

Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela (*).

1. Premessa introduttiva. – 2. L'evoluzione del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti. – 3. La ricostruzione in termini di diritto soggettivo della situazione soggettiva interessata dalle decisioni dell'AGCM e conseguenti riflessi sul limite del sindacato giurisdizionale. – 4. Recenti (ma non decisive) evoluzioni giurisprudenziali. – 5. Provvedimenti sanzionatori dell'AGCM e funzione proconcorrenziale. – 6. L'effettività della tutela secondo la Corte di Giustizia: una soluzione (non solo) processuale.

1. Premessa introduttiva.

Sul tema delle autorità amministrative indipendenti si è scritto e si è detto molto¹, sin dall'introduzione dell'Autorità Garante della

(*) il presente lavoro riprende la relazione tenuta dal Prof. Franco Gaetano Scoca ed è stato rielaborato dal dott. Filippo Degni. In particolare, si deve al Prof. Scoca la redazione dei paragrafi, 1,3 e 5; il dott. Degni si è occupato dei paragrafi, 2, 4 e 6.

¹ La bibliografia in materia è praticamente sterminata, sia per varietà e natura dei contributi e degli indirizzi che si sono succeduti nel tempo. Senza pretese di completezza, quindi, se ne segnalano alcuni fra quelli più importanti degli ultimi quindici anni, oltre a quelli che verranno più approfonditamente esaminati nel prosieguo in quanto più attinenti agli specifici profili oggetto dell'indagine.

Nella prospettiva dianzi accennata, si vedano, *ex pluribus*, A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 232 ss; R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991; N. LONGOBARDI, *Le Amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, p. 173 ss.; F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; A. FRIGNANI e R. PARDOLESI, *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 287/90*, Roma, 1993; M. CLARICH e I. MARRONE, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1995; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997; G. VESPERINI e G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; E. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale dell'Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 999 ss; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI, BOLOGNA, 2000; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, BOLOGNA, 2000; G. ROSSI, *Governo, magistratura, autorità garante: tre diverse filosofie dell'antitrust* in *Riv. società*, 2000, p. 108 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001; G. TESAURO e M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 2002, 112 ss; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 249 ss.; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347 ss.; N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, Torino, 2005; A. PERA,

Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel 1990, tralasciando le singole elaborazioni su altri organismi istituzionali, più risalenti, ma anche più settoriali, come la Banca d'Italia, l'ISVAP o la CONSOB, passando poi al periodo del c.d. "erompere delle Autorità amministrative indipendenti", come efficacemente illustrato da Predieri, nel più ampio (ed accidentato) processo di privatizzazione e (non sempre) liberalizzazione di soggetti e settori economici fortemente influenzati dalla presenza pubblica; per approdare, in tempi più recenti, alla suddivisione tra autorità (e funzioni) neutrali e di regolazione, cui è sotteso un più approfondito dibattito sul carattere amministrativo della funzione di cui le autorità sono investite.

L'ampiezza delle questioni problematiche connesse al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti (AAI), sia in relazione alla loro struttura, sia con riferimento ai poteri esercitati, sia, infine, in merito ai limiti alla sindacabilità delle loro decisioni impedisce una trattazione esauriente in una sede limitata come questa.

D'altra parte, ormai la dottrina (e la giurisprudenza) sembrano essere approdate ad alcuni punti fermi che sono sicuramente condivisibili e sui cui, di conseguenza, non vale la pena di soffermarsi se non per trarre spunto per ulteriori riflessioni.

E, in effetti, il dibattito intorno alle AAI intercetta alcuni temi (e problematiche) più ampi(e) del diritto amministrativo, sostanziale e processuale (si pensi alle questioni di rilievo organizzativo, nonché alle questioni relative alla discrezionalità ed al sindacato su di essa esercitabile), così da aver relegato in secondo piano un aspetto non trascurabile, soprattutto in considerazione dell'attuale evoluzione della giurisprudenza, ossia la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella funzione neutrale esercitata dalle AAI (e, principalmente, dalla AGCM).

La circostanza che il legislatore, per recidere in modo indolore il nodo della qualificazione della posizione dei destinatari dei provvedimenti dell'AGCM avesse attribuito alla giurisdizione esclusiva del G.A. la cognizione dei provvedimenti adottati dall'Autorità, infatti, aveva privato di interesse pratico la questione.

La (tumultuosa) evoluzione del fenomeno delle AAI e, in particolare, la progressiva estensione delle loro sfere d'intervento, tuttavia, sembra rendere urgente una chiarificazione di tale aspetto, non tanto per ragioni teorico-sistematiche, quanto per le necessarie ricadute pratiche che discenderebbero dalla risposta a tale interrogativo di fondo.

Concorrenza e antitrust, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; E. FERRARI, M. RAMAJOLI e M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Atti del convegno di Milano del maggio 2005, Torino, 2006; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2006.

Più precisamente, discutendo del limite di cognizione consentito al Giudice Amministrativo quando conosce di controversie (e della discrezionalità esercitata nei relativi provvedimenti) in materia *antitrust*, pare, anche alla luce di alcuni concetti ormai pacificamente accettati, necessario definire, a monte, la situazione giuridica su cui intervengono le AAI, per far discendere da ciò le necessarie conclusioni in merito all'esistenza di un potere e di uno spazio di discrezionalità non sindacabile, nonché delle regole secondo cui il contraddittorio (processuale ma, ancor prima, procedimentale) deve essere condotto.

Il percorso che s'intende seguire, dunque, inizia da una sintetica rievocazione del processo di differenziazione delle AAI, in modo da creare le premesse per analizzare alcune decisioni del Consiglio di Stato, particolarmente interessati per la delimitazione del sindacato sui provvedimenti dell'AGCM; si concentra, poi, nella ricostruzione della situazione del privato quale diritto soggettivo, tutelato o sanzionato dall'AGCM, anche attraverso il confronto con la giurisprudenza più recente. Si conclude, infine, con un breve accenno alle problematiche connesse al tema della regolazione c.d. "proconcorrenziale", riletto alla luce di una recente sentenza della Corte di Giustizia.

2. *L'evoluzione del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti.*

E' un dato ormai largamente acquisito che la nascita, e soprattutto la proliferazione, delle AAI sia un fenomeno complesso, tale per cui risulterebbe riduttivo e fuorviante ricondurlo ad un'unica matrice ideologica.

Sebbene sia possibile, infatti, evidenziare come i maggiori impulsi per un'affermazione di tale sistema provengano indubbiamente dal settore economico e finanziario, la successiva estensione dell'ambito di operatività delle autorità amministrative indipendenti a settori molto diversi ha sollecitato nella dottrina dei primi anni Novanta l'esigenza di allargare i termini del dibattito.

E così, almeno inizialmente, la ricerca della natura delle AAI si è intrecciata con i temi della riforma dell'apparato amministrativo tradizionale, come si ricava dagli studi che, nel corso di quegli anni si ricava dagli studi che nel corso dei primi anni Novanta hanno analizzato il fenomeno e si sono preoccupati di (tentare di) sistematizzare, o, se si vuole, omogeneizzare le diverse autorità istituite.

Come ricordava uno dei primi ed indimenticati studiosi del fenomeno delle AAI, lo Stato ha perduto la propria “unitarietà”², frazionandosi in un numero sempre crescente di soggetti, costituenti la pubblica Amministrazione e, perseguendo un arco sempre più ampio di interessi, anche in conflitto fra loro, si è trasformato in un soggetto multifunzionale e multiorganizzativo³.

Di qui, si sarebbe avviato il processo che ha portato all'introduzione delle AAI, percepite dal legislatore come un'innovativa formula organizzatoria per la regolazione dell'attività amministrativa, particolarmente indicata in certi settori che è opportuno preservare da condizionamenti provenienti dagli apparati amministrativi, nonché dai gruppi sociali dominanti⁴.

Secondo altri⁵, le AAI avrebbero costituito l'indice dell'inequivocabile crisi che affligge il modello tradizionale di pubblica Amministrazione, mentre la loro progressiva affermazione nel nostro ordinamento dovrebbe essere considerata come lo strumento indispensabile attraverso il quale si realizza un reale cambiamento della pubblica Amministrazione, evidenziando anche il legame esistente tra le AAI, come nuova forma di regolazione sotto il profilo istituzionale, ed il processo di privatizzazione che ha investito il Paese negli anni Novanta⁶.

All'origine delle AAI vi sarebbe stata, quindi, l'esigenza, di “neutralizzazione del settore, di scorporo dello stesso dalla linea e dagli apparati della vita amministrativa, in ragione, certo, della tecnicità della materia, ma anche di sue particolari caratteristiche ed implicazioni politiche, le quali richiedono strutture dotate di indipendenza in funzione di garanzia, oltre che di efficienza”⁷.

Va da sé che, ricorrendo alle amministrazioni indipendenti per settori dell'ordinamento assai diversi tra loro, si è finito per considerarle una sorta panacea per i mali dell'apparato burocratico statale, a scapito

² Cfr. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, II, 1997, p. 350.

³ Cfr. S. PIAZZA, *Tra regolazione degli interessi e garanzia dei diritti. Per una ricostruzione dei modelli di autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 12, 1999, p. 1164.

⁴ In questo senso, G.M. REY, nel suo intervento al Convegno di Firenze del 16 febbraio 1996, contenuto in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, I, 1997, p. 326 e ss.

⁵ Cfr. A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rivista Trimestrale di diritto amministrativo*, n. 1, 1994, p. 92, e V. PEDACI, *Riforma della pubblica Amministrazione ed autorità amministrative indipendenti: soluzione o nuovo mito?*, in *I TAR*, II, 1996, p. 45.

⁶ Vedi C. LOMBARDI, *Authorities e poteri neutrali*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 1995 p. 422 e ss.

⁷ Cfr. M. NIGRO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'Isvap*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, p. 1044.

dell'omogeneità dell'istituto e della sua compatibilità con l'ordinamento costituzionale.

Tuttavia, non sembra inopportuno notare come il concetto di “neutralità” fosse avvertito fin dall'inizio come un elemento coesistente alla struttura ed alla funzione delle AAI.

E' appena il caso di ricordare, infatti, che uno dei profili che ha da subito attratto (e diviso) la dottrina è stata la questione relativa all'indipendenza delle Autorità, a volte definite “indipendenti”, altre volte “amministrative indipendenti”, complice anche la mancanza di chiari riferimenti di ordine legislativo che ha influito notevolmente su quella “confusione di idee e di concetti”⁸ tale, per cui gli Autori che si sono accostati alla materia, pur utilizzando gli stessi termini, ne hanno ricavato significato assai diversi.

Il dibattito, quindi, si è necessariamente concentrato sul significato da attribuire alla c.d. “indipendenza” di tali organismi.

Nella fase iniziale di studio riscosse ampi consensi in dottrina l'accostamento tra l'indipendenza delle AAI e l'indipendenza dell'ordinamento giudiziario, come testimoniava quella interpretazione che, attraverso tale accostamento ha portato ad una lettura delle autorità come poteri garantiti, avvalorata anche da riscontri legislativi⁹.

Parallelamente, si faceva strada anche l'idea per cui le amministrazioni indipendenti sarebbero state caratterizzate non dal perseguimento d'interessi “propri”, dei quali esse stesse fossero titolari, ma dalla finalità garantire imparzialmente gli interessi dei cittadini, assumendo un ruolo *super partes*, assimilabile a quello del giudice, ossia di neutralizzazione (e non di mera imparzialità, secondo una differenziazione dei concetti di cui si dirà appresso).

A tal proposito, Sabino Cassese ha coniato la definizione di “Autorità amministrative indipendenti di prima generazione”, da contrapporre alle autorità amministrative indipendenti di “seconda generazione”¹⁰, che sarebbero caratterizzate principalmente dall'essere preposte a compiti di amministrazione attiva.

In particolare, vi sarebbero, in alcuni casi, organismi in cui l'indipendenza si esprime sotto forma di un rapporto con gli organi di

⁸ Cfr. F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1997, p. 639.

⁹ Non è un caso, infatti, che una delle opere più complete in materia, curata da due illustri Autori sia intitolata *I garanti delle regole* (a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI), Bologna, Il Mulino, 1996.

¹⁰ L'espressione è desumibile *a contrario* da S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra statali*, in *Foro it.*, V, 1996, p. 7.

Governo sottratto ad ogni ingerenza: ciò, perché le AAI non sono enti esponenziali di interessi propri, ma soggetti arbitratori.

Per altri organismi, invece, l'indipendenza sussiste solo sul piano organizzativo, di modo che la funzione prevalente resta quella di regolamentazione degli interessi pubblici in settori socialmente rilevanti e delicati, configurando comunque una forma di amministrazione attiva, eventualmente esercitata anche attraverso atti consensuali.

Si veniva così ad enucleare il confronto tra i due concetti dell'imparzialità e della indipendenza (o, se si vuole, della neutralità): con riferimento alla prima, si osservava che l'Amministrazione pubblica è obbligata a perseguire il benessere sociale collettivo, senza operare distinzioni nei confronti di categorie di soggetti omogenee; circa la neutralità, si assumeva che fosse una funzione dall'elevato contenuto tecnico, aliena da giudizi di valore, non vincolata ad obiettivi individuati secondo i tradizionali canoni della comparazione tra interessi pubblici primari, secondari e privati.

D'altra parte, ci si rendeva anche conto di come solo la nozione neutralità ben si conciliasse con la sottrazione al controllo politico del Governo, espressione costituzionale del principio di perseguimento dell'interesse pubblico dell'apparato amministrativo.

Ed invero, la stessa Corte Costituzionale nella sentenza 7 novembre 1995, n. 482¹¹ affermava "l'esigenza di avere un'Autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'Esecutivo ed agli organi di ogni Amministrazione" le cui "attribuzioni ... non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo".

Comprensibilmente, si diffondeva allora la convinzione che fosse impossibile ricostruire unitariamente il fenomeno delle AAI e, ciò, a causa della presenza di una pluralità di organismi che, al di là di una superficiale somiglianza, celano profonde differenze fra loro, sia sotto il profilo delle funzioni esercitate, sia sotto il profilo del rapporto con l'apparato amministrativo.

Si consideri, infatti, che, a partire dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, con la quale il legislatore, oltre all'autorità per l'energia elettrica e per il gas, intendeva porre delle regole generali in tema di autorità amministrative indipendenti (cui seguiva, poi, l'istituzione della Autorità garante delle telecomunicazioni con legge 31 luglio 1997, n. 249), si è assistito, in realtà, alla creazione delle c.d. autorità di regolazione, ossia di

¹¹ Pubblicata in *Giur. cost.*, 1996, I, p. 4121 ss.

organismi investiti di un vero e proprio potere discrezionale e, quindi, di funzioni di amministrazione attiva collegate con il potere esecutivo.

In altri termini, alle autorità di regolazione venivano affidati soltanto compiti ascrivibili in senso lato al controllo, in settori in cui occorre intervenire con elevate competenze tecniche da esercitare attraverso atti tipicamente autoritativi, come, ad esempio, le concessioni.

Si è così iniziata a prospettare la suddivisione (non tanto delle autorità quanto piuttosto) delle tipologie di funzioni delle AAI, tra quelle di tipo quasi-giurisdizionale (ossia neutrali) e quelle di regolazione (ovvero amministrative) ad alto contenuto tecnico¹².

