argomentazioni svolte nella sentenza Cass. SU, 28 gennaio 2010, n. 1786, originata da una controversia in tema di violazioni del codice della strada, nonché nella pronuncia Cass. 23 marzo 2004, n. 5891, riferita a una sanzione pecuniaria per violazione delle norme in materia di affissioni di manifesti di natura politica.

¹¹⁵ Ci si riferisce a M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, cit.

¹¹⁶ Come, infatti, chiarisce esemplarmente la sentenza del Consiglio Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, "*i provvedimenti dell'Autorità antitrust sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, il quale, a differenza del giudice penale o di quanto avviene in sistemi antitrust adottati da altri Stati, non deve assumere una decisione, verificando le tesi dell'accusa e della difesa, ma deve verificare la correttezza della decisione assunta dall'Autorità*".

¹¹⁷ Un orientamento più risalente e maggiormente restrittivo della giurisprudenza amministrativa rilevava come dinnanzi ad una valutazione complessa, funzionale all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, il sindacato del G.A. non potesse che essere estrinseco, ossia inerente ai "classici" vizi di legittimità, ivi incluso l'eccesso di potere nelle varie figure sintomatiche, riconducendosi al merito (insindacabile e riservato all'Amministrazione) la discrezionalità tecnica e potendosi vagliare, tutt'al più, la logicità, congruenza e ragionevolezza dell'atto (così Cons. di Stato sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348). La stessa impostazione era emersa nel corso dei lavori preparatori di quella che sarebbe in seguito divenuta la l. 205 del 2000: era stato, infatti, proposto l'inserimento di una disposizione secondo la quale gli atti delle Autorità avrebbero potuto essere impugnati in sede giudiziale soltanto in caso di "*palese errore di apprezzamento e di manifesta illogicità del provvedimento impugnato*" (DDL AC 5956, approvato in via definitiva dal Senato come AS 2934-B).

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 23 aprile 2002, n. 2199, ha modificato l'orientamento pregresso, partendo dall'individuazione delle peculiarità caratterizzanti il controllo giudiziale esperibile in relazione alle diverse fasi in cui si esplicano le complesse valutazioni tecniche dell'Autorità Indipendente (nel caso di specie si trattava di una sanzione dell'Antitrust). Il momento preliminare dell'accertamento dei fatti può essere sottoposto a riscontro dal giudice, senza particolari limitazioni, mediante l'esame dei mezzi di prova forniti dalle parti; i passaggi relativi alla contestualizzazione della norma contenente i concetti giuridici indeterminati e il raffronto tra i fatti accertati e la norma "contestualizzata" - prodromici all'applicazione delle sanzioni e nei quali si concretizza la discrezionalità tecnica - diventano soggetti a un sindacato intrinseco, ossia a una verifica circa la correttezza del criterio tecnico impiegato e del procedimento applicativo seguito, sulla scia dell'indirizzo inaugurato da Cons. di Stato Sez. IV, n. 601/1999 e in ragione dell'impiegabilità generalizzata, ai sensi della l.n. 205/2000, della consulenza tecnica, quale strumento di ampliamento della conoscenza specialistica del giudice amministrativo, non più limitata alla giurisdizione esclusiva. Si ammette quindi il sindacato sulla stessa analisi

dall'accesso al fatto e alle valutazioni tecniche su cui tali atti si fondano, mediante un controllo intrinseco, effettuabile applicando al caso concreto le regole appartenenti alla scienza specialistica utilizzata dall'Amministrazione - con l'unica preclusione data dall'impossibilità di esercitare direttamente il potere a questa attribuito - in senso conforme a un "*modello comune a livello comunitario*" (così Cons. di Stato sez VI, 20 febbraio 2008, n. 597)¹¹⁸.

