



***DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E IMPRESA
XXIX ciclo***

Coordinatore: Chiar. mo Prof. Giuseppe Melis

Tesi di Dottorato

**CONCORRENZA: REGOLAZIONE E CONTROLLO
DEI MERCATI. PROFILI SOSTANZIALI E
PROCESSUALI.**

Tutor:

Chiar. mo Prof. Gustavo Olivieri

Dottorando:

Angela Orecchio

Anno accademico: 2016/2017

Concorrenza: regolazione e controllo dei mercati. Profili sostanziali e processuali.

*A zio Tonino,
che con la fiducia di un padre ha sempre creduto nei miei
traguardi, ambiziosi ed insperati.*

INDICE GENERALE

Introduzione e premessa metodologica.....	1
CAPITOLO I: I rapporti tra regolazione e concorrenza.....	4
1. Le Authorities. Breve storia e fondamento costituzionale.	4
1.1. Il problema dell' <i>actio finium regundorum</i> . Il caso delle pratiche commerciali scorrette	13
1.2 L'Antitrust tra regolazione e concorrenza. L'AIR e l'AIRC.....	32
1.3 Quando l'AGCM regola. Il caso degli impegni.	38
3. Il controllo sulle concentrazioni. Breve Benchmark col sistema comunitario ..	47
4. I nuovi poteri dell'Antitrust	52
5. Conclusioni	55
CAPITOLO II: I rapporti tra controllo amministrativo e sindacato giurisdizionale	59
1. Il problema dei limiti al sindacato sui provvedimenti della Autorità Amministrative Indipendenti e i tipi di sindacato.	59
2. Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM. La giurisdizione di merito sulle sanzioni.	65
2.1 L'evoluzione della giurisprudenza sul sindacato in materia di sanzioni.	78
3. L'essenza del sindacato di merito nel tempo. Riflessi sulla giurisdizione sulle sanzioni.	88
4. Il confronto del sindacato nazionale con il modello comunitario.	95
3. Conclusioni	107
CAPITOLO III: L'effettività della tutela giurisdizionale avverso le sanzioni antitrust.	110
1. Peculiarità del procedimento davanti all'AGCM.....	110
1.1. Consob e AGCM procedimenti a confronto.....	117
2. Gli standard Cedu e il procedimento amministrativo nazionale.	122
3. La sentenza Menarini e il sistema di controllo giurisdizionale italiano.	130
3.1. Le verità dietro l'opinione dissenziente del giudice Pinto di Albuquerque..	134
4. Il sapere tecnico e i limiti cognitivi del giudice.	138
Riflessioni conclusive.....	147
BIBLIOGRAFIA	153
Giurisprudenza	163

Introduzione e premessa metodologica

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare il difficile rapporto tra regolazione e controllo dei mercati ai vari livelli in cui quest'ultimo si dipana, prima amministrativo e poi giurisdizionale, nell'ottica di proporre eventuali soluzioni che possano agevolare il recepimento dei parametri comunitari di tutela della concorrenza, con uno sguardo ai modelli adottati dagli altri Stati membri e dalle istituzioni dell'Unione Europea (da ora UE).

In particolare, l'analisi verte innanzitutto sull'intreccio di competenze tra le varie Autorità investite del controllo settoriale e le competenze trasversali dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (da ora AGCM), per quanto concerne il piano amministrativo; successivamente l'indagine si sposta sul crinale giurisdizionale, verificando i rapporti tra il sindacato del giudice amministrativo, soprattutto di merito sulle sanzioni, e l'ampia discrezionalità tecnica delle Authorities in generale, e dell'AGCM in particolare.

Nel corso del lavoro, si vuole fornire una panoramica sui possibili ostacoli normativi o, più in generale, di sistema all'allineamento con gli standard di tutela concorrenziale cui mira la disciplina dell'UE e prospettare soluzioni pragmatiche che consentano un miglior coordinamento tra Autorità di regolazione e Autorità trasversale e tra quest'ultima e il giudice amministrativo.

Il problema di tale coordinamento si presenta di difficile soluzione soprattutto ove si tenga conto del fatto che -sebbene in determinati settori «sensibili», che richiedono interventi «neutrali», il diritto comunitario imponga l'istituzione da parte degli Stati membri di autorità specializzate dotate di adeguata indipendenza- sul piano UE le funzioni di regolamentazione e di vigilanza rimangono tuttavia

affidate alla sola Commissione, non esistendo un modello comunitario di Autorità indipendenti con funzioni regolatorie cui ispirarsi.

Alla luce di quanto premesso, si intende anzitutto procedere ad un'analisi dell'attuale ripartizione di competenze tra Authorities in Italia, volta a verificare le difficoltà nella definizione dei rispettivi ambiti di intervento e i relativi intrecci di competenze.

Quindi si procede esaminando l'evoluzione dei criteri normativi e giurisprudenziali finora individuati per la soluzione dei conflitti e l'impatto pratico della loro applicazione nelle fattispecie «trasversali».

Successivamente si andranno a scandagliare i profili critici sul fronte dei rapporti tra il primo livello di controllo da parte delle Autorità e il secondo livello, quello giurisdizionale, con uno sguardo ai parametri della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (da ora CEDU).

A quest'ultimo riguardo, l'analisi si presenta particolarmente interessante sul crinale dei rapporti tra poteri sanzionatori e sindacato giurisdizionale, soprattutto rispetto al giudizio di merito sulle sanzioni, essendo quest'ultimo penetrante potere indubbiamente l'area più scoscesa nella ricerca degli equilibri che consentano le soluzioni maggiormente proconcorrenziali.