Le autorità di regolazione svolgono funzioni che non si discostano, nella sostanza, da quelle amministrative tradizionali, caratterizzandosi piuttosto per l'essere esercitate da organismi dotati di particolare competenza tecnica ed elevata indipendenza di giudizio; si tratta, quindi, sempre di funzioni che rientrano a pieno titolo nell'attività amministrativa, di cui, però, viene esaltato il profilo dell'imparzialità.

E' notevole la differenza rispetto a quando le funzioni ed i poteri sono conferiti ad organismi perché assumano il ruolo di arbitro e di garante delle norme poste a tutela di situazioni soggettive private particolarmente "sensibili".

Quest'ultima definizione coincide con l'oggetto istituzionale dell'AGCM: la tutela della concorrenza e del mercato, infatti, si estrinseca nell'applicazione dei precetti contenuti nella legge 10 ottobre 1990, n. 287. Così, da un lato, si è voluto evitare che la tutela del mercato fosse lasciata all'iniziativa del singolo; dall'altro, si è inteso sottrarre tale compito a poteri di indirizzo politico-economico, con il risultato di collocare l'Autorità in posizione di assoluta terzietà rispetto ad ogni altro soggetto dell'ordinamento.

In questo modo s'inizia a delineare chiaramente la peculiare natura dell'AGCM: l'*Antitrust* non contempera diversi interessi, primari e secondari, in determinazioni adottate nell'interesse pubblico, ma applica concretamente la legge nella decisione della singola fattispecie, attraverso l'interpretazione dei precetti (ad elevato tasso tecnico) indicati nella norme di riferimento.

Da qui la considerazione che l'Autorità svolge una funzione neutrale di garanzia, tale per cui la sua indipendenza non può restringersi ai soli criteri di nomina dei componenti; anzi, proprio la natura della funzione predica l'esclusione di ogni forma di interferenza di altre

¹² Cfr., in questo senso, C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole cit.*, p. 39 e ss..

amministrazioni, attraverso atti d'indirizzo e coordinamento. La l. n. 287 del 1990, dunque, ha previsto un modello di organismo indipendente il più possibile aderente al prototipo originario di matrice anglosassone¹³.

Anticipando per un momento le riflessioni che saranno sviluppate in seguito, si può ben affermare che la prospettata funzione dell'AGCM non consiste nell'esercizio di un potere discrezionale autoritativo, ma rinvia ad un'attività interpretativa delle norme (o, meglio, dei loro concetti giuridici indeterminati) che non si allontana molto dai sillogismi applicati dal giudice.

Prima di concludere la breve sintesi sull'evoluzione delle AAI e, dell'AGCM in particolare, non si può fare a meno di ricordare il più ampio contesto storico e normativo entro cui il descritto fenomeno s'inscrive, dominato dall'influenza delle politiche e dei principi di provenienza comunitaria¹⁴.

In particolare, il progressivo espandersi del(ricorso al)le AAI viene comunemente imputato anche alla liberalizzazione (e privatizzazione) di ampi settori dell'economia nazionale. Sin dagli anni Novanta, infatti, la funzione dello Stato nell'economia è stata oggetto di un radicale ripensamento nel senso della riduzione di una presenza diretta (per il tramite delle imprese pubbliche), a favore di altri strumenti di intervento (indiretto) come, appunto, l'introduzione delle AAI.

Il processo di privatizzazione, coesistente alla liberalizzazione, presuppone, anzi tutto, la ritrazione dell'Amministrazione da alcuni settori, la cui "gestione" è affidata al privato o, nel caso delle attività

¹³ Va osservato, sia pure solo incidentalmente, che tale dato appare spesso sottovalutato: al contrario, come sottolineato da M. LIBERTINI, nel suo intervento alla Giornata di studio promossa in data 30 ottobre 2006 dalla Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sul tema *Promozione e tutela della concorrenza: le novità del "pacchetto Bersani"*, le funzioni degli organismi *Antitrust* rimandano a due esperienze giuridiche assai diverse tra loro.

Vi sono, infatti, da un lato, gli organismi di origine anglosassone, che esercitano una funzione neutrale di tutela dei diritti tutelati dalla legislazione *antitrust* attraverso l'esercizio di incisivi poteri sanzionatori; nel diritto comunitario, invece, la Commissione esercita una funzione di tutela della concorrenza non disgiunta da una visione regolatoria del mercato. Tale significativa differenza, d'altra parte, si riflette anche sulla natura del soggetto preposto alla funzione *antitrust*, dato che gli organismi anglosassoni sono rigidamente neutrali, mentre la Commissione è un vero e proprio organo amministrativo, titolare di discrezionalità e di una visione "politica" del mercato. Per converso, nella nostra esperienza giuridica nazionale, non è ancora chiara quale sia la matrice di riferimento dell'AGCM, oscillante tra i due modelli storici di riferimento, senza che né il legislatore, né la dottrina abbiano affrontato *funditus* la questione.

¹⁴ Cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti, ne I garanti delle regole cit.*, p. 65-66.

economiche, al mercato. L'avvento del c.d. "Stato regolatore"¹⁵ comporta una rilevante trasformazione della funzione amministrativa: se un settore viene privatizzato (in senso pieno e sostanziale) non è più predicabile l'esistenza di interessi la cui titolarità è attribuita a soggetti pubblici, ma, semmai, sarà possibile costruire l'insieme di tali interessi come appartenenti direttamente all'intera comunità.

La collocazione di organismi preposti al controllo del mercato, ad esempio, non avverrebbe più nello Stato-persona, bensì nello Stato-comunità¹⁶, in una posizione di terzietà, propedeutica e necessaria a garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi, generali o settoriali o particolari.

Il tramonto del mercato amministrato, sulla base di questo nuovo modo di concepire i pubblici poteri, implica il venir meno dei corrispondenti poteri amministrativi tradizionali di direzione di ogni settore, e quindi anche quelli d'indirizzo e controllo, spettanti in ultima analisi al Governo. La scomparsa dei descritti interessi pubblici nei settori liberalizzati determina anche l'assoluta parità degli altri interessi compresenti; da qui il carattere arbitrario dei nuovi poteri pubblici, che non potranno più essere considerati autoritativi.

Se così non fosse, si determinerebbe una situazione paradossale, per cui attraverso gli organismi di regolazione si assoggetterebbero all'indirizzo politico amministrativo anche quegli interessi che, in precedenza, non lo erano mai stati: il risultato dell'eventuale privatizzazione sarebbe in questo modo stravolto. Al posto di un unico mercato "regolato" in cui si confrontano i diversi interessi in libero gioco fra loro, si realizzerebbe, in effetti, una surrettizia estensione del mercato "amministrato", con la sola differenza che il soggetto preposto alla sua direzione non sarebbe un ministero tradizionale.

Gli organismi che, per la loro peculiare connotazione nel quadro dei rapporti con l'apparato amministrativo e con il Governo, vengono definiti "autorità indipendenti", vanno collocati nel panorama dei poteri pubblici come espressione di un rapporto nuovo tra Stato e società¹⁷: a differenza della relazione tradizionale, in cui la composizione degli interessi avviene mediante l'assorbimento dell'interesse collettivo, generale o settoriale, nell'interesse pubblico, la nuova tendenza manifestata dal processo di liberalizzazione, impone di tenere conto di

¹⁵ Per quanto riguarda l'approfondimento del tema specifico della regolazione si segnalano, fra molti, A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, e L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

¹⁶ Cfr. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, n. 1, 1997, p. 364-365.

¹⁷ L'espressione è di V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti cit.* p. 368.

tutti gli interessi in gioco che sono posti non più in scala gerarchica, ma in posizione paritaria.

In conclusione, l'analisi condotta, culminata nella riaffermazione della distinzione tra autorità indipendenti e quelle di regolazione, induce, da un lato, a delimitare il campo di indagine alla sola AGCM, quale paradigma di amministrazione neutrale; dall'altro, ad indagare quale conseguenza produce l'esercizio del potere non autoritativo sulla (qualificazione della) situazione dei privati e, quindi, sulla cognizione consentita al G.A. nelle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'AGCM.

3. *La ricostruzione in termini di diritti soggettivi delle posizioni incise dalle decisioni dell'AGCM e conseguenti riflessi sul limite del sindacato giurisdizionale.*

Per comprendere adeguatamente l'esatto contenuto delle funzioni neutrali attribuite all'AGCM, nonché i loro riflessi sulle posizioni dei privati, conviene prendere le mosse da alcune note decisioni del Consiglio di Stato, del 2002 e del 2004, particolarmente significative del percorso evolutivo intervenuto nella giurisprudenza.

Il Giudice amministrativo, confrontandosi con il fenomeno delle AAI e, in particolare con la AGCM, ha immediatamente fatto propri alcuni dei punti fermi cui era pervenuta la dottrina prevalente: la sottrazione agli indirizzi del Governo; la conseguente estraneità a rapporti gerarchici con il resto dell'apparato amministrativo; il collegamento (strutturale e normativo) con organi stranieri equivalenti; la competenza in merito ad interessi in relazione ai quali vengono esercitate funzioni assimilabili, in parte, a quelle giurisdizionali.

Il complesso delle caratteristiche peculiari dell'AGCM ha inevitabilmente creato delle difficoltà al G.A. nel conciliare la specialità dell'apparato dell'*Antitrust* con il tradizionale sindacato giurisdizionale e, ciò, sotto un duplice profilo: dal punto di vista soggettivo, infatti, si dubitava che il carattere di indipendenza dell'Autorità, tutelato attraverso i rigidi criteri di nomina, potesse addirittura escludere *ab imis* l'assoggettamento delle relative decisioni al regime di impugnazione degli atti amministrativi; dal punto di vista oggettivo, l'elevato tecnicismo delle materie e delle competenze esercitate nel settore *antitrust* rendeva assai complicata l'individuazione del limite di cognizione consentito.

Tralasciando le perplessità di ordine soggettivo, rapidamente superate dalla giurisprudenza, come da ultimo ribadito da una pronuncia

della Cassazione¹⁸, resta aperto il dibattito in ordine al profilo oggettivo, reso, peraltro, più interessante e ricco di spunti perché s'intreccia (forse anche oltre quanto sarebbe auspicabile) con il più generale tema della discrezionalità (anche quella impropriamente definita come "discrezionalità tecnica")¹⁹.

Proprio per questa ragione, allora, è utile precisare perché ci si è soffermati sulla distinzione tra autorità di regolazione ed autorità che esercitano funzioni neutrali (o Autorità di garanzia): come accennato, sembra più corretto distinguere non tanto tra Autorità di regolazione e Autorità di garanzia, attesa la frequente commistione di funzioni assegnate a ciascuna autorità; quanto piuttosto tra le funzioni medesime, ossia tra funzioni di regolazione (delle politiche industriali, di governo dell'innovazione) e funzioni neutrali, quali sono quelle che mirano esclusivamente alla riaffermazione del rispetto delle regole, e, dunque, alla cura non di un interesse pubblico concreto, specifico, ma di un interesse di carattere esclusivamente ordinamentale.

In relazione alle funzioni c.d. di regolazione in senso proprio, la giurisprudenza non si discosta dalla posizione "classica" in ordine ai (limiti cognitori e decisorii del giudice amministrativo sui) provvedimenti delle amministrazioni pubbliche "tradizionali"; viceversa, tratta in maniera "atipica" gli atti "neutrali" dell'AGCM, ossia quelli adottati in funzione di garanzia quali, soprattutto, le determinazioni sanzionatorie. Con una prima decisione del 2002 del Consiglio di Stato²⁰ si è così operata un'inedita scomposizione in parti, corrispondenti alle fasi del controllo svolto dall'autorità: una prima fase di accertamento dei fatti, una seconda di contestualizzazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati, una terza fase di confronto dei fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato e un'ultima fase di applicazione delle sanzioni previste dalla disciplina vigente.

In un'altra decisione, sostanzialmente coeva ed altrettanto nota²¹, il Consiglio di Stato, dopo aver ricostruito il fondamento del

¹⁸ Cfr. Cass. Sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632, in *Foro it.*, 2004, I, p. 131 e ss., secondo cui "le autorità amministrative indipendenti non sono titolari di funzioni giurisdizionali, né può configurarsi nei loro confronti una «riserva di amministrazione»; pertanto, i loro atti, pur quando siano emessi a seguito di procedimenti contenziosi, sono soggetti al sindacato dell'autorità giurisdizionale ordinaria o del giudice amministrativo, secondo le rispettive competenze".

¹⁹ Per un approfondimento del complesso più completa del tema della discrezionalità sia consentito il rinvio a F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziaro*, Milano, 1998, p. 107 ss.

²⁰ cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note di G. SCARSELLI, F. FRACCHIA, C. VIDETTA, R. PARDOLESI, C. OSTI.

²¹ Così Cons. St., 18 giugno 2002, n. 5156, in *Foro it.*, 2003, III, p. 3 e ss.

procedimento svolto dinanzi all'AGCM²², ribadisce, da un lato, “il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d'ufficio”; dall'altro, che “possono essere accertati e verificati i fatti posti dall'Autorità a fondamento delle proprie deliberazioni sotto il profilo della verità dei medesimi, attraverso la valutazione degli elementi probatori raccolti dall'Autorità medesima e di quelli prospettati dalle imprese interessate” e non le “valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, ed escluso, per queste ultime, la possibilità di un sindacato giurisdizionale di tipo «forte», volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione, risultando ammissibile, nei confronti di esse soltanto un sindacato volto a controllare la ragionevolezza e la coerenza (c.d. controllo di tipo «debole»)”.

In relazione a ciascuna parte di questi atti (o, più precisamente, dell'attività amministrativa che ha portato al loro confezionamento), viene individuato un certo livello di approfondimento del controllo; che spazia dal sindacato pieno, con riferimento all'accertamento dei fatti, ad un sindacato (qualificato espressamente dalla giurisprudenza come) “debole”, in ordine alla contestualizzazione del dato normativo e al confronto diretto fatto-norma contestualizzata. In relazione, pertanto, a quelle porzioni di atti, che sintetizzano scelte considerate esercizio di “discrezionalità tecnica”, il giudice potrebbe operare soltanto un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, che si aggancia ad un controllo, questo sì intrinseco e diretto, sull'accertamento dei fatti.

Più nello specifico può dirsi che, una volta accertate la correttezza, ragionevolezza, proporzionalità e attendibilità delle valutazioni compiute dalle autorità indipendenti, il giudice non può, e non deve, spingersi oltre, ossia fino ad esprimere una sua propria valutazione che sia in contrasto con quella espressa dalla autorità indipendente.

L'affermata limitatezza del controllo giurisdizionale dovrebbe risultare giustificata, da un lato, dalla particolare rilevanza degli interessi

²² Definito come “un giudizio formulato sulla scorta di un'istruttoria ed a seguito della valutazione degli elementi in essa emersi”: in particolare, sussiste secondo la Sezione una distinzione per cui “costituisce espressione di una tipica attività di giudizio quella che ha condotto all'affermazione dell'idoneità della concentrazione a determinare il rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei e potenziali; costituisce un vero e proprio giudizio prognostico quello che ha indotto l'Autorità a ritenere che i concorrenti di Enel Trade sul mercato della fornitura non sarebbero stati in grado di replicarne le mosse, è, infine una tipica valutazione tecnica quella che ha condotto l'Autorità a delineare la condizione alla quale assoggettare l'autorizzazione alla concentrazione”.

coinvolti, e, dall'altro lato, dalla specifica composizione tecnica, dalla particolare indipendenza e dalla neutralità dei poteri di tali autorità.