Va osservato, a tale proposito, come l'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni delle *Authorities* non presenti in concreto notevoli differenze rispetto a quella del controllo esercitato dagli organi giudiziari europei sugli atti della Commissione. Se da un lato, con particolare riferimento alla materia *Antitrust*, tali organi sono affidatari, ai sensi dell'art. 31 del reg. 1/2003, della "*competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi*" avverso le sanzioni, con la possibilità di "*estinguere, ridurre o aumentare*" queste ultime, non va sottaciuto come la Corte di Giustizia sia recentemente approdata al riesame dei giudizi tecnico-economici contenuti negli atti sottoposti al suo

economica svolta dall'Autorità, sia pure "debole", in quanto non è consentito al giudice di sovrapporre la propria valutazione opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato a quelli impiegati dall'amministrazione.

¹¹⁸ Pone in particolare rilievo questa evoluzione R. Perna, *Full judicial review: Menarini practical experiences and beyond*, in *federalismi.it* n. 14/2013. Non va letta come una "battuta d'arresto" la sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione del 17 marzo 2008, n. 7063, che ha affermato l'impossibilità di un controllo di tipo "forte" su valutazioni tecniche opinabili, con riguardo ai provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust. Più che la questione (in fin dei conti) terminologica circa il carattere "debole" o "forte" del sindacato, pare maggiormente rilevante ed esplicativo, riguardo alle caratteristiche e ai limiti del sindacato giudiziale, quanto ha precisato recentemente Cass. S.U. 20 gennaio 2014, n. 1103, che ribadisce come il giudice amministrativo, con riguardo ai provvedimenti dell'Agcm, possa estendere il proprio controllo anche ai profili tecnici connotati da margini di opinabilità - il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità degli atti in questione - sul piano della "*ragionevolezza, logicità e coerenza*" tecnica, con l'unica preclusione riguardante la sostituzione del proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione. Significativa è, al riguardo, la posizione assunta da Tar Lazio 20 marzo 2014, nn. 3046 e 3047, che ha annullato il provvedimento Antitrust recante il divieto, ex art. 18 della l.n. 287/1990, di esecuzione di una concentrazione tra imprese attive nel settore della distribuzione del gas naturale. La pronuncia ritiene non corretto il criterio di delimitazione del mercato rilevante, identificato dall'Agcm nel regime di monopolio dal lato dell'offerta che, in ognuno degli ambiti territoriali sovracomunali di cui all'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 159/2007 (potenzialmente investiti dagli effetti dell'operazione) si sarebbe realizzato in esito alle gare per la concessione del servizio in questione, che avrebbero interessato in futuro tali ambiti. Il TAR evidenzia, infatti, come questi ultimi, circoscritti a parte del Veneto e del Friuli Venezia Giulia, non costituiscano che una minima quota del mercato nazionale e non presentino particolari profili di specificità rispetto ai "*mercati locali nei quali la domanda appare egualmente distribuibile ad opera dei medesimi operatori presenti sul mercato*". Inoltre, in base all'approfondita analisi dei possibili scenari concorrenziali, la pronuncia ritiene non provato il pregiudizio per la concorrenza richiesto dall'art. 6 della l.n. 287/1990, non risultando dimostrata l'alterazione della struttura del mercato del gas negli ambiti territoriali predetti quale conseguenza diretta della concentrazione vietata dall'Agcm.

Non va parimenti letta come un atteggiamento di *self-restraint* del giudice amministrativo in ordine al controllo sulla discrezionalità tecnica in generale la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 3 febbraio 2014, n. 8, secondo la quale è effettuabile un "*sindacato esterno*" - sotto il profilo dell'eccesso di potere "*per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà*" - sulla valutazione della stazione appaltante in ordine all'anomalia delle offerte presentate dai partecipanti a una gara. Nel caso deciso dal Supremo Consesso Amministrativo, infatti, non erano state proposte dal ricorrente, per quanto attiene alla plausibilità dei criteri valutativi ovvero alla loro applicazione, quelle specifiche censure, la cui presentazione è la condizione per aprire la via al sindacato intrinseco del giudice amministrativo, ammesso sulla questione da giurisprudenza ormai ampiamente consolidata (*ex plurimis* Cons. di Stato, Sez. III, n. 4711/2013; Id. Sez. III n. 249/2012 e Sez. V n. 1464/2011).