Sul punto, è interessante interrogarsi fino a dove possa spingersi il potere sostitutivo del giudice nella modifica del *quantum* sanzionatorio, come concretamente si svolge e come astrattamente potrebbe o dovrebbe atteggiarsi nell'ottica di un'apertura verso l'armonizzazione della tutela della concorrenza cui tende il Regolamento 1/2003 (CE). Il Regolamento in parola, infatti, propone una modernizzazione del sistema di *enforcement* comunitario attraverso una convergenza delle politiche nazionali e configura le autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza come

strumenti operativi della Commissione nell'attuazione degli articoli 81 e 82 del TCE (ora 101 e 102 TFUE).

L'analisi, in sostanza, si propone di mettere in luce fino a che punto la rete di cooperazione tra le Autorità nazionali di tutela della concorrenza, attraverso l'applicazione decentrata del Trattato, coinvolga altresì gli organi giurisdizionali, e come il nostro ordinamento, rispetto agli altri Stati membri, abbia recepito normativamente e a livello giurisprudenziale l'«europeizzazione» dei processi amministrativi nazionali di cui è fautore il Regolamento 1/2003 (CE).

Il lavoro si concluderà affrontando un altro importante interrogativo che pende sulla questione del controllo dei «controllori» del mercato, ovvero l'effettività della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti sanzionatori delle Authorities rispetto ai parametri CEDU.

La sentenza CEDU nel caso Menarini si è infatti espressa nel senso della conformità del sistema italiano ai principi del giusto processo, ciononostante, l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque sembra portare a galla l'esistenza di alcune criticità non a tutti evidenti ma che in questa sede forniscono interessanti spunti di riflessione.

In questa parte, verrà dedicata attenzione altresì al problema delle limitate competenze tecniche del giudice amministrativo in sede di valutazione di concetti giuridici indeterminati, nozioni il cui riempimento chiama notoriamente in causa cognizioni dal carattere extragiuridico. Contestualmente vengono passate in rassegna le soluzioni già adottate, in corso di adozione o auspicabili anche alla luce delle esperienze oltre confine.

CAPITOLO I: I rapporti tra regolazione e concorrenza

SOMMARIO:1. Le Authorities. Breve storia e fondamento costituzionale - 1.1 Il problema dell' *actio finium regundorum*. Il caso delle pratiche commerciali scorrette. - 2 L'Antitrust tra regolazione e concorrenza. L'AIR e l'AIRC - 2.1. Quando l'AGCM regola. Il caso degli impegni. - 3. Il controllo sulle concentrazioni. Benchmark col sistema comunitario. - 4. I nuovi poteri dell'Antitrust. 5. Conclusioni.

1.Le Authorities. Breve storia e fondamento costituzionale.

La nascita delle Autorità amministrative indipendenti - dette altresì amministrazioni indipendenti - (da ora AI), deve ricondursi ai mutamenti che hanno interessato l'economia di mercato del nostro Paese tra gli anni '80 e '90. Invero, la liberalizzazione dei c.d. servizi di pubblica necessità, quali il trasporto, l'energia, la telecomunicazione e il gas, mediante la privatizzazione, ha reso necessario individuare enti muniti di poteri di controllo e regolazione dei settori interessati, così da assicurare il raggiungimento dell'obiettivo perseguito con la progressiva riduzione dell'interventismo dello Stato nell'economia, ovvero la libera concorrenza tra i privati.

Invero, la spinta motrice di questo processo inesorabile è senz'altro da identificarsi nel «vincolo comunitario» nascente dal Trattato dell'Unione Europea, che all'art. 86 ha introdotto il principio della libera concorrenza nel mercato unico. Tuttavia, la miglior dottrina costituzionale, sottolinea come la nostra stessa Carta

Fondamentale già contemplasse il medesimo principio, là dove sancisce all'art. 41 che l'iniziativa privata è libera e, parallelamente, all'art. 48 relega l'intervento pubblico ai settori in cui sia reso necessario dalla carenza d'iniziativa privatistica.

Al diritto comunitario deve quindi riconoscersi il merito di aver posto le premesse per una interpretazione dell'art. 41 Cost. che andasse al di là della semplice regolazione dei rapporti tra potere dello Stato e soggezione dei privati - così come era stato riduttivamente inteso in origine -, prestandosi invece a una lettura di più ampio respiro, comprensiva altresì della tutela della libera concorrenza *inter privates*.

Al suddetto processo sul piano economico, ha dunque fatto seguito il dilagare di enti volti ad impedire che al precedente regime di monopolio pubblico se ne sostituisse uno di natura privatistica.

Nel dettaglio, è possibile individuare Autorità di stretta derivazione comunitaria¹, come il Garante della Privacy, che a norma dell'art.8, comma terzo, della Carta di Nizza, è preposto al rispetto delle norme sulla protezione dei dati personali, ovvero Authorities nel campo delle comunicazioni elettroniche (art. 3 Dir.21/02), dell'energia elettrica (art. 23 Dir. 54/03) e del gas naturale (art. 25 Dir.55/03) e ancora in ambito concorrenziale negli art. 81 e 82 del Trattato di Roma 8 (ora 101 e 102 TFUE) e da ultimo nel Regolamento 1/03.

D'altro canto, può dirsi mancante un filo diretto con il diritto comunitario per quel che concerne un altro campo di indiscussa operatività di queste Autorità, ovvero quello dei mercati finanziari².

¹ M. CLARICH-G.CORSO-V.ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità Indipendenti: problemi e prospettive*, in *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Roma, 27 febbraio 2006, p. 10 e ss.

² M. CLARICH-G. CORSO-V. ZENO-ZENCOVICH, cit., p.10.