Il Consiglio di Stato non si è occupato anche delle misure correttive, né ha preso posizione sulla determinazione delle sanzioni. Non sembra però revocabile in dubbio che anche in tali casi vengono in questione attività corrispondenti a valutazioni tecniche, di cui dovrebbero condividere il medesimo trattamento giurisprudenziale, anche se con riguardo al sindacato sulla entità della sanzione, la soluzione offerta è nel senso del riconoscimento di una piena giurisdizione.

Questa “teoria”, chiaramente definita nelle decisioni giurisprudenziali e sostanzialmente condivisibile nelle sue linee generali, non va però esente da alcune considerazioni critiche.

Innanzitutto non si può non rilevare l'anacronistico richiamo alla categoria della “discrezionalità tecnica” in relazione agli apprezzamenti tecnici, che, come ormai chiarito in dottrina e nella stessa giurisprudenza dalla nota sentenza del Consiglio di Stato del 1999, costituiscono una vicenda assolutamente differente dall'esercizio della discrezionalità dato che il metro di valutazione di simili scelte è costituito non dall'interesse pubblico, ma dalle scienze e dalle tecniche (“esatte” o opinabili), irrilevanti rispetto alla cura dell'interesse pubblico²³.

L'applicazione di una regola tecnica e la valutazione sulle scelte “tecnico-discrezionali” suscettibili di vario apprezzamento non impingono affatto il merito amministrativo e il margine di insindacabilità ad esso connaturato. Va sempre tenuto ben presente, infatti, che il merito attinge alla discrezionalità (amministrativa), la quale, conformemente ai principi generali dell'ordinamento, è suscettibile soltanto di un sindacato (qualificabile appunto come) indiretto.

Muovendo, dunque, dall'idea, teoricamente più corretta, che la discrezionalità tecnica in realtà non è vera discrezionalità, e che, pertanto, non esistono valutazioni di opportunità in relazione alle scelte tecniche anche se “opinabili”, non si ravvisano più ostacoli a che la cognizione del

²³ E, in effetti, si è altrove osservato (vedi F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale cit.*, p. 112 ss.) che “il giudice amministrativo ha costruito una nozione di discrezionalità tecnica (peraltro con l'apporto della dottrina meno recente) in contrasto frontale con il pensiero della dottrina attuale che tende a rifiutare il concetto di discrezionalità tecnica in quanto intimamente contraddittorio e ritiene che la discrezionalità sia predicabile soltanto in relazione a scelte di opportunità, cioè a scelte il cui criterio di decisione consista – come ha insegnato Massimo Severo Giannini – nella «massimizzazione» dell'interesse pubblico”. Da qui la considerazione che la discrezionalità definita “tecnica” altro non è che un insieme di “valutazioni, apprezzamenti tecnici”, distinto dal merito; sotto il profilo processuale ciò comporta che solo quest'ultimo deve restare estraneo alla cognizione del giudice, rappresentando il *proprium* della p.a., ben potendo la prima essere oggetto di un sindacato intrinseco, sia pure in forme attenuate laddove le regole tecniche non appartengono a quelle che si definiscono comunemente come “scienze esatte”.

giudice, allargando i propri confini, include anche le scelte tecnico-discrezionali della amministrazione che, esulando dal merito amministrativo, refluiscono a pieno titolo nell'alveo della legittimità.

In questa prospettiva, peraltro, si segnala un contributo di un autorevole studioso²⁴, con il quale si è, anzi tutto, ribadita la particolare natura dell'AGCM, preposta ad esercitare un'attività amministrativa in settori in cui operano “diritti fondamentali”, come, nel caso che ci occupa, quello alla libertà economica, secondo l'interpretazione dell'art. 41 Cost., così come modificato per effetto dei principi comunitari.

Da questa affermazione di principio discende che il potere di cui è in ogni caso titolare la p.a., inteso come funzione, non è connotato dal carattere di autoritatività che, al contrario, caratterizza l'attività amministrativa attiva, atteso che “quando c'è un diritto fondamentale la preminenza del diritto fondamentale esige che il potere amministrativo non sia discrezionale, bensì disciplinato *in toto* dalla legge e che la disciplina della legge avvenga rispettando *in toto* l'essenza del diritto fondamentale”²⁵.

Il fatto che l'AGCM intervenga nel campo dei diritti fondamentali, però, non interferirebbe sulla qualificazione come interesse legittimo della posizione dei privati coinvolti: ciò, perché tale configurazione “non è una situazione specifica corrispondente all'esercizio di un potere amministrativo discrezionale in senso proprio, bensì una situazione universale avente per oggetto la pretesa all'esercizio del potere *secundum jus* ... di per sé dunque l'interesse legittimo non è incompatibile con la nozione di diritto fondamentale, ma si prospetta come una sua manifestazione quando si tratta di tutelare un diritto fondamentale nei confronti dell'esercizio del potere”²⁶.

Pur rimanendo, dunque, all'interno dello schema tradizionale del rapporto norma-potere-fatto, il giudice non si sostituirebbe alla valutazione complessa operata dall'AGCM, ma si limiterebbe a stabilire se essa sia “una delle valutazioni compatibili con quel concetto giuridico indeterminato o con quella norma tecnica”²⁷.

La discrezionalità tecnica e il conseguente sindacato debole, dunque, sarebbero ormai definizioni da riconsiderare nel loro effettivo contenuto, atteso che il giudice sarebbe in ogni caso chiamato ad esercitare un controllo di ragionevolezza e proporzionalità nei confronti delle decisioni dell'AGCM.

²⁴ Il riferimento è a F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo 2002*, p. 175 ss.

²⁵ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa cit.*, p. 177.

²⁶ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa cit.*, p. 180.

²⁷ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa cit.*, p. 187.

In definitiva, l'indirizzo espresso nelle decisioni del Consiglio di Stato del 2002 non viene criticato radicalmente, ma si precisa che il potere del giudice di conoscere la controversia non è vincolato entro i tradizionali (e ristretti) confini del sindacato c.d. "debole", proprio del concetto di discrezionalità c.d. "tecnica" che caratterizza il giudizio su scienze opinabili (o inesatte, come quelle economiche).

A tal fine, dunque, si auspica, da un lato, un maggiore ricorso alla consulenza tecnica, in modo da pervenire ad un'oggettiva ricostruzione dei presupposti di fatto; dall'altro, ad un accrescimento della tutela del contraddittorio, inteso quale strumento necessario per addivenire a quel giudizio ragionevole e completo che fonda la decisione dell'autorità, pur non arrivando esso ad assumere carattere sostitutivo delle valutazioni complesse espresse dall'AGCM.

L'introduzione della nozione di concetto giuridico indeterminato e di norma tecnica, peraltro, consentono di (iniziare a) delineare il tema di fondo individuato nella ricostruzione del rapporto fra AGCM e privato, come una relazione tra funzione neutrale e diritto soggettivo.

A tal proposito, va premesso che il concetto giuridico indeterminato è oggetto di una duplice valutazione: in prima battuta è interpretato e applicato dall'autorità amministrativa titolare del potere pubblico; in seconda battuta, viene dedotto in sede contenziosa all'attenzione del giudice²⁸.

La differenza che si produce a seconda che si ricostruisca la situazione del privato quale interesse legittimo o diritto soggettivo è notevole: a voler considerare la fattispecie sussumibile nello schema di un diritto, al giudice spetta direttamente l'applicazione della clausola generale; nella logica dell'interesse legittimo (che si confronta con un potere cui è connesso uno spazio di discrezionalità insindacabile), la clausola viene applicata dall'amministrazione ed al giudice è consentito verificarne la ragionevolezza solo *ab externo*.

E' chiaro che se la posizione del privato viene ricostruita come un diritto soggettivo, la sequenza che si andrebbe a definire nell'attività (amministrativa e poi) giurisdizionale sarebbe quella della norma-fatto, per cui "l'atto amministrativo, a prescindere dall'eventuale e non esclusa complessità della valutazione di base, non esprime una scelta di autonomia, ma si limita ad applicare la norma da cui discende direttamente l'effetto"²⁹.

Va avvertito, tuttavia, che la prospettata ricostruzione non sembra aver riscosso grande successo presso gli interpreti, per una pluralità di

²⁸ Vedi F. CINTIOLI, *Giudice Amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 98.

²⁹ Così F. CINTIOLI, *Giudice Amministrativo, tecnica cit.*, p. 162.

ragioni. Anzi tutto, si è ricondotta la rilevanza della questione al problema degli eventuali riflessi sulla giurisdizione e, essendo quest'ultima devoluta integralmente al G.A., si è ritenuto che altri fossero i profili da approfondire maggiormente. Il tema della discrezionalità tecnica, inoltre, si è sempre svolto, sin dai tempi del dibattito tra Giannini³⁰ e Mortati³¹, con riferimento all'attività amministrativa autoritativa, nel tentativo di individuare i confini del merito (od opportunità) della scelta, riconducibile al concetto di riserva di amministrazione, e della discrezionalità tecnica (od opinabilità), come tale assoggettabile ad una forma di sindacato perché conseguente all'applicazione di criteri tecnici. La qualificazione come diritto soggettivo, infine, sembrava aprire la strada ad una piena sostituibilità della valutazione del giudice a quella operata dall'AGCM.

Si badi che, pur negando la natura di diritto soggettivo della posizione del privato, la dottrina prevalente ritiene che l'AGCM eserciti una funzione (neutrale) di vigilanza sul rispetto delle regole che disciplinano il libero mercato, sia con interventi *ex post* (sanzioni per intese vietate o abusi di posizioni dominante), sia con provvedimenti *ex ante* (operazioni di concentrazione).

Ma, come giustamente osservato, “adeguare una nozione come quella di neutralità ad istituzioni del nostro ordinamento nazionale non è facile”³² e, ciò, perché l'attribuzione di funzioni neutrali richiede il rispetto di tre condizioni generali, tutte invece presenti negli ordinamenti di *common law* da cui traggono origine le autorità di garanzia: il potere pubblico è attribuito solo se e nella misura in cui è strettamente necessario per garantire il pieno esercizio della libertà tutelata³³; il potere non consiste in una tutela di un interesse pubblico tradizionalmente inteso, bensì quale strumento di garanzia del “bene comune, la quale risulta dalla composizione degli stessi interessi individuali”; lo spazio di regolazione neutrale richiede che il contesto normativo in cui opera sia caratterizzato da “un insieme di regole poche, flessibili, chiare e stabili”.

E, ancora, è interessante notare come sia generalmente accettata anche la richiamata distinzione tra l'attività dall'apparato amministrativo generale l'AGCM, la prima improntata all'imparzialità; la seconda

³⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

³¹ Vedi C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.

³² Vedi F. CINTIOLI, *Giudice Amministrativo, tecnica cit.*, p. 342.

³³ Secondo F. CINTIOLI, *Giudice Amministrativo, tecnica cit.*, p. 162, “in particolare, nel mercato l'intervento pubblico si giustifica solo per assicurare che l'esercizio delle libertà economiche non finisca per nuocere ad altri interessi rilevanti”.

orientata verso la neutralità³⁴: l'*Antitrust*, infatti, è considerata autorità di garanzia³⁵ perché preposta a tutelare l'art. 41 Cost. *sub specie* di diritto alla libera iniziativa economica.

Nonostante i rilevati problemi di inquadramento sistematico della funzione dell'AGCM, anche in relazione alla tutela costituzionale accordata alla posizione dei privati, la maggior parte degli studiosi non si pone particolari problemi circa la qualificazione di interesse legittimo della situazione dei destinatari dei provvedimenti dell'*Antitrust*. Il che comporta la conferma del tradizionale schema norma-potere-fatto e la conseguente limitazione del sindacato ai soli profili della legittimità dell'esercizio del potere. In questa prospettiva, l'ampiezza del giudizio sulla validità della scelta operata dall'AGCM viene affidata ad un penetrante scrutinio di ragionevolezza operato dal giudice, eventualmente integrato anche dalle nuove facoltà istruttorie (come la c.t.u.) tipiche della giurisdizione piena, così da assicurare un'efficace tutela dei privati³⁶.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, del resto, è parsa orientata a percorrere questa strada estendendo il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall'AGCM, come testimonia una decisione del 2004, avente ad oggetto una determinazione con la quale è stata sanzionata un'intesa realizzata nel settore dei buoni pasto³⁷.

Secondo un Autore³⁸, proprio le critiche sollevate nei confronti delle precedenti decisioni del 2002 avrebbero indotto il Consiglio di Stato ad una significativa "correzione di rotta".

E, in effetti, la IV Sezione premetteva di ritenere opportuno "fornire alcune ulteriori precisazioni sulla natura del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità *antitrust*, al fine di fugare i dubbi

³⁴ Vedi F. CINTIOLI, *Giudice Amministrativo, tecnica cit.*, p. 343, per il quale "l'imparzialità ... è un predicato dell'amministrazione e impone l'esercizio di un'attività che non procuri discriminazione alcuna tra i consociati. Ma l'imparzialità presuppone che l'amministrazione, braccio operativo della legge, abbia elevato a fine della sua discrezionalità un determinato interesse pubblico"; la neutralità, d'altra parte, "è invece il predicato delle autorità: essa implica l'impossibilità di elaborare un proprio interesse pubblico, una propria scelta politica nella tutela degli interessi in gioco ed esige una posizione di indifferenza rispetto ad essi".

³⁵ Sia Cintioli sia Merusi concordano sulla finalità delle autorità di garanzia di cura di diritti fondamentali dell'individuo.

³⁶ Su tale specifico aspetto si vedano A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001, p. 340 ss.; E. PICOZZA, *la C.T.U. tra processo amministrativo e diritto comunitario*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, vol. II, Napoli, 1999 p. 265 ss.

³⁷ Vedi Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, 6, con nota di S. BASTIANON.

³⁸ R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in (a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*.

espressi dalle imprese ricorrenti riguardo l'effettività di una tutela giurisdizionale di tale tipo”.

Per il Consiglio di Stato, “il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco, come sostenuto in giudizio, ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine” ed il riferimento alla definizione di “sindacato debole” va comunque interpretata nel senso di consentire “una diretta cognizione del rapporto controverso in una materia, quale quella di specie, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”³⁹.

Al riguardo, si osserva che l'art. 33 della legge n. 287/1990 non ha attribuito al G.A. giurisdizione esclusiva in materia *antitrust*, ma ha previsto che i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre le controversie tra privati (contrattuali o risarcitorie) appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nonostante la qualificazione come esclusiva della giurisdizione del G.A., questa resta una “giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso”, secondo la definizione di cui al il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

Conseguentemente, “al giudice amministrativo spetta quindi di verificare, *ex post*, l'operato dell'Autorità e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite, tenuto conto che anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame)”.

Secondo il Consiglio di Stato, le critiche della dottrina in merito al concetto di sindacato “di tipo debole” sarebbero state immeritate perché con tale espressione non si è inteso limitare il potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, ma solo porre un limite alla decisione finale del giudice, il quale, “dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo

³⁹ Opportunamente, nella decisione in commento la Sezione ha ricordato che “in tali fattispecie, il giudizio amministrativo resta, quindi, un giudizio di tipo impugnatorio, in cui al giudice spetta di verificare se il potere spettante all'Autorità *antitrust* sia stato correttamente esercitato (si tratta di un potere vincolato, ma vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Autorità garante)”.

svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere”.