scrutinio e a riscontrarvi errori di apprezzamento tali da determinarne l'annullamento¹¹⁹ - laddove in passato si limitava, per lo più, a verificare il “rispetto delle norme procedurali”, la “sufficienza della motivazione”, lo “sviamento di potere”, l’“esattezza materiale dei fatti”¹²⁰ - in ogni caso negando - con una posizione simile alla giurisprudenza italiana - di poter sostituire le proprie valutazioni a quelle della Commissione¹²¹. Lo stesso organo supremo di giustizia comunitaria ha escluso che sia imposto agli Stati membri un determinato *standard* di incisività del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni e, in particolare, un sindacato di tipo sostitutivo¹²².

Va poi considerato che il riconoscimento espresso, *ex art.* 134, lett. c) del d.lgs. n. 104/2010, di un sindacato di merito in ordine alla sanzione pecuniaria, che consente al giudice amministrativo di rideterminarne direttamente la misura - se questa sia fondata su presupposti di fatto errati, ovvero risulti incongrua, iniqua o sproporzionata rispetto ai parametri di cui all'art. 15 della legge n. 287/1990 e all'art. 11 della legge n. 681/1981¹²³ - era già stato “anticipato” dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹²⁴, valorizzando non soltanto la compatibilità tra l'art. 23 della legge n. 689/1981 (ora art. 6 del d.lgs. n.150/2011, il cui comma 12 contiene un'indicazione espressa al riguardo) e la disciplina dettata dalla legge n. 287/1990, ma anche la coerenza con l'evoluzione del diritto comunitario, tenuto conto, in

¹¹⁹ In tal senso si veda sentenza Corte Giust. 15 febbraio 2005, C-12/03, *Tetra Laval BV c. Commissione*.

¹²⁰ Si vedano al riguardo C. Giustizia 11 luglio 1985, c. 42/84, *Remia c. Commissione*, punto 34, e le osservazioni di R. Chieppa, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. Cirillo e R. Chieppa (a cura di) *Le autorità amministrative indipendenti* - Padova (2010), pag. 68.

¹²¹ Così C. Giust. 15 giugno 1993, C-225/91, *Matra SA c. Commissione*, che ai punti 23 e 24 nega il sindacato giurisdizionale sostitutivo in ragione dell'ampio potere discrezionale della Commissione, “*il cui esercizio implica valutazioni di carattere economico e sociale*”.

¹²² C. di Giust. 21 gennaio 1999, C-120/97, *Upjohn Ltd c. Licensing Authority*, pronunciatisi su un rinvio pregiudiziale, ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario un rimedio giurisdizionale inglese che non consente al giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle delle autorità nazionali competenti in materia di revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio di medicinali.