Al richiamato impianto comunitario, che getta le basi per quello nazionale, fa eco un panorama interno ormai costellato da questo particolare modello di amministrazione, che - è bene sottolinearlo -, non è attuazione di un modello unitario, ma piuttosto di un contenitore plasmato per singoli settori, tra i quali è possibile individuare almeno due comuni denominatori, quali l'indipendenza e il presidio di interessi la cui protezione assurge senz'altro a rango costituzionale³.

Prima di procedere oltre è doveroso spendere qualche considerazione sul concetto di «indipendenza» che connota questa enti, la stessa dovendosi rapportare, da un lato, al potere politico, dall'altro, ai soggetti regolati, così da rendere del tutto indifferente al loro agire la corrente che si trovi al potere politico in un dato momento storico, così come le pretese dei titolari degli interessi in gioco, là dove non trovino riscontro nel bene comune.

Tale requisito dell'indipendenza li rende organismi per così dire «atipici», in quanto non soggetti né al potere di indirizzo e controllo governativo (diversamente dalle ordinarie pubbliche amministrazioni), né alle istanze dei soggetti regolati (come invece le associazioni di categoria).

Quanto alla natura giuridica di questi enti, è noto che essa è stata tutt'altro che pacifica, sollevando seri dubbi di compatibilità con alcuni principi di rango costituzionale.

In origine, se ne è infatti sostenuta la natura ibrida, a cavallo tra quella amministrativa e quella giurisdizionale, in ragione delle multifforme funzioni ad esse attribuite.

Accanto a compiti strettamente amministrativi, quali il rilascio di autorizzazioni e provvedimenti ordinatori, le suddette autorità

³P. FUSARO, *Il riparto di competenze fra Autorità Amministrative Indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, p.2.

esercitano infatti anche funzioni deflattive dei contenziosi, gestendo reclami e segnalazioni avanzate dagli utenti nei confronti degli operatori economici, conseguentemente svolgendo attività di arbitrato e di gestione delle controversie (compiti di *adjudication*).

Parimenti importanti sono le funzioni prettamente regolatorie, ovvero l'elaborazione di norme generali ed astratte destinate a disciplinare specifici settori dell'economia là dove il legislatore non è intervenuto. Tale attività di *regulation*, non si giustifica in ragione del semplice vuoto legislativo, fisiologico nel dinamismo dei fenomeni sociali, ma trova la sua causa soprattutto nel tecnicismo e nell'elevato grado di competenza necessario alla regolazione dei settori in questione. Pertanto, il rapporto tra i suddetti provvedimenti di regolazione e le altre fonti del diritto, si pone non su un piano gerarchico ma piuttosto di separazione.

In ultimo, proprio in ragione delle competenze di alto livello che caratterizzano i componenti delle autorità in commento, queste svolgono altresì attività di ausilio e consulenza degli organi a rilevanza costituzionale (Governo, Parlamento), mediante pareri e segnalazioni, su richiesta o anche spontaneamente (c.d. poteri di *advocacy*, *inter alia* vedi art. 21 e 21bis, l.287/90 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato).

Proprio l'autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, e l'indipendenza dal potere politico nel perseguimento delle proprie funzioni, ha messo in dubbio la stessa natura amministrativa di tali enti.

Invero, pacifica l'indole pubblicistica degli stessi, il dubbio si è posto in ordine al plesso costituzionale di appartenenza, amministrativo o giurisdizionale. In particolare, l'esercizio di un'attività di gestione delle controversie (e lo stesso *iter* formativo di taluni provvedimenti), ha instillato nella dottrina il pensiero che tali

autorità fossero qualificabili quali organi, se non prettamente giurisdizionali, quantomeno «paragiurisdizionali», potenzialmente configurando un *tertium genus* rispetto alle funzioni amministrative e giurisdizionali o, addirittura, una forma di giurisdizione speciale vietata dall'art. 103 della Costituzione.

I principi violati, chiamati in causa dalla dottrina, involgevano in *primis* l'art. 95 della Costituzione, il quale impone la responsabilità politica del Governo innanzi al Parlamento. In particolare, si argumentava che, in assenza di siffatto controllo, mancherebbe la stessa legittimazione democratica dell'organo amministrativo, presupposto indefettibile per i principi che sottendono il nostro Stato di diritto.

Da non trascurare sono altresì le critiche fondate sulla violazione della garanzia di tutela in giudizio della posizione del cittadino attinto dall'attività provvedimentale di tali Authorities, in violazione del combinato tra gli artt. 111 e 113 della Costituzione.

Ebbene, quanto alla controversa natura giuridica, è ormai pacificamente riconosciuto che tali enti rientrano nel concetto di organo amministrativo, non potendosi in altro modo qualificare l'attività di cura dell'interesse pubblico cui sono volte, per lo più mediante la spendita di poteri fortemente discrezionali nel bilanciamento degli interessi che vengono volta per volta in gioco. L'alto tecnicismo che connota le situazioni di conflitto tra il bene pubblico perseguito e le situazioni giuridiche dei privati con esso confliggenti, ascrivibili allo *status* di interessi pretensivi o oppositivi, fa sì che i giudizi dalle stesse formulati siano riconducibili a discrezionalità amministrativa pura, ma spesso e volentieri c.d. tecnica. Ciò, ad un tempo giustifica e legittima l'indipendenza assoluta dal potere politico che ne caratterizza l'attività.

Né l'attribuzione di attività di *adjudication* può dirsi sufficiente a scalfirne la natura prettamente amministrativa. Sul punto, si deve osservare che l'equidistanza cui sono chiamati tali enti nell'espletamento dei propri compiti, va ben oltre la tradizionale imparzialità propria della pubblica amministrazione, comunque «braccio esecutivo» degli obiettivi definiti sul piano politico. La posizione assunta dalle autorità di cui si discorre, è infatti connotata da assoluta neutralità⁴.