Ci si accorge immediatamente della (duplice) preoccupazione del Consiglio di Stato di evitare (gli opposti) eccessi: da un lato, infatti, si esclude che il giudice si sostituisca al potere già esercitato, attraverso un controllo pienamente sostitutorio; dall'altro, data le necessità di rafforzare il controllo sulle autorità indipendenti, si estende il vaglio o, meglio, il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità. E, così, si assume sindacabile la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere sia in relazione all'applicazione delle regole tecniche (o, se si vuole, dei concetti giuridici indeterminati), sia con riguardo alla “contestualizzazione” della norma posta a tutela della concorrenza, sia in ordine al raffronto tra i fatti accertati ed il parametro “contestualizzato”.

E' importante notare, d'altra parte, che tale *modus operandi* trova espresso riconoscimento in sede comunitaria, come ampiamente ricordato nella decisione n. 926/04, laddove si specifica che “i giudici comunitari hanno in realtà analizzato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione; ma ciò è quanto si ritiene possa fare anche il giudice amministrativo”.

Nel delimitare l'oggetto del sindacato ammesso in sede giurisdizionale, dunque, il Consiglio di Stato afferma che “l'assenza di poteri sostitutivi ha comportato solamente che non fosse il giudice a rideterminare le prescrizioni cui condizionare l'assenso all'operazione di concentrazione, ma che la definizione della fattispecie sostanziale oggetto del provvedimento impugnato spettasse, in sede di riesercizio del potere e con i vincoli derivanti dal giudicato, all'Autorità, cui il legislatore ha demandato l'esercizio di tali delicati poteri (all'interno di un procedimento amministrativo, caratterizzato da particolari garanzie di contraddittorio)”.

Da tale affermazione sembra potersi desumere che lo stesso Consiglio non esclude l'operatività dello schema norma-fatto, tipico di una valutazione giuridica condotta su diritti soggettivi, ma si preoccupa piuttosto di avvertire, condivisibilmente, che i giudizi in materia *antitrust* non determinano l'integrale trasferimento della *res controversa* in capo al giudice.

Semmai, rileva correttamente il Consiglio di Stato, la circostanza che l'AGCM si pone “al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante”.

Del resto, sarebbe del tutto illogico attribuire un controllo sostitutorio al giudice “in relazione ad interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall’esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l’indipendenza della stessa Autorità”.

In modo molto netto, dunque, il Consiglio di Stato conclude sul punto dei limiti di cognizione consentiti avverso i provvedimenti *antitrust* affermando che “in definitiva, ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come «forte» o «debole», ma l’esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all’Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato”.

In questa prospettiva, peraltro, si afferma coerentemente l’ammissibilità della consulenza tecnica, “quale strumento di verifica di fatti ed elementi rilevanti ai fini dell’analisi economica e delle valutazioni complesse effettuate dall’Autorità”, il cui ricorso deve essere verificato in funzione del grado di effettività della tutela giurisdizionale.

A questo punto appare possibile trarre alcune conclusioni (peraltro non definitive): la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell’affermare che l’AGCM sia un’autorità di garanzia e che, come tale, esercita una funzione neutrale di vigilanza nel settore della concorrenza, a tutela del diritto fondamentale (costituzionalmente garantito) alla libertà di iniziativa economica.

Da ciò deriva che l’AGCM non è titolare di un potere autoritativo, ma, piuttosto di poteri di carattere arbitrale, diretti cioè all’esercizio di funzioni neutrali; e sarebbe estremamente contraddittorio ritenere che funzioni sostanzialmente neutrali vengano poi concretamente esercitate attraverso poteri autoritativi. Né i concetti giuridici indeterminati, che certamente influiscono sul modo di esercizio del potere, possono determinare le trasformazioni di un potere neutrale in un potere autoritativo.

E, proprio per l’assenza dell’autoritatività della funzione diviene possibile ipotizzare che in queste controversie vengono in questione diritti soggettivi e non interessi legittimi, con un sensibile irrobustimento delle garanzie.

Si osserva, anzi tutto, che per giustificare la limitatezza del sindacato non appare conferente l’affermazione della giurisprudenza secondo cui, sebbene si tratti di giurisdizione esclusiva, il processo amministrativo continua ad atteggiarsi come un processo di tipo

impugnatorio: anche attraverso un giudizio di tipo impugnatorio, infatti, si possono tutelare appieno diritti soggettivi, dato che il carattere impugnatorio di per sé certamente non determina alcuna riduzione dei poteri, cognitori e decisorii, del giudice amministrativo.

Oltre tutto, la qualificazione della posizione dei privati come diritto soggettivo appare idonea a rafforzare il punto di equilibrio raggiunto con la decisione n. 926/04 del Consiglio di Stato tra l'orientamento favorevole al controllo "forte" e quello che propende per il sindacato "debole".

In realtà, ferma restando la scomposizione effettuata dalla giurisprudenza con riferimento (all'azione e) ai provvedimenti delle autorità, occorre reindirizzarne l'esame in una prospettiva eminentemente logica.

Sotto questo angolo di visuale sarebbero isolabili l'acquisizione dei fatti, ossia del comportamento anticoncorrenziale, come accade per i provvedimenti dell'antitrust su cui si è formata la giurisprudenza; la c.d. contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati, ovvero, con terminologia più corretta, la specificazione del dato normativo, atteso che in ogni vicenda è necessario passare da una norma astratta ed indeterminata ad una norma concreta applicabile al caso specifico in considerazione; la valutazione del comportamento alla luce del dato normativo specificato, cioè il confronto del comportamento accertato con il dato normativo specificato; la determinazione delle misure correttive e infine la determinazione e l'applicazione delle sanzioni.

Come si vede, l'affermazione sulla natura di diritti soggettivi delle posizioni giuridiche dei privati destinatari (o coinvolti) nell'esercizio della funzione neutrale non comporta una radicale confutazione delle (valide e condivisibili) conclusioni cui la dottrina più avvertita e recente è pervenuta, ma offre piuttosto nuovi stimoli e spunti per (tentare di) definire in modo sempre più soddisfacente la tutela del diritto d'iniziativa economica dei privati, preservando al contempo il *proprium* della funzione di arbitraggio svolta dall'AGCM.

E, in effetti, sia la prospettazione della posizione giuridica dei privati nei termini di un interesse legittimo connesso all'esercizio di un diritto fondamentale, sia quella che la descrive come un diritto soggettivo, tendono a perseguire il risultato pratico di estendere il sindacato giurisdizionale (non già al merito ma) alla fase di accertamento della fattispecie intesa in senso ampio, ossia a tutti gli aspetti che interessano sia la ricostruzione degli elementi di fatto, sia la loro sussunzione entro gli schemi propri della norma tecnica (o del concetto giuridico indeterminato).

In entrambi casi, dunque, si avverte la necessità di un sindacato “pieno” del giudice, attraverso il superamento della barriera “tradizionale” del concetto di discrezionalità, considerato come merito insindacabile e, in effetti, tutte e due le ricostruzioni prospettate riducono molto lo spazio libero di azione amministrativa.

Sussistono, però, una serie di ragioni (ulteriori) che rendono preferibile la ricostruzione della posizione dei privati alla stregua di un diritto soggettivo rispetto alla qualificazione come interesse legittimo.

Anzi tutto, vi sono considerazioni di rilievo generale sulla maggiore coerenza sistematica della tesi per cui i privati destinatari dei provvedimenti dell’AGCM sono titolari di diritti soggettivi⁴⁰: la dottrina e la giurisprudenza non sembrano essersi accorte che solo così pare mantenersi un’effettiva continuità tra la natura e l’attività dell’AGCM, coerentemente con la distinzione, da un lato, tra autorità di regolazione e quelle di garanzia e, dall’altro, tra l’attività regolatoria (di amministrazione attiva) e quella neutrale (di arbitraggio).

E’ bene avvertire, peraltro, che l’approfondimento del descritto profilo non si giustifica per sole ragioni sistematiche (che pure sarebbero sufficienti), ma anche per prospettare una ricostruzione dei (presenti ed in qualche modo) futuri sviluppi della giurisprudenza.

Se, infatti, è vero che l’interesse legittimo ed il diritto soggettivo possiedono entrambi pari dignità e tutela giurisdizionale ciò non vale, per converso, ad affermare la loro piena fungibilità: anzi, l’esistenza di un diritto soggettivo a fronte del quale opera un potere non autoritativo dell’AGCM incide sulla ricostruzione del (procedimento dinanzi all’autorità e sul successivo) giudizio in modo assai più pregnante di quanto non suggerisca la logica del confronto tra potere e libertà propria dell’agire amministrativo tradizionale (e discrezionale) .

E, dunque, ci si accorge immediatamente che l’ipotesi per cui il settore d’intervento dell’AGCM è caratterizzato dalla presenza di diritti soggettivi (piuttosto che di interessi legittimi) si riflette non (tanto e non) solo sotto il profilo procedimentale della tutela del contraddittorio, ma anche sulla struttura del giudizio (e nel correlativo sindacato) in materia *antitrust*.

Torna così d’attualità la distinzione tra autorità (o, se si vuole, tra funzioni) di regolazione e di arbitraggio: le (diverse) regole dell’esercizio del potere, infatti, vedono contrapporsi imparzialità e neutralità, così che appare incongruo qualificare entrambe le relazioni tra autorità e privato nei termini di un rapporto tra potere ed interesse legittimo.

⁴⁰ Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo cit.*, p. 164 e, per la preferenza del modello imperniato sullo schema potere-interesse legittimo, p. 375.

Se è vero, infatti, che l'interesse legittimo può essere la traduzione di un diritto fondamentale in relazione all'esercizio di un potere discrezionale, sembra altrettanto innegabile che l'attività di un'autorità neutrale (come l'AGCM) non comporta l'esercizio di un potere autoritativo, ossia la composizione di un interesse pubblico primario con altri interessi pubblici secondari e con quello privato.

Piuttosto, l'autorità di garanzia svolge una funzione di arbitraggio con la quale (ri)compone le situazioni patologiche che il mercato non è in grado di superare attraverso la concorrenza e l'applicazione delle regole economiche. E, allora, quest'operazione, in cui entrano in gioco l'interesse comune (ossia la somma dei diritti fondamentali dei singoli⁴¹) e la posizione di uno o più operatori non pare riferibile alla logica tradizionale dell'esercizio autoritativo del potere discrezionale.

Anzi, tale è la differenza tra la funzione (amministrativa ma) neutrale dell'AGCM rispetto a quella della p.a. che i primi studiosi delle AAI si erano interrogati sulla riconducibilità di tale organismi all'interno dell'apparato amministrativo ed anche oggi che tale perplessità è stata definitivamente superata, si assume comunemente che l'AGCM assolve funzioni c.d. "quasi-giurisdizionali".

Siffatta definizione, peraltro, evoca compiti di accertamento di presupposti di fatto ed applicazione di regole, per effetto di un giudizio sul rispetto (o la lesione) dei principi di libertà di iniziativa economica definiti da norme tecniche o concetti giuridici indeterminati; attività che si qualifica come un'operazione ermeneutica norma-fatto (e non norma-potere-fatto).

Dalla qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica coinvolta dall'attività dell'AGCM discende, inoltre, la considerazione che l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati non appartiene più al modo di esercizio del potere (e, quindi, al merito dell'azione amministrativa), bensì alla qualificazione (o, meglio, alla sussumibilità della condotta concreta) negli schemi di un corretto esercizio del diritto di libera iniziativa economica.

Con il che si deduce come il sindacato del giudice non può che essere pieno e penetrante, perché il vizio di ragionevolezza, incongruità o erronea assunzione dei presupposti di fatto non assume i connotati (ed i limiti) dell'eccesso di potere, proprio della ponderazione d'interessi (in cui si confronta l'opportunità e l'opinabilità della scelta), ma diviene un'operazione interpretativa in cui il giudice verifica la ragionevolezza e la proporzionalità dell'interpretazione offerta dall'AGCM in rapporto alle norme di riferimento.

⁴¹ In questo senso, vedi F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo cit.*, p. 347.

In sintesi, la (diversa) ricostruzione prospettata sembra avere il vantaggio di sottoporre il rapporto tradizionale tra p.a. e privato a minori distorsioni, dal momento che la natura neutrale dell'AGCM finisce comunque per snaturare uno dei due termini della relazione, in quanto o si garantisce la posizione del privato a scapito di quella che si assume essere attività di cura di un interesse pubblico, o si espone il privato ad un *deficit* di tutela, per di più aggravato dal fatto che l'AGCM, per sua natura, si pone all'esterno del circuito istituzionale di nomina-responsabilità.

4. *Recenti (ma non decisive) evoluzioni giurisprudenziali.*

D'altra parte, proprio l'esigenza, avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di garantire una tutela giurisdizionale più pregnante nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM rafforza il convincimento che la posizione soggettiva del privato debba essere ricostruita come un diritto soggettivo.

Tralasciando gli accennati (e pur importanti) profili sistematici, vale la pena di osservare che il Giudice amministrativo, per sua cultura e formazione, tende a mantenere una certa rispettosa distanza dalle scelte (più o meno) discrezionali della p.a, dando attuazione a quel principio di riserva dell'amministrazione che la dottrina non ha ancora compiutamente teorizzato.

Ciò comporta che la (necessaria ed auspicabile) incisività della cognizione del Giudice amministrativo nel valutare l'operato dell'AGCM rischia di essere frustrata all'atto pratico quando la fattispecie controversa viene decisa secondo il tradizionale sindacato su interessi legittimi (e non diritti soggettivi). In particolare, la pur apprezzabile dichiarazione d'intenti palesata nella richiamata decisione del Consiglio di Stato n. 926 del 2004, lascia irrisolte le tensioni fra opportunità e opinabilità nell'ambito del giudizio sulle norme tecniche (o concetti giuridici indeterminati).

La qualificazione nei termini di un diritto soggettivo, per converso, appare estraneo a tale ordine di problematiche perché il giudizio sulla ragionevolezza, congruità e proporzionalità dell'interpretazione della fattispecie operata dall'AGCM resta confinata nello schema giuridico del rapporto norma-fatto, cosicché non sarebbe configurabile alcun esercizio di potere discrezionale (e, correlativamente, alcun merito sottratto alla cognizione).

Si badi, peraltro, che il giudizio così prospettato non implica l'esercizio di un potere sostitutivo del giudice, perché, come affermato nella decisione n. 926/04, il sindacato si arresta di fronte alla valutazione

di sussumibilità o meno della controversia entro le fattispecie astratte definite dai concetti giuridici indeterminati (espressione del diritto alla libertà d'iniziativa economica), restando rimessa all'AGCM ogni ulteriore determinazione in ordine all'adozione delle misure necessarie in tema di vigilanza sul mercato.

In questo senso, la descritta teoria appare del tutto in linea con quanti⁴², pur partendo da premesse diverse, affermano l'inesistenza di un potere autoritativo a tutela di un interesse pubblico, ma solo un dovere di applicare le norme (anche attraverso concetti giuridici indeterminati) a tutela del bene comune.

Sulla scorta di queste premesse appare allora possibile rileggere in modo critico alcune recenti pronunce del TAR e del Consiglio di Stato in tema di provvedimenti dell'AGCM, evidenziando due profili problematici di indubbio interesse, ossia l'importanza della partecipazione nell'economia complessiva del procedimento e (del successivo) processo, e l'ambito di operatività dei concetti giuridici indeterminati applicati di volta in volta alle singole fattispecie, in modo da raccogliere ulteriori elementi a sostegno della tesi del presente contributo.