¹²³ Nel definire, rispettivamente, i limiti edittali del potere sanzionatorio e i criteri che devono guidarne l'applicazione e la concreta determinazione, le norme in questione lasciano all'Agcm un'ampia discrezionalità, che “esige” e giustifica un controllo giudiziale pieno. e Ulteriori criteri di quantificazione degli importi sono utilizzati dall'*Authority*, a integrazione dei parametri normativi, facendo riferimento alla Comunicazione 2006/C 210/02 della Commissione UE «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003» - che sostituisce le precedenti linee-guida del 1998, per i procedimenti in cui la comunicazione degli addebiti sia stata notificata dopo il 1° settembre 2006 - , in base alla quale la gravità dell'illecito va desunta, principalmente, da caratteristiche oggettive (natura, impatto, mercato rilevante) e la sanzione viene commisurata, di regola, a una quota del volume delle vendite, proporzionale all'entità dell'infrazione, da moltiplicarsi per il numero degli anni in cui questa viene in essere. Si è segnalato (E.L. Camilli, *Le sanzioni nella transizione verso la liberalizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 11, p. 1183) come la giurisprudenza nazionale, pur accogliendo con favore - in un'ottica di trasparenza nell'esercizio del potere sanzionatorio - la prassi dell'Agcm di integrare nelle proprie decisioni i criteri legislativi di cui alle leggi n. 287/1990 e n. 689/1981 con i parametri della Commissione, non sempre si sia allineata a questa impostazione. Nel caso affrontato nella sentenza 20 dicembre 2010, n. 9306, infatti, il Consiglio di Stato ha riqualificato la gravità della violazione - e, di conseguenza, rideterminato la sanzione - non tanto sulla base dei criteri oggettivi indicati dalle linee-guida comunitarie del 1998 (*ratione temporis* applicabili dall'Autorità Garante), quanto piuttosto alla luce delle peculiarità dell'elemento soggettivo (ossia sulla natura colposa, anziché dolosa, della condotta), che per la Commissione operano quali circostanze attenuanti, ma non ai fini della quantificazione della sanzione-base.

¹²⁴ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

particolare, del citato art. 31 del reg. CE n. 1/2003, che analogo potere attribuisce alla Corte di Giustizia. In tal modo si è attuata una convergenza tra le modalità di controllo giurisdizionale sugli atti delle *Authorities* tra l'ordinamento interno e quello comunitario¹²⁵.

Oltre che coerente con il diritto comunitario, il controllo giurisdizionale del giudice amministrativo italiano sugli atti sanzionatori delle Autorità Indipendenti si è dimostrato, alla prova dei fatti, compatibile anche con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e in particolare con le garanzie difensive richieste dall'art. 6, par. 1, secondo cui ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata da un tribunale "*chiamato a pronunciarsi [...] sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*".

La Corte di Strasburgo con un'importante pronuncia¹²⁶, muovendo dal presupposto della natura sostanzialmente penale della sanzione pecuniaria inflitta dall'Antitrust italiana¹²⁷ a un'impresa partecipante a un'intesa anticoncorrenziale, nonché dalla necessità di verificare se il giudice amministrativo nazionale avesse svolto un controllo effettivo sulla corretta applicazione della misura in esame, ha risposto positivamente alla questione.

Ciò in quanto, ad avviso della Corte, i giudici amministrativi italiani, sia in primo grado che in appello, avevano esaminato gli elementi di prova raccolti dall'Autorità e verificato "*se l'amministrazione avesse fatto un uso appropriato dei suoi poteri*" discrezionali, "*in relazione alle particolari circostanze del caso*", nonché controllato "*le valutazioni di ordine tecnico*", pur non potendo "*sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente*", se non nell'eventuale rideterminazione della sanzione, di cui era stata comunque rilevata l'adeguatezza e la proporzionalità.

A tale *modus operandi* si è attenuto il Consiglio di Stato che, nella sentenza intorno alla quale sono state svolte le presenti riflessioni, ha ripercorso l'*iter* argomentativo dell'Autorità Antitrust e l'impiego da questa effettuata dei concetti giuridici indeterminati inerenti al caso specifico (dall'individuazione del mercato rilevante, alla posizione dominante, allo sfruttamento abusivo della stessa), ravvisandone

¹²⁵ Va segnalato, peraltro, che diversamente dal giudice comunitario, che ha anche provveduto all'aumento della sanzione (Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, T-101/05, cause riunite T-101/05 e T-111/05, *Basf c. Commissione*), non si sono sinora registrate pronunce in tal senso sul versante nazionale: in un caso il TAR Lazio (Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12139) si è limitato a rilevare la "*singolare tenuità affittiva*" del trattamento sanzionatorio, senza tuttavia rideterminarlo *in peius*.