Detta neutralità è coadiuvata dalla autonomia innanzi accennata, concetto che consente, infatti, alle istituzioni di regolazione di intrattenere relazioni con coloro che sono portatori di interesse alla regolazione (esecutivo, organi parlamentari, gruppi di interesse, singoli attori o categorie sociali) e di interagire in modo dialettico con il sistema di riferimento esterno senza condizionamenti; un risultato che, altrimenti, potrebbe essere ottenuto solo mediante una condizione di totale separazione e decontestualizzazione delle Authorities che, però, porrebbe a serio rischio lo stesso raggiungimento degli obiettivi di regolazione.

Il concetto di autonomia può, in generale, ritenersi fondato su due pilastri fondamentali, e segnatamente⁵: grado di discrezionalità decisionale e quindi tanto l'autonomia politica (intesa come grado di discrezionalità sull'attuazione delle politiche pubbliche – come ad

⁴G. AMATO, *Autorità semi indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 645. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*. Un romanzo “quasi giallo”, Bologna, 2000.

⁵R. INGRASSIA, *L'analisi e la valutazione dell'autonomia organizzativa delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rassegna italiana di valutazione*, a. XV, n. 51, 2011. Ma anche K. VEROHEST-B. PETERS-G. BOUCKAERT-B. VERSCHUERER, *The study of Organisational Autonomy: a conceptual review*, in *Public Administration and Development*, 24, 101-118.

esempio la possibilità di emanare norme secondarie, formulare obiettivi strategici, scegliere gli strumenti amministrativi) che l'autonomia manageriale (il grado di discrezionalità sulle azioni manageriali – che include la gestione autonoma del bilancio e del personale, la possibilità di definire le procedure organizzative e di assumere le decisioni logistiche); grado di assenza di vincoli alle decisioni e quindi l'autonomia strutturale (il complesso di norme formali volte a garantire l'indipendenza delle cariche di vertice (come durata, incompatibilità, nomine a maggioranza qualificata, veti di nomina incrociati, decisioni assunte da poteri politici pluralistici e bilanciati etc.); l'autonomia finanziaria (il rapporto tra finanziamenti pubblici ed entrate private autonome); l'autonomia giuridica (la presenza di norme di diritto pubblico o privato che prevedono forme di responsabilità giuridica) e l'autonomia da controllo (l'eventuale grado di controllo politico o amministrativo esterno sugli atti, sulla rendicontazione e sul *reporting* delle Autorità Indipendenti).

Alla luce di tali considerazioni, è agevole controbattere ai dubbi di compatibilità del modello istituzionale delle amministrazioni indipendenti con quello delineato dal sistema di attribuzione e separazione dei poteri accolto dalla nostra Carta Costituzionale, confutandoli ampiamente, fino a giungere a considerare le caratteristiche che connotano tali enti come prerogative, non solo opportune, ma addirittura necessarie al perseguimento degli interessi cui sono deputate.

Sul punto, si osserva che l'argomentazione secondo la quale il modello delle Authority andrebbe contro il principio di responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento di cui all'art. 95 Cost. si rivela quanto meno improprio, atteso che l'indipendenza cui sono improntate tali amministrazioni, è funzionale ad assicurarne la neutralità, ma non per questo ne esclude la legittimazione

democratica. Invero, il necessario contatto con la *vox populi*, passa in questo caso per la partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di formazione dei provvedimenti, siano essi normativi ovvero sanzionatori, in una dialettica continua e forse ancor più diretta di quella assicurata dalla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento.

Invero, è stato evidenziato che l'art. 95 Cost. si riferisce al Governo e non all'organizzazione amministrativa e non introduce una inderogabile regola di dipendenza dell'amministrazione dal Governo; la *ratio* del principio di responsabilità governativa non riguarderebbe quelle funzioni neutrali, quali quelle svolte dalle autorità indipendenti, prive delle caratteristiche della gestione dell'interesse pubblico in rapporto alle direttive governative⁶.

Tali considerazioni valgono nella misura in cui voglia trovarsi una legittimazione costituzionale per quelle Autorità che non siano di diretta derivazione comunitaria, altrimenti dovendosi ritenere del tutto assorbente il dettato di cui all'art. 117 Cost. e 11 Cost. con il quale si impone all'Italia l'ottemperanza al diritto comunitario, salvo i noti controlimiti ritagliati dalla nostra Consulta rappresentati dai principi fondamentali (tra cui senz'altro rientra la democrazia).

Quanto al rispetto della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 111 e 113 della Costituzione, esso è assicurato dal controllo da parte del giudice dei relativi provvedimenti, rinvenendosi nella c.d. giustiziabilità, intesa come annullabilità ed inidoneità a costituire *res*

⁶R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), VOL. XLI *Trattato Di Diritto Amministrativo*, Padova 2010.

iudicata, la responsabilità di queste amministrazioni per le rispettive decisioni⁷.

In conclusione, è interessante volgere un breve raffronto delle figure nazionali così delineate rispetto a quelle Europee.

Innanzitutto il termine “amministrative” al livello europeo non esiste, si fa infatti generico riferimento ad Autorità Indipendenti.

Inoltre, non manca chi osserva che, attesa la coincidenza sul piano europeo tra il regolatore e l'esecutivo, rappresentati in uno dalla Commissione, è difficile prospettare lo stesso concetto di indipendenza così come inteso nel nostro ordinamento, ovvero come “indipendenza” da un potere politico centrale.

Si può dire che figure affini alle nostre Authorities sono le Agenzie Europee, declinazioni distaccate della Commissione ma con funzioni per lo più tecnico-istruttorie e non regolatorie⁸.