Con la sentenza del TAR Lazio, n. 12985 del 5 dicembre 2005⁴³, emergono alcuni interessanti spunti per definire il contenuto del "diritto di difesa" riconosciuto agli incolpati nell'ambito del procedimento dinanzi all'AGCM. Viene espresso, anzi tutto, il principio per cui "gli atti che conducono alla formulazione dell'atto di incolpazione e/o alla comminazione del provvedimento sanzionatorio debbano essere consultabili da chi sia chiamato a difendersi". Tale assunto non pare contestabile: il rifiuto di consentire il pieno accesso ad atti che appartengono al procedimento produce un'inammissibile compressione di quello la sentenza stessa non esita a definire il "diritto di difesa, che è un diritto fondamentale, garantito sia dalla Costituzione italiana e dall'ordinamento dell'UE, sia dal diritto internazionale"⁴⁴.

⁴² Ci si riferisce a F. CINTIOLI e F. MERUSI, nelle rispettive opere citate in precedenza

⁴³ Consultabile sul sito www.cittadinolex.kataweb.com.

⁴⁴ Nella sentenza citata, peraltro, si fa espresso rinvio ad un precedente del medesimo TAR, ossia alla sentenza n. 12107/05, secondo la quale "l'affermazione di principio secondo cui l'esercizio del diritto di difesa, avverso provvedimenti sanzionatori, comporta anche la visionabilità (*rectius*: consultabilità e riproducibilità) da parte dell'incolpato (id est: di chi sia chiamato a rispondere delle contestazioni) degli atti del procedimento che hanno condotto alla formulazione del c.d. "atto di incolpazione" o dell'atto di accusa e/o alla comminazione del provvedimento sanzionatorio, non può che essere condivisa"; e ciò in quanto "...se così non fosse, la concreta facoltà di difendersi subirebbe (e potrebbe subire) una sostanziale ed arbitraria menomazione". Sempre in tale ultima sentenza si trova affermato che da quanto rilevato "deriva ulteriormente, in ultima analisi, il principio secondo cui in caso di conflitto fra «potere» di mantenere il segreto d'ufficio e «diritto» di difesa - nel caso in cui, cioè, sia

Per converso, l'Amministrazione non è tenuta a rendere comunque visionabili al soggetto "incolpato" anche gli atti e i documenti procedurali che, non essendo stati (o non dovendo essere) utilizzati a fini accusatori contro di lui, non lo riguardano direttamente e non lo pregiudicano personalmente.

Ciò perché l'eventuale (successivo) utilizzo di tale materiale istruttorio, volto ad avvalersi del materiale probatorio in precedenza ritenuto non conferente, configurerebbe "un comportamento amministrativo sì contraddittorio [che] si rifletterebbe automaticamente sul provvedimento finale rendendolo palesemente illegittimo perché basato su un presupposto motivazionale decisamente carente".

Il confronto che l'AGCM deve promuovere, quindi, è pieno e paritario, tanto è vero che in relazione alle risultanze istruttorie, l'autorità si trova di fronte ad una netta alternativa "o l'Amministrazione non utilizza ciò che non ostende, ed allora manca qualsiasi interesse all'accesso; ovvero, se l'Amministrazione utilizza a scopo accusatorio ciò che non ha osteso, allora il provvedimento finale sarà facilmente sindacabile siccome viziato da motivazione incongrua (in quanto basato su elementi di fatto non risultanti da alcun atto istruttorio)".

Appare degno di nota anche il riferimento operato alle facoltà partecipative del privato definite nei termini di un "diritto fondamentale": se anche non si dubita che tale locuzione sia stata utilizzata *incidenter tantum*, resta il fatto che il Giudice amministrativo ha percepito in ogni caso la rilevanza (e la problematicità) di tali prerogative a garanzia dell'effettività della tutela.

In merito al particolare rilievo del(la tutela del pieno ed effettivo) contraddittorio, sovviene un'altra sentenza del TAR Lazio, sostanzialmente coeva⁴⁵, in cui si afferma che "per superare le eventuali determinazioni negative adottate sulle richieste di accesso ai documenti riservati" incombe sulla parte l'onere attivarsi in sede giurisdizionale per conseguire una "apposita *actio ad exhibendum*", ovvero, in sede contenziosa, l'obbligo di puntualizzare specificamente i pretesi vizi del procedimento in relazione alla lesione del contraddittorio.

Per quanto riguarda la definizione delle prerogative delle parti nel corso del procedimento *antitrust*, il TAR ritiene che esse "non si estendono al punto da imporre all'Autorità di replicare punto per punto a tutte le obiezioni prospettate, «essendo invece sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in

impossibile la contestuale piena tutela di entrambe le situazioni soggettive - deve essere data la prevalenza a quest'ultimo (con conseguente affievolimento dell'altra situazione di potere)".

⁴⁵ TAR Lazio, Sez. I, novembre 2005, n. 12726, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

contrapposizione alle posizioni delle parti» (v. Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, che richiama a sua volta Trib. I Grado, 11 marzo 1999, T-141/94, *Thyssen Stahl AG*). Nel fare proprio quest'orientamento il TAR osserva come sia possibile così mantenere inalterato il fulcro sulle principali argomentazioni difensive, “evitando di soffermarsi su circostanze tutto sommato marginali nell'economia generale dell'accertamento”; è certa, però, l'illegittimità della mancata replica quando essa, nel suo complesso, assuma dimensioni tali da configurare una “violazione dei diritti difensivi”.

L'individuazione delle patologie della fase istruttoria, d'altra parte, appare strettamente connessa al sindacato giurisdizionale esercitabile in sede contenziosa, atteso che l'incompletezza del contraddittorio è sempre sintomatica, nei limiti di cui si è detto, di una scorretta ricostruzione della fattispecie e, quindi, dell'abuso (o della lesione) del diritto tutelato dalla disciplina nazionale (e comunitaria).

Si noti che il confronto tra diritti difensivi in sede partecipativa ed assoluta discrezionalità dell'AGCM nella direzione del procedimento, secondo la giurisprudenza esaminata, si sostanzia in una difficile mediazione tra l'esigenza di tutelare la posizione del privato e quella di preservare le caratteristiche del potere (istruttorio) dell'apparato amministrativo tradizionale. L'esito finale non appare del tutto soddisfacente: anche ammettendo in via generale come la posizione del privato necessiti di particolare tutela, tutti i casi in rassegna si concludono con il rigetto delle eccezioni delle parti ricorrenti. E, si badi, ciò accade perché il G.A. si è sostanzialmente (auto)limitato a sindacare il procedimento istruttorio sempre secondo il tradizionale processo norma-potere-fatto. Il che comporta correlativamente uno scrutinio si ragionevolezza sull'*iter* istruttorio e non una valutazione sulla (lesione o meno) del diritto partecipativo in sé tutelato.

Il tema dell'integrità del contraddittorio, anche sotto il profilo della completezza delle allegazioni probatorie acquisite nel procedimento e nell'eshaustività della valutazione del materiale portato all'attenzione dell'AGCM si riconnette, sotto altra angolatura, alla questione dell'assolvimento dell'onere della prova in materia di illeciti concorrenziali.

In questo senso, la sentenza da ultimo citata, rifacendosi ad un orientamento ormai consolidato, afferma che la prova “può desumersi, ed anzi normalmente si desume, anche da elementi indiretti ed indiziari, purché gravi, precisi e concordanti”⁴⁶.

⁴⁶ In particolare, si osserva che la prova si estende anche a tali elementi, solitamente non previsti nel processo amministrativo “in considerazione della «rarità dell'acquisizione di una prova piena» della collusione, posto che gli operatori di mercato «ben conoscono gli estremi degli illeciti anticoncorrenziali e le sanzioni che essi implicano». Non potendosi dunque

In termini sostanzialmente analoghi si pone anche la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835⁴⁷, la quale ribadisce la “difficoltà di reperire evidenze comprovanti in modo chiaro la stipula di intese anticoncorrenziali” e la correlativa esigenza di fare riferimento ad indizi, definiti secondo la formulazione propria del processo penale, introducendo così un ulteriore elemento di sindacato relativo al valore probatorio degli elementi adottati dall’AGCM.

Peraltro, l’astratta opinabilità della scelta effettuata dall’AGCM non pare sindacabile fino al punto da consentire una sostituzione delle valutazioni ivi contenute con quelle allegate dalle ricorrenti, ma finisce per essere comparata con esse nella prospettiva di vagliarne la ragionevolezza e la logicità.

A tal proposito, peraltro, si noti che il TAR ha ritenuto, sempre secondo il giudizio di ragionevolezza che connota anche l’attività di sussunzione della fattispecie concreta nello schema della norma tecnica (la c.d. “contestualizzazione”), che “la verifica dell’illiceità dell’intesa si colloca ... su un piano diverso da quello dell’apprezzamento della gravità dell’infrazione ... e se sotto il primo aspetto non vi è dubbio che la constatazione dell’illiceità dell’oggetto dell’intesa possa esonerare dalla disamina degli effetti da questa prodotti, il secondo punto di vista ... non può esaurirsi in meri assunti astratti di principio, e quindi non può prescindere ... da una valutazione estesa agli effetti pratici prodotti nello specifico dalla collusione”⁴⁸.

Conseguentemente, laddove manchi o sia gravemente deficitario l’impianto probatorio relativo a tale aspetto, “la conclusione circa la massima gravità dell’infrazione deve essere ritenuta viziata”.

Quest’ultima pronuncia, peraltro, si segnala anche sotto l’ulteriore profilo della (ri)definizione (o, meglio alla vincolatività) del contenuto della comunicazione delle risultanze istruttorie, rispetto a quanto poi contenuto nel provvedimento sanzionatorio.

Più precisamente, secondo il TAR, la rideterminazione del mercato rilevante operata dal provvedimento sanzionatorio, se non è compiuta dall’Autorità *ex abrupto*, quale iniziativa puramente officiosa, ma

pretendere che l’accertamento si fondi su accordi espressi e formali ovvero su un «atteggiamento confessorio dei protagonisti», pena la vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust*, va prestata attenzione ad elementi, definiti «sintomatici», «all’apparenza di minor rilievo, quali appunto incontri, dichiarazioni, ammissioni, manifestazioni di intenti, scambi periodici di informazioni» (v. T.a.r. Lazio, sez. I, 23 marzo 2004, n. 2715; Cons. Stato, sez. VI, n. 20 marzo 2001, 1671)”.

⁴⁷ Consultabile anch’essa in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ Cfr. TAR Lazio, n. 12835/05 citata.

avviene in accoglimento delle deduzioni procedurali di parte non appare illegittima.

Non pare configurabile, quindi, un “mutamento a sorpresa”, ma solo la possibilità di rimodulare la decisione all’interno di una delle opzioni “che rientrava tra i possibili sviluppi logici della dialettica procedimentale, alla stregua del materiale argomentativo che l’aveva nutrita”⁴⁹.

Per quanto concerne la rassegna delle più recenti sentenze del TAR Lazio, va presa in considerazione anche la pronuncia del 7 marzo 2006, n. 6629⁵⁰, con la quale, la Sezione I, oltre ad ammettere che l’AGCM possa adottare provvedimenti cautelari⁵¹, ribadisce l’insindacabilità della decisione dell’AGCM quando le censure dedotte, “sorrette da argomentazioni economiche e tecniche”, involgono “scelte

⁴⁹ Nel prosieguo, tale affermazione viene ulteriormente specificata: il TAR non esclude l’invalidità di ogni eventuale difformità sostanziale o mutamento della natura intrinseca della violazione sanzionata rispetto a quella preventivamente contestata (come, ad esempio nel caso esaminato dal Consiglio di Stato con la sentenza della Sezione VI n. 4362 del 30\8\2002, allorché delle imprese erano state sanzionate anche in dipendenza di un accordo dopo che, tuttavia, la CRI aveva lasciato intendere loro che la relativa contestazione doveva intendersi superata). Per converso, il Collegio ritiene che nulla impedisce all’Autorità, mantenendosi all’interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese sottopostevi, di pervenire ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale; per altro verso, che non ogni minimale cambiamento rispetto alle conclusioni delle risultanze istruttorie esige una riapertura del contraddittorio, essendo questa necessaria, semmai, nell’ipotesi “*in cui il mutamento comporta una proposta aggiuntiva di sanzione*” (C.d.S., VI, n. 4362 del 30\8\2002); infine, il principio della coerenza tra CRI e provvedimento finale non impedisce affatto che in occasione di quest’ultimo, nel mettere definitivamente a fuoco l’addebito, ne vengano ridisegnate in chiave restrittiva le proporzioni, sempre che si rimanga nell’alveo della precedente contestazione (si acceda, cioè, a ricostruzioni in rapporto di continenza rispetto alle ipotesi iniziali).

⁵⁰ Consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Nella pronuncia in esame tale facoltà veniva fatta discendere dall’immediata applicabilità delle disposizioni di cui al Reg. CE 1/03; ora si veda il nuovo art. 14-*bis* della l. n. 287 del 1990, così come introdotto dal d.l. 4 luglio 2006, n. 233, rubricato “Misure cautelari”, a tenore del quale “nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l’Autorità può, d’ufficio, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un’infrazione, deliberare l’adozione di misure cautelari ... Le decisioni adottate ai sensi del comma 1 non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate ... L’Autorità, quando le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari, può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato”. Sia consentito notare, a tal proposito, che la disposizione creerà probabilmente notevoli problemi applicativi: ha correttamente osservato A. POLICE, nel suo intervento alla Giornata di studio sul tema *Promozione e tutela della concorrenza cit.* come il sindacato esercitato dal G.A. non interesserà il tradizionale esercizio del potere, ma solo una sua fase. E, in effetti, l’adozione dei provvedimenti cautelari amministrativi configura un esercizio solo parziale e non definitivo del potere dell’AGCM, rispetto al quale si pone l’ulteriore e (e anch’esso non definitivo) potere del G.A. Se a ciò si aggiunge che in entrambi i casi la cognizione avviene *prima facie*, i rischi di una eccessiva diluizione della (effettiva) tutela delle ragioni dei privati appaiono consistenti, soprattutto nei momenti in cui le loro situazioni sono definite nei termini di un interesse legittimo.

di merito dell'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica" allo scopo di "sostituire la definizione del mercato rilevante effettuata dall'Autorità medesima".

La valutazione dell'AGCM, quindi, non sarebbe sottratta ad un controllo penetrante: la Sezione, a tal proposito, precisa che "il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante, non può spingersi fino a sostituire le valutazioni dell'Autorità, mentre, può verificarne la correttezza, facendo riferimento all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, all'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere".

Ma, anche in questo caso, l'interpretazione avanzata dalla ricorrente non è risultata meritevole di accoglimento in ragione del fatto che essa proponeva una diversa valutazione del mercato rilevante "pur non negando il presupposto di partenza dell'Autorità".

Ancora una volta, si avverte come l'impianto delle decisioni esaminate soffra della (implicita) qualificazione delle situazioni dei privati quali interessi legittimi: se, infatti, si ammettesse che l'AGCM interviene su diritti soggettivi, anche la verifica del (pieno) assolvimento dell'onere della prova sarebbe più stringente, a tutto vantaggio dell'effettività della tutela e della certezza delle decisioni⁵².

Passando ad esaminare le recenti decisioni del Consiglio di Stato in materia, si verifica agevolmente una certa convergenza in merito agli orientamenti espressi dal TAR: in effetti, nella decisione n. 1999/06, datata 11 aprile 2006⁵³, la Sezione VI ha ribadito la legittimità della ridefinizione dell'addebito da parte dell'AGCM in (parziale) modifica dell'imputazione oggetto dell'istruttoria.