¹²⁶ Il riferimento è al caso *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, sentenza del 27 settembre 2011 (ricorso n. 43509/08).

¹²⁷ Ciò in ragione della finalità repressiva - in quanto era volta a perseguire una irregolarità - e preventiva - poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dalla reiterazione della condotta - della sanzione, nonché in ragione dell'ingente ammontare della stessa (circa sei milioni di euro). Come segnala A. Basilico, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni Antitrust e l'art. 6 CEDU*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/il-controllo-del-giudice-amministrativo-sulle-sanzioni-antitrust-e-l-art-6-cedu>, la qualificazione come "pene", ai sensi della Convenzione, delle sanzioni pecuniarie inflitte da un'Autorità Indipendente corrisponde a un indirizzo consolidato della Corte Europea. Per un esempio recente si pensi alla pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, Ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, riguardante sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob: l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti è stato ritenuto in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU.

l'attendibilità e la "tenuta" pur a fronte delle deduzioni dell'appellante, anche sulla scorta degli elementi fattuali emersi dall'istruttoria dell'Autorità, quali l'intromissione nelle trattative avviate dal concorrente per l'acquisto di aree occorrenti al nuovo insediamento e l'acquisizione di riserve di materia prima esorbitanti rispetto alle reali necessità. Anche il giudizio sulla congruità della sanzione si è basato su dati specifici, quali le cospicue risorse economiche dell'impresa sanzionata e la gravità dei fatti addebitati, implicanti, tra l'altro, l'uso distorto dello strumento processuale - tramite soggetti apparentemente "terzi" - e il forte incremento del valore di mercato dei terreni contesi al nuovo competitore.

La puntualità argomentativa che connota la decisione dovrebbe indurre a riflettere circa la (asserita) incompiutezza del sindacato del giudice amministrativo, che, come è in grado di arginare, grazie alla consolidata elaborazione dell'eccesso di potere, lo sviamento dell'attività amministrativa dalla sua causa tipica, ben può valutare, grazie a una *forma mentis* ampiamente affinata, se le condotte dei soggetti privati trascendano o deviano dai fini per i quali l'ordinamento attribuisce loro determinati diritti.

L'elemento di criticità è dato, piuttosto, dal grado di indeterminatezza delle norme e dall'ampiezza dello spazio lasciato dal legislatore a nozioni metagiuridiche - afferenti alla teoria economica o ad altre scienze "inesatte" - e dalla connessa opinabilità delle soluzioni applicative, che le amministrazioni sono chiamate ad adottare - e il giudice a controllare -, con i rischi che tutto ciò comporta per i consociati, ivi inclusi gli operatori economici, in merito alla prevedibilità delle conseguenze che potrebbero derivare dalle loro condotte.

Resta, per converso, integro - e, anzi, rafforzato dalla pronuncia del Consiglio di Stato - il principio in base al quale la libertà d'iniziativa economica, pur garantita dall'art. 41 Cost., non può esplicarsi in danno dell'altrui libertà d'impresa¹²⁸, pregiudicando il valore della concorrenza, riconosciuto e protetto anche dal diritto eurounitario¹²⁹. Di conseguenza neppure l'utilizzo degli strumenti offerti dall'ordinamento per la tutela - anche processuale - della libertà d'impresa può (né deve) strumentalmente trasformarsi "*in una barriera all'entrata sul mercato, facendo in modo cioè che l'aspirante competitore debba sottostare all'aggressione giurisdizionale dell'oligopolista*"¹³⁰. Ciò anche - e a maggior ragione - nell'ipotesi in cui

¹²⁸ La Corte Costituzionale, con sent. 9 marzo 2007, n. 64 riconduce esplicitamente all'art. 41 Cost. il fondamento giuridico della libertà di concorrenza; il giudice delle leggi, peraltro, già nella sent. 16 dicembre 1982, n. 223, osservava che "*la libertà di concorrenza tra imprese (...) integra la libertà d'iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*". Secondo a A. Brancasi, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, p. 211, la concorrenza costituisce la condizione "*affinché la libertà d'iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale*" e, perciò, troverebbe riconoscimento nel secondo comma - piuttosto che nel primo - dell'art. 41 Cost.