L'aggettivazione indipendente è poi attribuita alla Banca Centrale Europea, alla Banca EU degli investimenti, al Garante della Privacy, alla Corte dei Conti, al Mediatore Europeo, ma non sempre con la stessa accezione, talvolta come imparzialità, qualche altra come indipendenza dagli Stati.

Da qui le difficoltà a declinare sul piano europeo la stessa concezione di indipendenza delle Autorità così come affermatasi al livello nazionale su spinta dello stesso ordinamento comunitario e gli ostacoli, che più oltre si approfondiranno, nell'individuazione di un chiaro riparto di competenze in mancanza di un modello comunitario.

⁷ M. CLARICH -G. CORSO-V. ZENO-ZENCOVICH , cit., p.11.

⁸E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002;

1.1. Il problema dell' *actio finium regundorum*. Il caso delle pratiche commerciali scorrette.

Inquadrate in via generale le Autorità amministrative indipendenti, è ora possibile farne una classificazione e quindi affrontare il problema dei criteri di riparto delle rispettive competenze.

Come si è già detto, l'attuale panorama istituzionale appare costellato di autorità amministrative indipendenti, tra le quali è possibile fare una prima distinzione in settoriali e trasversali.

Come è noto, le Authorities settoriali⁹ si caratterizzano per un raggio di azione delimitato da uno specifico ambito commerciale entro il quale esse sono deputate alla elaborazione delle regole e al controllo del relativo rispetto. A tal fine, esse sono dotate di poteri inibitori e sanzionatori.

Mentre l'attività di tali autorità risulta circoscritta entro gli anzidetti margini, ad esse si contrappongono autorità definite «trasversali», in quanto il ruolo da esse svolto non è individuabile per settori, bensì in funzione dell'interesse che sono chiamate a tutelare, indipendentemente dall'area commerciale coinvolta¹⁰. In particolare, la ragione per cui la tutela di determinati interessi pubblici viene affidata ad esse, risiede - oltre che nel già ricordato tecnicismo - nella spiccata sensibilità che li connota, tale da rendere necessaria una particolare indipendenza nella loro gestione.

⁹Nel dettaglio, ci si riferisce all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nel settore dell'energia, l'Autorità garante delle comunicazioni per l'omonimo mercato; l'Ivass (ex ISVAP) per il settore delle assicurazioni; la Consob, per l'area delle società e il mercato della borsa; l'Autorità per la vigilanza nei contratti pubblici, per il controllo dei rapporti negoziali con le pubbliche amministrazioni.

¹⁰R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

In particolare, si intende per autorità indipendenti «trasversali», l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiamata alla tutela della concorrenza e del consumatore; l'Autorità garante della protezione dei dati personali, a tutela della privacy; la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'Autorità Garante per l'infanzia e la adolescenza.

Anche tali Autorità, come quelle settoriali, sono investite di poteri sanzionatori ed inibitori nell'espletamento della propria attività di vigilanza, tuttavia, non godono di poteri regolatori, riservati alle prime.

Sul punto, si precisa che mentre l'attività di regolazione è funzionale alla disciplina *ex ante* di un determinato settore coinvolto, allo scopo di livellare le imperfezioni del mercato che impediscono la libera concorrenza; l'attività di vigilanza, in particolare a tutela della concorrenza, è successiva all'intervento normativo e, presupponendo già l'esistenza di condizioni idonee all'esercizio del libero mercato, interviene nel caso in cui insorgano fattispecie a rottura dell'equilibrio preesistente.

Già da questa classificazione, si evince la difficoltà e le potenziali sovrapposizioni di competenza che possono verificarsi nel caso di violazioni nell'ambito di mercato soggetti a regolazione, che però ad un tempo ledano interessi a rilevanza costituzionale di cui sia custode una delle autorità trasversali.

Il parziale sovrapporsi degli ambiti di operatività delle due categorie di Authorities comporta la possibilità che una stessa fattispecie possa essere contemporaneamente riconducibile alla competenze di più Autorità¹¹.

¹¹ P. FUSARO, *Il riparto di competenze*, cit.

Il problema investe in modo particolare la tutela degli utenti lesi dalle pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli operatori su mercati regolamentati, senza tuttavia trascurare che sussistono altresì ipotesi di possibile sconfinamento delle competenze anche sul fronte prettamente concorrenziale.

Volgendo l'attenzione all'area della tutela del consumatore, la cornice normativa cui fare riferimento è la direttiva comunitaria 2005/29 CE, recepita nel nostro ordinamento dai d.lgs. 145 e 146 del 2007 - rispettivamente sulla pubblicità comparativa illecita tra professionisti e le pratiche commerciali scorrette professionisti/consumatori - poi trasfusi nel Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005).

Il conflitto su questo terreno, vede protagonista soprattutto l'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹² e le altre autorità del settore, atteso che, le su richiamate fonti nazionali, investono l'Autorità trasversale dell'applicazione della relativa disciplina. Allo stesso tempo, tuttavia, le norme dettate dalle singole Authorities nei propri settori di competenze, sono spesso guidate dalla medesima *ratio* di tutela degli utenti del mercato, e non solo di vigilanza sul rispetto delle regole di correttezza tra gli operatori.

Su questo campo, il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del Consumo e quella elaborata dalle singole autorità di settore, può ricondursi a quello di genere a specie, atteso che le normative di settore in taluni casi comprendono i principi generali contenuti nel Codice del Consumo, ma li adattano al contesto di settore con elementi ulteriori per aggiunta o specificazione.