Secondo il consiglio di Stato, infatti, è legittima "una diversa ricostruzione delle condotte già oggetto di contestazione, le quali sono state ritenute formare un'unica fattispecie illecita" invece delle tre distinte condotte originariamente ipotizzate; in altri termini, "il principio di

⁵² Non solo: sia in sede giurisdizionale, sia in occasioni di dibattito pubblico, il G.A. si è espresso sempre nel senso di rivendicare il pieno accesso al fatto sottostante alla determinazione dell'AGCM impugnata, considerato esterno all'esercizio del potere discrezionale; senonché la ricostruzione dei presupposti di fatto, come testimoniano i numerosi precedenti richiamati, presuppone spesso volte il ricorso a teorie economiche ed a criteri probabilistici che non possiedono certo la solida struttura del fatto oggettivo storicamente percepibile. E, allora, la formula utilizzata più che risolvere il problema del limite del sindacato concesso al G.A. sembra trasferirlo dalla tradizionale sede della (formazione) della decisione a quello dell'assunzione dei presupposti sui cui essa si fonda. La ricostruzione dell'oggetto del giudizio su diritti soggettivi, ancora una volta, appare più coerente anche con il maggiore rilievo che assume, nell'economia del processo, la fase istruttoria, anche in relazione con la precedente attività precontenziosa.

⁵³ Anche tale pronuncia è consultabile nel sito www.giustizia-amministrativa.it.

corrispondenza tra imputazione e sanzione, anche alla luce delle coordinate elaborate dalla giurisprudenza penale, non osta infatti alla possibilità che l'Autorità, all'esito di un procedimento che non ha decampato dalla cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese sottopostevi, pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale".

Viene altresì ribadito, in tema di obblighi connessi al rispetto del contraddittorio dinanzi all'AGCM, "il consolidato principio pretorio a guisa del quale l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi ex art. 10 della legge n. 241/1990 non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alla traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza".

Da ultimo, la decisione della Sezione VI del Consiglio di Stato, 10 marzo 2006, n. 1271, delimita la sfera di partecipazione alla fase istruttoria escludendo i clienti dell'impresa sanzionata, i quali sono ritenuti titolari di un "interesse riflesso e derivato" tale da non legittimare l'obbligo dell'invio da parte dell'AGCM dell'avviso di avvio del procedimento nei loro confronti, essendo sufficiente a garantire la correttezza del procedimento il loro spontaneo intervento.

E' interessante notare come il Consiglio di Stato abbia pienamente riconfermato in tale decisione la suddivisione voluta dal legislatore in merito al conferimento alla sola AGCM della competenza (generale) in materia *antitrust*, cosicché "i compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione".

Per quanto riguarda il sindacato consentito al G.A. nei confronti dei provvedimenti sanzionatori, la decisione conferma i precedenti resi nel 2002 e nel 2004, espressamente richiamati nella motivazione, con particolare riferimento al compito demandato al giudice di "valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate".

Pure dalla (sintetica) rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato emerge come alla particolare attenzione riservata all'assunzione degli elementi durante il procedimento dinanzi all'AGCM non sembra corrispondere un'altrettanto sviluppata considerazione della posizione e

delle allegazioni dei privati nell'economia complessiva dell'attività istruttoria, della comunicazione delle risultanze istruttorie e del provvedimento finale.

E, in effetti, al di là della isolata sentenza del TAR Lazio n. 12985 del 5 dicembre 2005, con la quale sembra prospettarsi un contraddittorio effettivamente paritetico e, per così dire, “paragiurisdizionale”, nelle altre pronunce si percepisce la tendenza prevalente del Giudice amministrativo ad applicare anche nei procedimenti dinanzi all'AGCM i principi generali in tema di partecipazione contenuti nella l. n. 241 del 1990.

Senonché, come è stato giustamente osservato⁵⁴, la *ratio* della fase istruttoria (e del contraddittorio) dinanzi all'Autorità non può essere giudicata secondo il parametro tradizionale del processo decisionale della p.a.: nel primo caso, infatti, l'istruttoria è strumentale alla successiva “contestualizzazione” della fattispecie alla luce di norme tecniche e concetti giuridici indeterminati nell'esercizio di una funzione neutrale; nel secondo, al contrario, il privato è “invitato” dall'amministrazione a “collaborare”, ma la posizione di supremazia della p.a. nel processo decisionale è indiscutibile e trova fondamento nel potere discrezionale (ed autoritativo) di contemperamento dei diversi interessi pubblici (e privati) coinvolti.

In altri termini, l'automatica applicazione nei giudizi sull'istruttoria condotta dall'AGCM di criteri propri della partecipazione in senso lato è sintomatica di una deriva del procedimento verso l'applicazione di regole proprie dell'imparzialità e non della neutralità come invece sarebbe congruo per la natura dell'*Antitrust*. In questo senso, e senza entrare nel merito delle singole fattispecie controverse, desta una certa perplessità il fatto che l'AGCM possa (ri)determinare autonomamente l'addebito, senza riaprire il contraddittorio con il privato, anche con i temperamenti previsti dal Giudice amministrativo.

L'istruttoria, destinata a culminare nel provvedimento finale (di sanzione), per essere confacente alla natura neutrale della funzione attribuita all'AGCM deve essere condotta in una sorta di contrapposizione dell'Autorità con il privato, in posizione di parità tra le parti e non secondo la logica (collaborativa) dell'acquisizione al procedimento diretto dall'Autorità delle memorie e degli atti dell'incolpato.

⁵⁴ F. MERUSI, intervento al Convegno di Bologna sulla riforma della legge sul procedimento amministrativo del 18 marzo 2006; sul tema si segnala anche il contributo di E. CHITTI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.

Ciò appare tanto più necessario in quelle fattispecie in cui, per espressa ammissione della giurisprudenza, la prova “piena” è di difficile acquisizione e ci si affida, quindi, ad elementi indiziari (“gravi, precisi e concordanti”): è evidente che, in questi casi, la parte privata deve essere messa nelle condizioni di poter accedere all’istruttoria nella misura più ampia possibile, non solo dal punto di vista documentale, ma anche sotto il profilo, per così dire, “logico”, ossia della ricostruzione che l’insieme delle circostanze indiziarie raccolte sembra suggerire all’AGCM.

E, proprio le difficoltà in ordine al regime della prova di alcuni degli elementi strutturali della normativa *antitrust* rafforzano il convincimento che il limite posto dalla giurisprudenza alla sostituibilità delle valutazioni espresse dall’AGCM deve trovare il suo naturale completamento con l’applicazione al giudizio del procedimento (logico) dello schema norma-fatto, ossia dell’istruzione probatoria e della decisione che interviene su diritti soggettivi.

Il privato, infatti, nel rivolgere le sue censure avverso il provvedimento dell’AGCM intende dolersi dell’errata, insufficiente o, comunque, irragionevole contestualizzazione (o sussunzione) della fattispecie concreta all’interno delle categorie definite da norme tecniche o concetti giuridici indeterminati: a voler considerare il provvedimento *antitrust* così come scomposto dalla giurisprudenza⁵⁵, ci si accorge di come il sindacato sui punti *sub b)* e *sub c)* altro non sono che il confronto della fattispecie concreta con il parametro normativo contenuto nella norma tecnica, senza alcuna mediazione di un potere discrezionale.

Il Consiglio di Stato non ritiene di potersi sostituire all’AGCM nel formulare valutazioni sostitutive derivanti dall’applicazione di concetti giuridici indeterminati, ma in modo assolutamente corretto, ritiene di dover procedere alla esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito contestato, tanto più che le norme in materia di concorrenza non sono di “stretta interpretazione”, ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale.

⁵⁵ E’ ormai pacifico l’orientamento del Consiglio di Stato secondo cui “i provvedimenti dell’autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di «contestualizzazione» della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a «concetti giuridici indeterminati» (quali il mercato rilevante, l’abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di un’esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito contestato (le norme in materia di concorrenza non sono di «stretta interpretazione», ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale); c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra «contestualizzato»; d) un’ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente” (decisione n. 1721/06 citata).

Tale raffronto, peraltro, coincide appunto con lo schema normafatto che presuppone, da un lato, l'esclusione di un potere autoritativo; dall'altro, la sussistenza di un diritto che può essere leso dalla condotta delle imprese, la cui tutela è rimessa dalla legge all'AGCM, la quale accerta gli abusi e li reprime applicando le norme e le sanzioni previste.

In quest'ottica, le valutazioni alternative prospettate dai privati non tendono a sostituirsi a quelle dell'AGCM per il tramite della decisione del giudice, ma valgono come ulteriori parametri (rafforzati anche da eventuali consulenze tecniche), alla luce dei quali valutare l'eventuale incompletezza della fase istruttoria o degli elementi costitutivi della violazione. Tali valutazioni, per converso, sarebbero sostitutive (e, quindi, inammissibili) del giudizio dell'AGCM laddove tentassero di orientare diversamente l'opera di contestualizzazione dell'*Antitrust* senza incidere, però, sugli elementi costitutivi su cui essa si fonda.

Il sindacato del giudice nei confronti di ciascuno dei passaggi logici che compongono il percorso decisionale delle autorità, dunque, può essere allora senz'altro pieno quando si procede alla acquisizione ed alla verifica del comportamento.

5. *Provvedimenti sanzionatori dell'AGCM e funzione proconcorrenziale.*

Prima di entrare nel merito della questione circa la possibilità di utilizzare provvedimenti sanzionatori al fine di svolgere un'attività proconcorrenziale, sembra opportuno ricordare che la valutazione delle sanzioni in sé considerate non può essere ricollegata alle argomentazioni generali sin qui esposte.

Le sanzioni, che pure costituiscono oggetto di valutazioni tecnico-discrezionali da parte delle autorità indipendenti, sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo secondo un criterio diverso da quello utilizzato per la verifica delle scelte discrezionali relative alla specificazione del dato normativo e al confronto tra questo e il comportamento accertato. Risulta, infatti, pressoché incontestata la sindacabilità piena della entità delle sanzioni alla luce e in applicazione del disposto dell'art. 23 della legge n. 689/1981, che nel riconoscere (espressamente il riferimento è al giudice ordinario) il potere anche di modifica o riduzione della medesima, attribuisce un potere cognitorio pieno che, alla stregua dei principi generali, ossia in assenza di uno specifico dato normativo, il giudice amministrativo non avrebbe⁵⁶.

⁵⁶ E' ipotizzabile che il sindacato – esteso al merito – che si riconosce pacificamente al G.A. in tema di sanzioni possa essere un possibile punto di partenza per un'ulteriore estensione della

Il problema più delicato, quindi, rimane quello relativo al trattamento delle scelte tecniche operate dalle autorità indipendenti, che presentano sempre un margine di opinabilità, il quale, a sua volta, non deve incidere eccessivamente sulla posizione del privato, compromettendo non solo la stabilità dei suoi interessi sostanziali, ma anche la loro effettiva tutelabilità.

E' chiaro che bisogna tener conto dell'autorevolezza di tali autorità, ossia della loro indipendenza, della competenza tecnica degli organi di vertice e della loro neutralità. La ragione che, però, impedisce la sostituibilità delle scelte delle autorità indipendenti con quelle del giudice non ha natura, per così dire, giuridica, non attiene cioè ai poteri del giudice, ma risponde piuttosto ad un criterio logico-sistematico. L'ammissibilità di una simile sostituzione, infatti, eleverebbe (o forse ridurrebbe) il (ruolo e la posizione del) giudice amministrativo ad autorità indipendente; con la conseguenza che queste autorità sarebbero assolutamente inutili.

L'idea di fondo della giurisprudenza di conservare limiti alla sindacabilità degli atti delle autorità amministrative indipendenti appare sostanzialmente condivisibile e in linea con i principi generali dell'ordinamento, anche se l'infelice richiamo al sindacato "debole" evoca un sistema di controllo molto più ridimensionato (nella portata e nei contenuti) di quello teoricamente ammissibile.

La c.d. contestualizzazione, infatti, è una operazione logicamente complessa dato che i c.d. concetti giuridici indeterminati sono concetti "scivolosi"⁵⁷, dotati di un tasso intrinseco di relatività in quanto diversamente incidenti rispetto ai singoli tipi di comportamenti anticoncorrenziali. Siffatta relatività è ben evidenziata dalla giurisprudenza, che, infatti, per distinguerne il valore, offre una diversa specificazione di mercato rilevante con riferimento alle concentrazioni, alle intese e agli abusi di posizione dominante. Ma sono altresì mutevoli a seconda delle singole imprese prese in considerazione: uno stesso elemento normativo viene, cioè, ad essere contestualizzato in modo diverso a seconda del (riflesso su di esso operato dal) tipo specifico di

cognizione in materia di provvedimenti *antitrust*, in considerazione delle modifiche apportate dal c.d. "pacchetto Bersani". Ed invero, con la possibilità prevista dal nuovo art. 14-*ter* che le imprese pattuiscono con l'AGCM una serie di "impegni" per far venire meno i profili anticoncorrenziali contestati, ci si chiede quale tipo di sindacato potrà essere esercitato laddove gli impegni in questione siano rispettati solo parzialmente.

⁵⁷ Tale considerazione è ancor più valida quando i concetti rimandano a nozioni di origine economica: in tale senso si veda l'approfondita analisi condotta da A POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri cit.*, p. 13 ss, dove si evidenzia l'assoluta relatività, o, meglio, politicità delle nozioni economiche di mercato, concorrenza ed altri concetti spesso posti alla base delle determinazioni degli organismi investiti di funzioni *antitrust*.

comportamento preso in considerazione, ossia in relazione non solo alle (categorie di) intese, abusi o concentrazioni, ma anche in relazione alla singola intesa, al singolo abuso e alla singola concentrazione.

Sono poi criteri interagenti tra di loro: se pensiamo, ad esempio, al “mercato rilevante” e alla “posizione dominante”, emerge con evidenza l'impossibilità di una valutazione singola e indipendente di ciascuno di essi in quanto l'uno interagisce con l'altro. Si tratta, in definitiva, di criteri (la cui applicazione conduce a scelte) profondamente opinabili. Simili peculiarità comportano che l'esercizio, nei singoli casi, della “discrezionalità tecnica” concretizza una operazione obiettivamente difficile e delicata; comportano altresì che la contestualizzazione del dato normativo, interagendo con le caratteristiche del singolo comportamento che viene ritenuto anticoncorrenziale, non si riduce ad una operazione di interpretazione asettica della norma, ma si salda con la verifica del fatto, per cui la *quaestio juris* si fonde con la *quaestio facti*. Impediscono infine che l'accertamento del carattere anticoncorrenziale di un dato comportamento possa “creare” una regola valida in astratto: l'operata contestualizzazione, di norma, acquista rilievo solo per il caso concretamente esaminato.

Il sindacato debole, quale sindacato di ragionevolezza e proporzionalità, si badi bene, è un controllo logico, non tecnico. E' un controllo cioè basato sulla completezza dell'istruttoria, sulla esaustività delle allegazioni, sulla tenuta complessiva delle scelte tecniche effettuate dalle autorità. Per essere accettabile il controllo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti deve basarsi, da un lato, sul pieno accertamento dei fatti e, dall'altro, sulla valutazione comparativa di diverse soluzioni tecniche; valutazione, quest'ultima, che giustifica il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio che, in ordine ad un sindacato realmente debole, non avrebbe invero alcuna ragion d'essere, come dimostra la ridotta esperibilità di tale strumento nella prassi giurisdizionale.