¹²⁹ L'art. 119 TFUE sancisce "*il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*", cui deve informarsi tanto la politica economica dell'Unione Europea e degli Stati membri (si veda in proposito la disciplina degli aiuti di Stato ex artt. 107-109) quanto la condotta degli stessi attori del mercato (giusta gli art. 101, 102 e 106 TFUE).

¹³⁰ Così, testualmente, TAR Bari, 11 marzo 2004, n. 1205, che sottolinea come l'operatore economico che impugni il provvedimento autorizzativo all'attività commerciale rilasciato a un nuovo competitore "*non possa farlo a scopo emulativo, o di puro intralcio, solo*

dall'approfondita disamina delle peculiarità del caso concreto, emerga che questo risultato sia stato perseguito attraverso l'instaurazione "abusiva" di procedimenti giudiziari, sia pure per il tramite di soggetti terzi, estranei alla dialettica concorrenziale con gli altri attori del mercato.

indirettamente connesso ad un intento (anti) concorrenziale" e "debba provare immancabilmente l'utilità, patrimoniale o non, legata all'annullamento dell'altrui autorizzazione commerciale", a pena dell'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse ad agire. Alla stessa logica accede specularmente Cons. Stato, Sez. IV, 8 marzo 2011, n. 1423, che ritiene sussistente l'interesse ad impugnare il titolo edilizio inerente a un nuovo insediamento produttivo quando, dall'esame del caso specifico (distanze, dimensioni e caratteristiche dei prodotti offerti e dell'attività svolta), risulti che esso sia idoneo ad introdurre elementi di squilibrio nel tessuto commerciale della zona in cui il ricorrente abbia già acquisito legittimamente una posizione di mercato. Alla medesima prospettiva aderisce la sentenza 24 agosto 2012, n. 977, con la quale il Tar Piemonte rileva l'inammissibilità di un ricorso proposto dal titolare di un impianto di distribuzione di carburante avverso i provvedimenti con cui la p.a. aveva accordato, per un periodo superiore a quello normativamente stabilito, al gestore di un altro impianto situato nelle vicinanze - cui nel frattempo era subentrato un nuovo operatore - la sospensione dell'attività di quest'ultimo. L'impugnazione, finalizzata non già alla riapertura dell'impianto limitrofo, bensì all'opposto esito della sua chiusura definitiva, invocando la sussistenza dei presupposti previsti per la revoca dell'autorizzazione alla distribuzione di carburanti, viene dichiarata inammissibile, in quanto orientata a sollecitare "un esercizio di potere da parte dell'amministrazione distorto rispetto alla causa del medesimo". Tanto in base alla considerazione che il ricorso risultava basato su un interesse anti-concorrenziale, mirante a rendere definitiva la limitazione della concorrenza - di cui il ricorrente aveva sino ad allora beneficiato grazie alla chiusura prolungata dell'impianto concorrente - in antitesi rispetto alla ratio pro-competitiva della disciplina invocata, diretta ad impedire l'inattività degli impianti per un tempo eccessivamente lungo, in modo che sia garantita l'offerta concorrenziale sul mercato. La tesi dell'intento anti-competitivo viene corroborata dal giudice (non diversamente dalla sentenza del Consiglio di Stato in commento) con un dato fattuale sintomatico, emerso dagli atti di causa: l'esistenza di accordi di fornitura che legavano al precedente gestore dell'impianto il ricorrente, in virtù dei quali quest'ultimo aveva "ampiamente contribuito... a rendere impraticabile una proficua prosecuzione di gestione da parte del vecchio titolare", ponendosi, in tal modo, come una delle cause della prolungata chiusura.