¹²P. MILAZZO, *Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, a cura di P. Caretti, Osservatorio sulle fonti 2003-2004

Orbene, l'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29 CE, di cui l'art. 19 del Codice del Consumo costituisce integrale recepimento, statuisce che nel caso di conflitto tra la presente normativa di carattere generale, ed una disciplina egualmente di fonte comunitaria che disciplina aspetti specifici, prevale quest'ultima; pertanto, la questione si è necessariamente spostata sul versante interpretativo, ovvero su cosa debba intendersi con l'espressione «conflict», letteralmente utilizzata nella direttiva, e semplicisticamente tradotta nel nostro ordinamento con il termine «contrasto».

Le possibilità interpretative elaborate dalla giurisprudenza si sono nel tempo susseguite, fino ad essere cristallizzate in una norma che, tuttavia, ancora oggi non brilla per chiarezza.

In particolare, le «mode» interpretative possono ripartirsi in tre fasi, il cui spartiacque vengono considerate una serie di pronunce del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, dalla n. 11 alla n.16 del 2012. Le richiamate pronunce, tuttavia, lungi dal dimostrarsi risolutive, hanno comunque lasciato le Authorities coinvolte in conflitti di competenza positivi.

E' utile quindi partire dalla fase «ante plenarie», nel corso della quale, il presupposto per l'applicazione del principio di specialità in essa contenuto, veniva individuato nel contrasto tra disciplina generale e disciplina speciale. Invero, si riteneva che, solo nel caso in cui le norme del Codice del Consumo si dimostrassero in contrasto con quelle appositamente elaborate dall'Autorità per il settore di propria competenza, allora queste ultime erano destinate a prevalere, in ragione della loro specialità.

In proposito, si osserva che nell'applicare detto principio i giudici amministrativi hanno spesso fatto riferimento ai criteri in

ambito penale, area del diritto in cui si è sempre avvertita la necessità di evitare il duplicazioni sanzionatorie¹³.

Diversa l'ipotesi di mera sovrapposizione, ovvero nel caso in cui le norme non confliggevano, ma semplicemente si trovassero a regolare la medesima fattispecie in modo divergente, allora il principio di specialità non poteva trovare applicazione, in quanto le due norme si sarebbero poste in un rapporto di complementarità e non di alternatività. In questa fase, la giurisprudenza amministrativa tendeva infatti ad attribuire finalità differenti alla disciplina del Codice del Consumo rispetto a quella di settore.

In particolare, si riteneva che le delibere delle Authorities regolatorie, ovvero i rispettivi Codici di settore, in quanto volti alla vigilanza di una determinata fetta di mercato, fossero *in primis* finalizzate a garantire la correttezza dei comportamenti degli operatori e la trasparenza del relativo mercato, con ciò tutelando il pluralismo competitivo, e solo indirettamente gli utenti. In siffatto contesto, l'intervento dell'Autorità trasversale, deputata per espressa previsione codicistica alla tutela del consumatore, si mostrava necessariamente complementare a quello delle prime. In particolare, per quanto concerne il settore delle comunicazioni, si sosteneva che l'attività dell'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni (da ora Agcom), fosse funzionale ad assicurare il pluralismo informativo, e solo per tale via operasse a beneficio dei consumatori; dunque, lungi dal presentarsi una situazione di concorso apparente di norme, non poteva farsi applicazione del principio di specialità, ma ciascuna disciplina doveva intervenire nel perseguimento dei propri fini.

Similmente, si era ritenuto per i rapporti tra l'ISVAP¹⁴ (ora IVASS) e Autorità garante della concorrenza e del mercato (da ora

¹³ P. FUSARO, *Il riparto di competenze*, cit. p.9.

AGCM), e tra quest'ultima e la Banca D'Italia, rispetto alle quali l'applicazione della disciplina del Codice del Consumo, ad opera dell'Autorità trasversale, conservava il suo margine di attuazione generale a salvaguardia dei diritti del consumatore nelle fattispecie di pratiche commerciali scorrette.

Secondo tale ricostruzione, l'attività dell'AGCM non si sarebbero in alcun modo sovrapposta alla tutela del corretto andamento dei mercati nei relativi settori, svolta invece dalle varie autorità di regolazione.

Questo *status quo*, ha subito un radicale mutamento a seguito dell'intervento delle già citate Plenarie del 2012, pronunciatesi in particolare rispetto al criterio di riparto di competenze tra AGCM e Agcom e in un solo caso¹⁵ nei rapporti tra AGCM e Banca d'Italia.

Le pronunce in esame rappresentano un punto di riferimento nella materia, in quanto hanno fornito una interpretazione diametralmente opposta a quella precedentemente consolidatasi. Nel dettaglio, a seguito dell'ennesimo conflitto di competenza sollevato innanzi al TAR per il duplice intervento delle Authorities avverso le medesime fattispecie di pratiche commerciali scorrette, il Consiglio di Stato ha smentito il su menzionato orientamento, ormai fatto proprio dal giudice di *prime cure* e, respingendo le argomentazioni avanzate dall'AGCM a difesa della propria competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette, si è assestato sui principi che qui di seguito si vanno a commentare.

Innanzitutto, il supremo giudice amministrativo ha chiarito che il presupposto per l'applicazione del principio di specialità è l'esistenza di un concorso apparente di norme, tale per cui, innanzi

¹⁴Istituto sulla vigilanza delle assicurazioni private.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. Pl. n.14, 11 maggio 2012, in www.neldiritto.it.

alla medesima fattispecie, appaiano applicabili più discipline che non necessariamente devono porsi in reciproco contrasto, bensì è sufficiente che queste divergano tra loro nei contenuti, così da dar luogo ad una sovrapposizione che potrebbe sfociare nella violazione del *ne bis in idem*.

Primo elemento indefettibile perché possa darsi legittimamente privilegio alla disciplina speciale rispetto a quella generale, è dunque l'esistenza di una medesima situazione di fatto.