Valutazione che è intesa ad accertare l'abuso (o, se si preferisce la garanzia) del diritto fondamentale all'iniziativa economica: si ripete, la comparazione non deve essere intesa come sostituibilità del giudizio espresso dall'AGCM, ma solo quale parametro comparativo per verificare la corrispondenza della scelta dell'Autorità alle norme tecniche ed ai concetti giuridici indeterminati, all'esito dell'operazione di contestualizzazione.

Né si potrebbe obiettare che il controllo sostitutivo deriva dal solo fatto di ipotizzare un rapporto norma-fatto, atteso che il sindacato giurisdizionale sull'operato dell'AGCM consiste solo nella verifica sulla rispondenza della fattispecie controversa con le norme tecniche e

concetti giuridici indeterminati richiamati nell'istruttoria, senza con ciò pervenire in caso di giudizio negativo ad altro esito che all'annullamento del provvedimento, stante la (in)configurabilità dell'abuso del diritto.

Va altresì considerato che sindacato debole e sindacato forte non rappresentano due prospettive contrapposte: si passa, infatti, dal controllo pieno e sostanziale ad un controllo, più limitato e indiretto, secondo, però, una linea di continuità, che comprende, oltre alle posizioni più estreme, anche tutta una serie di posizioni intermedie.

Ciò che è auspicabile, in definitiva, conformemente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, è che l'ago della bilancia, da un lato, si arresti prima del controllo propriamente forte che determinerebbe una inammissibile sostituzione delle scelte tecniche di matrice giurisprudenziale a quelle delle autorità indipendenti, ma, dal lato opposto, non si limiti ad un controllo di semplice "attendibilità" del ragionamento svolto dalle autorità, che ridurrebbe il sindacato ad un controllo "fraseologico", incentrato cioè sugli enunciati linguistici contenuti negli atti delle autorità.

Il discorso sulla natura del potere esercitato dall'AGCM, sulla qualificazione delle posizioni dei privati (anche sotto il profilo del sindacato giurisdizionale), peraltro, offre interessanti spunti di approfondimento anche in relazione alla nuova percezione che si va diffondendo in merito alla funzione delle autorità *antitrust*. I compiti di tutela della concorrenza, infatti, non sembrano più esaurirsi in decisioni atte a rimuovere i comportamenti che comprimono il diritto alla libera iniziativa economica, ma si estendono sempre più ad interventi (in positivo) con i quali stimolare il processo di apertura del mercato.

Quella che viene definita regolazione c.d. "proconcorrenziale"⁵⁸, dunque, sembra non essere solo una funzione che appartiene, come verificato in precedenza, alle autorità di regolazione, preposte a settori non completamente liberalizzati in cui vengono erogate prestazioni di pubblico servizio, ma esprimere un'attitudine generale degli organismi indipendenti⁵⁹.

In quest'ottica, pare opportuno soffermarsi su una recente sentenza del TAR Lazio, 13 marzo 2006, n. 1898⁶⁰, con la quale è stata

⁵⁸ La definizione è tratta da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.

⁵⁹ In questo senso, si ricordano le recenti sentenze della Corte Costituzionale, n. 14 e n. 272 del 2004, con le quali la Corte ha affermato che la concorrenza, quale valore costituzionalmente rilevante, non consiste solo nella tutela dei settori già liberalizzati o privatizzati, ma nel complesso di interventi, anche propulsivi con i quali pervenire al risultato di promuovere la libertà di iniziativa economica.

⁶⁰ Consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

decisa la questione relativa alle conseguenze sul mercato dell'operazione di concentrazione tra TERNA e Cassa Depositi e Prestiti. Partendo dalla circostanza che quest'ultima possiede il 30 % di Enel S.p.A. l'AGCM ha ritenuto che i riflessi possibili (ossia prevedibili *ex ante*) sul mercato e sul comportamento delle imprese fossero tali da lasciar presumere un futuro comportamento discriminatorio della società proprietaria della rete ed incaricata della gestione (TERNNA) per favorire l'Enel, che opera nel mercato "a valle" del dispacciamento e della distribuzione.

Secondo il TAR la decisione dell'AGCM di subordinare l'autorizzazione alla cessione da parte di Cassa Depositi e Prestiti della partecipazione azionaria in Enel sarebbe legittima, proprio sull'assunto che nel mercato della distribuzione e del dispacciamento dell'energia "le dinamiche concorrenziali devono essere in grado di operare senza condizionamenti e dove, anzi, sussiste un obiettivo promozione della concorrenza".

Posto che nel giudizio sui provvedimenti relativi a concentrazioni occorre privilegiare una "valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali" quali effetti anticompetitivi e anticoncorrenziali, il TAR ha respinto il ricorso di Cassa Depositi e Prestiti affermando la legittimità dell'assunto posto a fondamento della decisione dell'AGCM, consistente nell'affermazione che "gli effetti restrittivi che l'Autorità ravvisa non si fondano sulla possibilità che il nuovo gestore, andando contro gli interessi dei propri azionisti, scarti progetti di investimento redditizi al fine di avvantaggiare Enel, quanto nel fatto che, sulla base della propria discrezionalità tecnica ineliminabile, selezioni e consideri prioritari i progetti, o effettui le scelte, che non peggiorano, o che migliorano, le condizioni di mercato per l'operatore dominante".

A ciò si aggiunge che "tale argomentazione non è illogica né è basata su un travisamento dei fatti ma, anzi, prende in considerazione i comportamenti anticoncorrenziali più insidiosi, vale a dire quelli che, almeno in apparenza, non costituiscono abuso di posizione dominante sui mercati considerati e, purtuttavia, privilegiando tra più scelte lecite quelle più utili al conseguimento del massimo profitto sulla base dell'intreccio azionario esistente, possono produrre effetti distorsivi della concorrenza".

E' naturale, a questo punto, che sorga il dubbio su quanto la funzione di regolazione proconcorrenziale sia effettivamente compatibile con la predicata natura di organo neutrale dell'AGCM: soprattutto con riferimento alle istruttorie concernenti il provvedimento di (rilascio della) autorizzazione ad operazioni di concentrazione, ossia in quelle fattispecie in cui assume maggior rilievo una valutazione prognostica, il rischio che

l'Autorità possa esorbitare dalla funzione di mero (o, meglio di meritevole) arbitraggio non appare irrilevante.

Appare evidente che l'intento di promuovere la concorrenza sia indubbiamente dettato da condivisibili propositi di tutela del diritto fondamentale alla libera iniziativa economica, ma una simile operazione avvicina pericolosamente l'AGCM alle (differenti) autorità di regolazione che devono "accompagnare" la transizione di alcuni settori di interesse generale da situazioni di monopolio o riserva alla liberalizzazione.

Proprio tale funzione postula l'esistenza di un interesse pubblico cui corrisponde l'attribuzione di un potere in capo alle autorità di regolazione che si esprime in attività discrezionale (imparziale) a fronte della quale si individua un interesse legittimo degli operatori privati.

D'altra parte, le autorità di regolazione, per la natura peculiare dei compiti loro assegnate non sono poste al di fuori del circuito istituzionale della p.a., sussistendo un collegamento più o meno intenso con i Ministeri competenti *ratione materiae* allorquando le decisioni da adottare sono connotate da un contenuto generale, sia esso politico o sociale.

Se questo è vero, allora si comprende perché si è detto che l'AGCM si avvicina "pericolosamente" alla posizione delle autorità di regolazione: non si contesta (anzi, si elogia apertamente) la funzione proconcorrenziale svolta dalle autorità di regolazione, ma si ritiene, per le ragioni appena esposte, che tale attività mal si concilia con la funzione di arbitraggio assegnata dal legislatore all'AGCM⁶¹.

In altri termini, non si discute se sia opportuno o meno che esista una funzione di regolazione proconcorrenziale, quanto piuttosto del possibile *deficit* di tutela (anche costituzionale) che deriva da tale sopravvenuta mutazione dell'AGCM.

Ed, allora, la qualificazione nei termini di diritto soggettivo della posizione giuridica dei privati coinvolti nei procedimenti dell'AGCM sembra rispondere ad un triplice ordine di esigenze: in primo luogo, quella di operare un sostanziale rafforzamento del carattere neutrale della AGCM, rinnovando il monito a restare fedele al suo compito istituzionale di arbitraggio, a adoperare con serena obiettività le

⁶¹ In tal senso, del resto, si pone anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale cit.*, p. 171, secondo il quale "che le norme europee ed italiane in tema di concentrazioni e di condotte restrittive o abusive non consentano alle autorità di tutela della concorrenza di imporre unilateralmente alle imprese interessate impegni che eccedono gli effetti restrittivi di volta in volta derivanti dalle singole operazioni considerate è pacifico". Lo stesso A., più avanti, afferma che "appare dunque da escludere che le autorità *antitrust* possano operare in senso proprio come regolatori", incontrando in ogni caso tale attività "il limite costituito dalla necessaria corrispondenza tra l'ambito del loro intervento ... e gli specifici effetti anti-concorrenziali dell'operazione" (p. 172).

prerogative ad essa conferita, soprattutto nelle valutazioni prognostiche; in secondo luogo, quella di formulare una forte sollecitazione verso il Giudice amministrativo affinché eserciti un penetrante controllo sui provvedimenti dell'AGCM, senza restare impigliato nelle problematiche della discrezionalità (opportunità) della scelta operata, ma concentrandosi sulla dialettica norma-potere, limitata alla pronuncia di (eventuale) annullamento; da ultimo, e in conseguenza di quanto appena sostenuto, quella di ribadire la centralità del contraddittorio nella fase istruttoria quale preconditione (e parametro di legittimità) della successiva indagine giurisdizionale, cosicché lo scrutinio di ragionevolezza e probabilità condotto dal giudice non interessa le scelte tecniche, attraverso indebite "sostituzioni", ma si limiti ad un raffronto tra le soluzioni prospettate al fine di verificarne la sussumibilità all'interno delle norme tecniche o dei concetti giuridici indeterminati di riferimento.

6. *L'effettività della tutela secondo la Corte di Giustizia: una soluzione (non solo) processuale.*

Sulla base della disamina condotta, appare chiaro, a questo punto, che la perimetrazione del sindacato giurisdizionale secondo lo schema norma-fatto assume un'importanza decisiva per ricondurre (il modello del)le autorità di garanzia all'interno dell'apparato amministrativo inteso in senso ampio.

L'effettività del controllo giurisdizionale opera come elemento correttivo rispetto alla estraneità dell'AGCM dal circuito istituzionale e, pertanto, il Giudice (amministrativo) deve essere messo nelle condizioni di poter operare un penetrante scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità indirizzato non tanto (e non solo) a tutelare il procedimento ed il suo svolgimento, quanto piuttosto ad operare la funzione di arbitraggio connessa alla funzione di vigilanza sul mercato, mediando attentamente tra tutela (anche propulsiva) del diritto alla libera iniziativa economica e "fughe in avanti" tipiche di un intervento non più neutrale, ma imparziale.

Non si nega che tale operazione sia particolarmente delicata, ma, d'altra parte, essa si rende vieppiù necessaria per garantire il corretto equilibrio tra i diversi protagonisti del mercato.

Si badi, infatti, che l'attribuzione di una funzione neutrale all'Autorità e la qualificazione della posizione dei privati come diritto soggettivo non significa vincolare il giudizio sulla (manifestazione patologica della) concorrenza ad una mera fotografia dello stato giuridico esistente: in questo modo, infatti, si negherebbe il dato storico, prima ancora che giuridico, della meritoria opera delle autorità di

garanzia a favore dell'apertura dei mercati, nonché dell'altrettanto incisiva opera della Commissione Europea e dei Giudici comunitari e nazionali.

Al contrario, si ritiene che l'AGCM, operando attraverso norme tecniche e concetti giuridici indeterminati, ossia clausole generali, è dotato di quelle competenze e degli strumenti necessari per assicurare la flessibilità e la dinamicità del sistema (e del mercato).

Va precisato, d'altro canto, che i concetti giuridici indeterminati definiscono il loro concreto contenuto per effetto di valutazioni economiche (e, a volte, sociali) mediate dall'interprete e ciò determina un duplice ordine di conseguenze.

Da un lato, la congruenza e la proporzionalità della decisione dell'AGCM in ordine alla fattispecie concreta rispetto a tali concetti ben può essere sottoposta allo scrutinio del Giudice amministrativo, chiamato ad operare un giudizio sulla correttezza dell'operazione di contestualizzazione (e, quindi, di tutela del diritto o di repressione dell'abuso), senza procedere a valutazioni sostitutive; dall'altro, la rilevata dinamicità e flessibilità dei concetti giuridici indeterminati esclude che l'AGCM si possa fare portatore di un autonomo interesse (pubblico) al cambiamento (o apertura) del mercato, limitandosi ad interpretare le esigenze da esso provenienti.

Il tutto senza dimenticare che l'attività interpretativa incontra comunque il limite fisiologico del testo della norma, così da preservare in ogni caso la necessaria competenza (*rectius* supremazia) del legislatore nel processo di regolazione normativa del mercato.

In altri termini, l'AGCM è autorità di garanzia che esercita una funzione neutrale (e non è, invece, un'autorità di regolazione investita di un potere autoritativo discrezionale per il perseguimento in un interesse pubblico): essa, pertanto, non sembra poter assumere il ruolo di motore propulsivo (iniziale) dei cambiamenti del mercato, ma solo quello (che già esercita in modo attento e sapiente) di strumento di tutela (e stimolo) di processi evolutivi che trovano origine esclusivamente nella legislazione del mercato, nonché di strumento di (re)azione avverso le patologie che colpiscono il suo corretto funzionamento (sulle quali l'AGCM interviene nello svolgimento della funzione di vigilanza)⁶².

⁶² Come ha recentemente osservato M. CLARICH, nel suo intervento alla Giornata di studio sul tema *Promozione e tutela della concorrenza cit.*, la differenza sussistente tra le funzioni di regolazione, propriamente intese, e quelle neutrali, di garanzia di un settore, non pare sempre avvertibile in misura chiara; anzi, se ne ritrova talvolta traccia solo attraverso una paziente opera ricostruttiva del dato normativo che, inconsapevolmente, riconferma l'insopprimibile distinzione tra le *species* del *genus* funzione amministrativa.

A tal proposito, vale la pena di soffermarsi sulla recente disciplina posta dalla nota 1 .28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio, laddove, all'art. 20 si prevedono le forme di coordinamento dell'attività delle Autorità (ossia della Banca d'Italia, della CONSOB,

Un ulteriore spunto a conferma della necessità di racchiudere entro ambiti certi l'azione di intervento dell'organismo preposto alla tutela della concorrenza e del mercato sembra potersi trarre da una recente sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europee⁶³.