Ciò premesso, la circostanza che una delle discipline sia connotata da specialità per specificazione (ovvero per elementi di maggior dettaglio nella descrizione del precetto) o per aggiunta (ovvero per l'esistenza di ulteriori elementi che ne restringono il campo di applicazione) rispetto all'altra, è elemento necessario ma non sufficiente a determinarne la prevalenza nel settore in questione. Il decimo considerando della Direttiva comunitaria, e quindi il Codice del Consumo che ne costituisce la trasposizione sul piano interno, richiede espressamente che la norma di dettaglio sia altresì esaustiva, completa e di derivazione comunitaria. In altre parole, per escludersi l'applicabilità della norma a copertura generale, quella speciale deve mostrarsi totalmente autosufficiente.

A ben vedere, questa onnicomprensività si riferisce altresì agli strumenti di cui l'Authority di settore deve essere munita per il raggiungimento dei fini perseguiti dalla disciplina di cui si dibatte, che dunque devono mostrarsi idonei al perseguimento degli obiettivi.

Trasponendo i principi *de quo* sul piano di cui si controverte, ovvero la tutela dei diritti dei consumatori, la giurisprudenza amministrativa si è dimostrata granitica nel ritenere soddisfatte le su esposte condizioni dalla normativa di settore. In particolare, avuto riguardo al Codice delle comunicazioni elettroniche e alle relative delibere attuative dell' Agcom, il giudice amministrativo ne ha

riconosciuto la prevalenza rispetto alla disciplina a portata generale contenuta nel Codice del Consumo poiché, contrariamente a quanto in precedenza ritenuto, anche questo quadro normativo sarebbe teleologicamente volto alla tutela degli utenti del mercato, in particolare nel settore *hi tech*. A ciò, si aggiunge la derivazione comunitaria della relativa disciplina, nonché un potere inibitorio e sanzionatorio dell'Autorità di settore che nulla avrebbe da invidiare agli strumenti di intervento dell'Antitrust. Si precisa, tuttavia, che quest'ultima conserva senz'altro il suo potere di intervento, nel caso in cui le condotte degli operatori dei mercati regolamentati integrino altresì una delle fattispecie contemplate dalla l.287/90.

Inutile specificare che siffatti principi, rivestendo valenza generale, si prestano alla risoluzione di analoghi conflitti anche nel settore delle Assicurazioni di competenza dell'IVASS, ovvero nel mercato di prodotti finanziari alla cui vigilanza è preposta la Banca d'Italia; per quest'ultima, però, solo per le fattispecie verificatesi a seguito dell'intervento del d.lgs. n.141 del 2010, con il quale si è introdotto nel TUB un rinvio al Codice del Consumo.

Come spesso accade nel mondo del diritto, all'arresto della giurisprudenza ha fatto seguito la codificazione dei suddetti principi, attraverso l'art. 21, comma 12-quinquiesdecies della l. n.35 del 2012. Tale norma, infatti, nell'introdurre un innalzamento del massimo edittale per le sanzioni irrogabili dall'AGCM nel caso di pratiche commerciali scorrette, ne ha altresì precisato l'esclusione del raggio di azione nei settori in cui esista una specifica regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad una Autorità con poteri inibitori e sanzionatori.

Anche all'indomani di tali interventi, tuttavia, deve constatarsi che lo scontro per il reclamo delle competenze è tutt'altro che sopito, e la definizione dei rispettivi campi di azione è stata per lo più affidata

a Protocolli di intesa tra le Authorities, elaborati al termine di lunghe trattative, ma che tuttavia si sono dimostrati a dir poco inutili.

Invero, l'avvenuta cristallizzazione in legge dei principi giurisprudenziali, si è infatti rivelata tutt'altro che chiarificatrice, prestando ancora il fianco alle opposte argomentazioni dell'AGCM che dal canto suo ha continuato a sfornare provvedimenti a tutela del consumatore indipendentemente dal settore di riferimento, chiedendo in giudizio l'intervento del giudice comunitario; il solo facente fede nella corretta interpretazione della direttiva 2005/29 CE.

Medio tempore, le amministrazioni coinvolte nei conflitti di competenza positivi hanno portato avanti, ciascuna in via autonoma, una serie di procedimenti paralleli che, prima ancora di sfociare in una inutile proliferazione di contenziosi giudiziari, hanno causato un altrettanto deleterio sovraccarico di lavoro e sperpero di risorse nella pubblica amministrazione, con buona pace del principio di buon andamento di cui all'art.97 della Cost.

Merita un cenno il provvedimento rubricato «Adeguamento a giurisprudenza Tar su competenza Agcom»¹⁶, pubblicato nel settembre 2013 sul sito dell'Autorità Antitrust, con il quale, pur non avendo rinunciato a far valere i propri diritti in sede di appello avverso le sentenze sfavorevoli del TAR, l'Authority ha mostrato di fare un passo indietro a beneficio del sovraordinato principio di buona amministrazione, là dove ha dichiarato di non avviare ulteriori procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore delle comunicazioni e, in ossequio al principio di leale collaborazione, trasmetterà all'Agcom le segnalazioni finora ricevute dagli utenti nel relativo settore, così stabilendo una tregua nel braccio di ferro tra queste due amministrazioni.

¹⁶Provvedimento n. 24467 del 2013 in www.agcm.it.

Tregua che tuttavia si è dimostrata solo temporanea, posto che la falla nel sistema è rimasta e di chi sia la ragione tra i contendenti in campo è affare risolvibile una volta per tutte in modo inequivocabile solo dall'organo comunitario e, conseguentemente, dal legislatore nazionale, prendendo posizione attraverso una norma di legge.