La vicenda controversa riguardava una decisione della Commissione con la quale si riteneva che un'operazione di concentrazione tra due imprese avrebbe dato luogo ad un conglomerato incompatibile con l'assetto del mercato comune. Avverso tale determinazione le imprese avevano promosso ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado della Comunità Europea, il quale aveva annullato la decisione⁶⁴. Nel proporre appello avverso detta sentenza, la Commissione, tra l'altro, sosteneva che il collegio di primo grado sarebbe incorso nella violazione dell'art. 230 Trattato CE, esercitando un sindacato esorbitante la ripartizione delle competenze relative all'esercizio del potere discrezionale attribuito, invece, alla Commissione stessa. In particolare, si assumeva in contrasto con l'assetto delle competenze stabilite nel diritto comunitario l'attività di controllo effettuata dal Tribunale, che si era spinto sino a controllare i dati economici posti a fondamento della decisione impugnata. Senza entrare nel merito della controversia, interessa qui evidenziare come la Corte di Giustizia abbia respinto tale censura, utilizzando un'argomentazione di natura (forse solo apparentemente) processuale: il Tribunale di primo grado, infatti, nell'annullare il provvedimento della Commissione aveva rilevato come l'impianto motivazionale presupposto non fosse sorretto

dell'ISVAP, della COVIP e dell'AGCM) “per l'esercizio delle competenze ad essi attribuite anche attraverso protocolli d'intesa o l'istituzione, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, di comitati di coordinamento”, mentre il successivo art. 21 sollecita la collaborazione fra le medesime autorità “anche mediante scambio di informazioni, per agevolare l'esercizio delle rispettive funzioni”. E, però, l'omogeneità con la quale il legislatore disciplina l'attività dei riferiti organismi viene meno nel momento in cui, per l'adozione di atti regolamentari e generali (art. 23), ci si riferisce solo a Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP: solo tali organismi, infatti, sono tenuti a “motivare con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono” gli “atti di regolazione generale” (co. 1). Non solo: gli stessi provvedimenti devono essere corredati da “una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori” tenendo conto “in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari”. L'esclusione dell'AGCM da tale disposizione non sembra causale, ma, anzi, radica ancora una volta il convincimento che l'AGCM non sia chiamata a svolgere alcuna funzione di regolazione e, quindi, non possa intendere l'esercizio delle sue prerogative in senso pro-concorrenziale.

⁶³ Cfr. C.G.C.E. – Grande Sezione, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Tetra Laval*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, I, 2005, p. 272 ss.

⁶⁴ Vedi Trib. I grado CE, sentenza 25 ottobre 2002, causa T-5/02, in *Foro it.*, 2003, IV, p. 123 ss.

da una “*convincing evidence*”, ossia da una “prova solida” (o, se si vuole, piena)⁶⁵.

A tal proposito, la Corte di Giustizia osserva condivisibilmente che il Tribunale di primo grado “non ha in alcun modo aggiunto un requisito relativo al grado di prova richiesto, ma si è semplicemente limitato a rammentare la funzione essenziale della prova, che è di persuadere in merito alla fondatezza di una tesi o, come nella fattispecie, di una decisione in tema di concentrazione”⁶⁶. Non solo: aggiunge la Corte che “un’analisi prospettica, come quelle indispensabili in materia di controllo delle concentrazioni, deve essere effettuata con notevole attenzione dal momento che non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una

⁶⁵ Si veda, in particolare, il par. 119 della sentenza Trib. I grado CE cit., in cui il tribunale afferma, in via generale, che il sindacato giurisdizionale sul potere della Commissione di vietare operazioni di fusione “che è essenziale per la determinazione delle regole in materia di concentrazioni, dev’essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle regole di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni”, rifacendosi al principio enunciato per la prima volta nella sentenza della Corte di Giustizia 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, nota anche come sentenza *Kali e Salz* (consultabile in *Foro it.*, 1999, IV, p. 183 ss., con nota di G. TESAURO).

Di qui, la conseguente affermazione, contenuta nel par. 155, per cui “l’analisi della Commissione in merito a un’operazione di concentrazione di cui si prevede l’effetto di conglomerato anticoncorrenziale richiede un esame particolarmente attento delle circostanze che si rivelano pertinenti per valutare tale effetto sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante”, ossia, in altri termini, “un esame puntuale, corroborato da solidi elementi di prova, delle circostanze che si asserisce producano i detti effetti”.

Nella concreta valutazione della legittimità dell’operato della Commissione, dunque, il Tribunale si attiene rigorosamente a tale principio, applicato a ciascuno dei profili della fusione che, nella prospettazione della decisione impugnata, sarebbero stati in contrasto con i principi della concorrenza e del libero mercato.

Nei successivi paragrafi, quindi, il Tribunale ha cura di verificare, non già il merito delle conclusioni tratte dalla Commissione, bensì la persuasività dell’impianto probatorio ad esse presupposto. In particolare, il contenuto del par. 162 è paradigmatico del criterio di giudizio adottato dal Tribunale, dal momento che ivi si precisa come “occorre esaminare se la Commissione abbia fondato su elementi di prova sufficientemente solidi la sua analisi prospettica in merito alla probabilità di un effetto leva a partire dai mercati del cartone asettico nonché in merito alle conseguenze di un effetto del genere da parte della nuova entità”; tale analisi, peraltro, non è libera, ma deve essere limitata “a tener conto ... dei comportamenti che, almeno verosimilmente, non sarebbero illegittimi” e, inoltre, siccome involge valutazioni prognostiche proiettate nel futuro, “dev’essere, fatto salvo il suo margine discrezionale, particolarmente plausibile”. E, così, l’oggetto del giudizio si concentra sulla “*convincine evidence*” addotta (o meno) dalla Commissione in merito ai profili di volta in volta esaminati: in particolare, quando il Tribunale non ritiene che essa sia raggiunta, argomenta la propria conclusione sempre sul piano probatorio, senza entrare nel merito delle considerazioni svolte (si vedano, a tal proposito, i parr. 212-213-214-221-235-256-283-307-333-336).

⁶⁶ Così par. 41 della sentenza C.G.C.E., 15 febbraio 2005, cit.

più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista⁶⁷.

La Corte di Giustizia, dunque, avverte come la materia delle fusioni e concentrazioni sia connotata da un elevato grado incertezza, soprattutto in relazione alla determinazione del meccanismo causa/effetto⁶⁸ e della prova ad esso sottesa. Sennonché la Corte, invece di rimettere alla scelta discrezionale della Commissione la valutazione sulla ricostruzione (o, se si vuole, la contestualizzazione) degli elementi costitutivi (*i.e.* concetti giuridici indeterminati) della concreta fattispecie oggetto d'indagine, attrae l'analisi delle operazioni di concentrazione⁶⁹ nell'ambito della formazione della prova. Afferma, infatti, il Giudice comunitario che “è particolarmente rilevante la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiara l'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune, dal momento che tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali, in caso di omessa adozione di una siffatta decisione, sarebbe plausibile il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione”⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. par. 42 della sentenza C.G.C.E., 15 febbraio 2005, cit.

⁶⁸ Laddove la causa è l'operazione oggetto di indagine da parte della Commissione e l'effetto è la negativa conseguenza che si produce sul mercato *sub specie* di creazione di posizioni dominanti o di intese restrittive della concorrenza.

⁶⁹ Ma il discorso è validamente estensibile a tutte le ipotesi di valutazione – o intervento – di natura proconcorrenziale, inteso come esercizio del potere in via preventiva e non repressiva di un abuso già consumato.

⁷⁰ Così par. 44 della sentenza C.G.C.E., 15 febbraio 2005, cit. Si noti, poi, come la Corte si preoccupi poi di analizzare puntualmente i singoli passaggi della sentenza di primo grado, confermando la validità dell'interpretazione formulata dal Tribunale. In particolare, la Corte, nel par. 46, ritiene che “per quanto riguarda il concreto sindacato giurisdizionale cui ha proceduto il Tribunale nella presente causa, dall'esempio addotto dalla Commissione, relativo alla crescita dell'impiego degli imballaggi PET per i prodotti sensibili, non emerge che il Tribunale abbia ecceduto i limiti tipici del controllo di una decisione amministrativa da parte del giudice comunitario. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il punto 211 della sentenza impugnata rappresenta solo una riformulazione più concisa, nella forma di una constatazione del Tribunale, dell'ammissione della Commissione in sede di udienza, sintetizzata al punto 210 della stessa sentenza, in merito al carattere esagerato della sua previsione, esplicitata nella decisione controversa, in merito all'incremento dell'impiego del PET per l'imballaggio del latte UHT. Al punto 212 della suddetta sentenza, il Tribunale ha giustificato il motivo per il quale ha ritenuto che gli elementi di prova adottati dalla Commissione fossero infondati osservando che solo la relazione PCI, fra le tre relazioni indipendenti menzionate dalla Commissione, contiene un dato relativo all'impiego del PET per l'imballaggio del latte. Il suddetto giudice ha proseguito, sempre al punto 212, dimostrando il carattere poco convincente delle prove fornite dalla Commissione ed evidenziando il carattere scarsamente significativo della crescita prevista in tale relazione PCI nonché la mancata corrispondenza tra la previsione della Commissione in merito all'impiego del PET e i dati incontestati delle altre relazioni per quanto riguarda l'utilizzo dello HDPE. Per quanto riguarda il punto 213 della

In definitiva, secondo la Corte di Giustizia, il controllo effettuato dal Tribunale non invade le competenze attribuite alla Commissione *ex art. 230 Trattato CE*, ma si è legittimamente esaurito entro la valutazione della prova rimessa in via esclusiva al giudice. Le conclusioni poste a base della decisione annullata, infatti, non sono oggetto di un sindacato diretto, ma vengono ritenute “viziate da inesattezza in quanto fondate su elementi insufficienti, incompleti, poco significativi e discordanti”⁷¹.

Questo profilo appare di fondamentale importanza: la Corte, infatti, non ha ritenuto che le competesse un potere sostitutivo rispetto alla Commissione in relazione al giudizio sulle decisioni in materia di concorrenza⁷², ma ha voluto piuttosto evidenziare il limite (apparentemente solo) processuale entro il quale la Commissione deve agire nell'esercizio delle sue prerogative. In realtà, ci si accorge abbastanza facilmente che le argomentazioni utilizzate dal Giudice comunitario presuppongono, a monte, la preoccupazione di una effettiva tutela delle situazioni giuridiche dei privati coinvolti nei procedimenti *antitrust*⁷³.

Non appare irragionevole ipotizzare che la Corte abbia voluto fornire solo una risposta pragmatica al problema, in modo da assicurare *de facto* una maggiore tutela in sede processuale, anche se con inevitabili riflessi sulla fase precontenziosa. Eppure sembra possibile spingersi oltre, confrontando i principi ricostruttivi del presente contributo con quelli desumibili dalla sentenza *Tetra Laval*.

La centralità della c.d. *convincing evidence*, ossia del(raggiungimento del)la piena prova quale presupposto della decisione della Commissione, individua un giudizio che non pare vertere sull'esercizio di un potere (si discrezionale ma non) autoritativo, secondo lo schema della norma-

sentenza impugnata, il Tribunale si limita a rilevare il carattere incompleto dell'analisi della Commissione, che rende impossibile una conferma delle previsioni di quest'ultima con riferimento alle differenze osservate tra le suddette previsioni e quelle delle altre relazioni”.

⁷¹ In questi termini, par. 44 della sentenza C.G.C.E., 15 febbraio 2005, cit.

⁷² Il che, astrattamente argomentando, sarebbe pure prospettabile, dal momento che la Commissione (al contrario degli organismi *antitrust* nazionali) non è un soggetto terzo ed imparziale, ma, al contrario, un organo investito di poteri pubblici per il perseguimento di interessi generali. Con il che sarebbe anche possibile ipotizzare che la questione controversa debba essere completamente devoluta alla cognizione della Corte di Giustizia.

⁷³ Si ricorda che già nel dicembre 2001, la Commissione europea aveva pubblicato un Libro Verde in materia di concentrazioni tra imprese, aprendo un *iter* di revisione della materia sfociato poi nel regolamento 1/2003 di riforma del procedimento *antitrust*. Ciò che interessa rilevare, però, è che già in quell'occasione il Parlamento Europeo, con un parere non vincolante del 9 ottobre 2003, aveva avvertito l'esigenza di una più chiara (e, quindi, effettiva) tutela dei diritti delle imprese interessate, rifiutando ogni impostazione che attribuisce alla Commissione poteri quasi giurisdizionali e, anzi, criticando l'ambiguità del doppio ruolo della Commissione quale organo istruttore e decisionale, ben distante dal modello statunitense in cui il giudizio su una fusione o concentrazione è rimesso ad un giudice terzo.

potere-fatto; anzi, sembra indirizzarsi verso un oggetto processuale che interessa i diritti delle imprese e le disposizioni comunitarie a tutela del libero mercato, secondo il metro di giudizio norma-fatto.

Conseguentemente, il giudice viene chiamato (non a vagliare la legittimità del potere discrezionale ma) a verificare la sussumibilità della fattispecie concreta nel divieto posto dalla normativa comunitaria attraverso l'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati.

Sembra indubbio, d'altra parte, che la *convincing evidence* incide, sotto il profilo sostanziale, sulla facoltà della Commissione di attuare una politica proconcorrenziale: ciò, non tanto in relazione agli indirizzi che essa intende promuovere, quanto, piuttosto, alle garanzie che devono essere poste a tutela della posizione del privato, sia nella fase procedimentale, sia in quella (eventualmente) processuale.

Ritornando così alle considerazioni generali sui rischi connessi all'esercizio di funzioni proconcorrenziali, va osservato come la Corte non paia aver voluto "svilire" l'importanza del ruolo della Commissione nella politica della concorrenza, né sostituirsi ad essa nel sindacato sulle decisioni adottate: semmai, la Corte di Giustizia appare animata dalla (condivisibile) preoccupazione di evitare "fughe in avanti" che incidono sulle situazioni soggettive dei privati, promosse da soggetti privi di alcuna investitura (neppure indiretta) democratica.

La sentenza *Tetra Laval* offre allora un contributo prezioso nella definizione generale di quelli che dovrebbero essere i rapporti tra soggetti investiti della funzione *antitrust*, imprese e giudici: senza incidere sull'attribuzione delle competenze, infatti, si pone un più stringente onere probatorio a carico dell'autorità pubblica che, pur rilevando sotto il profilo (in ultima analisi) processuale, sembra presupporre la qualificazione in termini di pieno diritto (soggettivo) della situazione delle imprese; con tutto quel che ne segue dal punto di vista dell'effettività della tutela e sulla competenza, anzi tutto normativa, nella definizione del loro contenuto.

Un cenno, infine, alle recenti innovazioni introdotte con il d.l. 4 luglio 2006, n. 233, noto anche come "Pacchetto Bersani".

La *ratio* delle modifiche apportate alla l. n. 287 del 1990 è evidentemente quella di attribuire all'AGCM ulteriori (e rilevanti) strumenti d'intervento per tutelare (o, forse, promuovere) la concorrenza sul mercato: in questo senso, dunque, vanno interpretate le nuove disposizioni relative alle misure cautelari, agli impegni ed ai programmi di clemenza. L'estensione delle prerogative dell'AGCM, in un senso sempre più orientato ad un intervento attivo nel mercato, getta una nuova luce sul dibattito in merito alla reale natura dell'AGCM. Una volta superate le difficoltà ad inserire la figura dell'organismo indipendente all'interno

dell'apparato amministrativo tradizionale, nonché ad individuarne la funzione, infatti, resta ancora da superare l'ultimo, ma forse più arduo, ostacolo relativo ai riflessi che l'attività posta in essere dall'AGCM produce sulla posizione giuridica dei destinatari.

La (non pienamente risolta) questione della natura neutrale (o anche regolatoria) dell'AGCM pone quindi le premesse per una futura sovrapposizione di poteri – autoritativi e non – che inciderebbero contemporaneamente su interessi legittimi e diritti soggettivi appartenenti al medesimo soggetto, a scapito della univoca qualificazione dei rapporti giuridici e della chiara estensione del sindacato giurisdizionale; si auspica, quindi, che le nuove attribuzioni conferite all'AGCM siano l'occasione per avviare un dibattito volto a superare definitivamente le prospettate incertezze.