Ed invero, ciò è quanto doveva avvenire a seguito della procedura di infrazione avviata nel 2013 dall'Unione Europea nei confronti dell'Italia che, come si andrà a dire nel prosieguo, ha stimolato una riforma del Codice del Consumo ispirata ad esigenze di chiarezza che, malgrado gli sforzi, non si sono dimostrate soddisfatte appieno.

Orbene, con il d.lgs. 21.2.2014, n. 21 si è data attuazione alla direttiva 25.10.2011, n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, ponendo in essere una profonda modifica del capo I del titolo III della parte III del codice del consumo, in precedenza dedicato ad alcune particolari modalità di conclusione del contratto e oggi intitolato ai diritti dei consumatori nei contratti, con una integrale riformulazione degli articoli da 45 a 67.

In particolare, per quel che qui maggiormente interessa, l'articolo 27 del Codice del consumo è stato così riscritto *«Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con*

protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

Ebbene, la formulazione, tutt'altro che univoca nella sua lettura, non ha tardato a provocare una nuova rimessione alla Adunanza Plenaria¹⁷ sul problema della competenza in materia di pratiche commerciali scorrette.

In estrema sintesi la questione prende avvio da una sanzione inflitta ad una società per «*pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive*», vietate ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. F), d.lgs. 6 settembre 2005, n.206.

Nel caso di specie la condotta incriminata consisteva nell'aver attivato servizi di navigazione internet e di segreteria telefonica sulle SIM vendute senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore.

Tale condotta era stata sanzionata dall'Antitrust, ma la legittimazione di tale Autorità è stata contestata in quanto, a parere del ricorrente, tale condotta dava luogo a conflitti di norme sostanziali applicabili appartenenti a *corpus* normativi differenti, riferibili nel caso di specie al settore regolato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Sul punto, osserva il Supremo consesso che la norma è affetta da ambiguità, là dove la stessa si presta ad una duplice lettura.

Invero, come già chiarito da una precedente decisione¹⁸ la norma attribuisce ad AGCM una competenza generale ed esclusiva ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati e dunque anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea.

¹⁷ Cons. Stato, VI, 18 settembre 2015, n.4352

¹⁸ Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

Depone in questo senso, oltre al testuale riferimento alla esclusività di tale attribuzione, anche il richiamo allo scopo della disposizione – esplicitato nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 21 del 2014 – da intendersi quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE (testualmente recepito dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo), finalizzata a chiudere la procedura di infrazione n. 2013/2169, relativa appunto all'applicazione della direttiva concernente le pratiche commerciali scorrette al settore delle comunicazioni elettroniche (disciplinato dalla direttiva 2002/22/CE, recepita con il Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259).

Di tale nuova disposizione potrebbe però darsi una lettura diversa.

Potrebbe infatti ritenersi che il comma aggiunto all'articolo 27 intenda chiarire che la disciplina generale del Codice del consumo è applicabile in via esclusiva da parte di AGCM, anche nei settori regolati, ma solo quando la disciplina di settore non abbia previsto *ex ante* - in modo completo ed esaustivo - la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni: in questo caso la lacuna di tutela troverebbe infatti copertura nella disciplina dettata dal Codice del consumo.

Quando invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale – sia sotto il profilo della completezza e della esaustività, sia sotto quello dell'affidamento alla stessa Autorità di regolazione del compito di vigilare sull'attuazione delle disposizioni, di stabilirne le modalità

attuative e di sanzionarne l'eventuale violazione - non sarebbe necessario il ricorso alla disciplina generale.

Da ciò ne deriva, dunque, che l'individuazione dell'Autorità competente richiederebbe in via preliminare l'esame – sotto il duplice profilo appena evidenziato - della «regolamentazione consumeristica»¹⁹ di settore.

Questa interpretazione muove dal principio affermato dall'Adunanza plenaria, con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, secondo cui in caso di contrasto tra le disposizioni generali e le norme di settore – contrasto da intendersi come mera «*difformità di disciplina tale rendere illogica la sovrapposizione delle due regole*» – «*la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione*»²⁰.

Peraltro, osserva il supremo giudice amministrativo, tale diversa interpretazione trova un riscontro nella lettura offerta dalla stessa Commissione europea all'avvio della procedura di infrazione contro l'Italia, in data 16 ottobre 2013, proprio per violazione della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali²¹, ove si evidenzia come

¹⁹ Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1104, p. 13.

²⁰ Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 11- 16 del 2012.

²¹ In particolare, la Commissione ha contestato l'inadeguata applicazione da parte italiana dell'art. 3, par. 4, e degli artt. da 11 a 13 della direttiva in materia di pratiche sleali poiché, in sostanza, nell'ordinamento italiano non sarebbe correttamente applicato il principio della «*lex specialis*» contenuto nella direttiva, che regola il coordinamento tra tale disciplina (a carattere transettoriale) e le normative specifiche di settore.

Nel dettaglio, la Commissione ha addebitato all'Italia che tale errata applicazione del diritto europeo, riconducibile a criteri interpretativi delle disposizioni italiane di recepimento della normativa europea stabiliti in alcune sentenze di giudici amministrativi e in delibere dell'AGCM, avrebbe provocato la mancata attuazione

«[s]econdo la Commissione l'articolo 3, comma 4, e il considerando 10 della direttiva, [...] sanciscono il principio secondo cui essa è concepita a completamento di altre norme UE applicabili alle pratiche commerciali che ledono gli interessi dei consumatori. In tal senso, la direttiva opera come una rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali a tutti i settori, colmando le lacune di altre specifiche normative settoriali».

Invero, il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE stabilisce che la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali trova applicazione *«soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»*.

Dunque, secondo questa diversa interpretazione, deve escludersi – nel rispetto del criterio dell'uniforme applicazione dei principi e delle norme di derivazione europea - che la nuova disposizione abbia inteso attribuire alla competenza di AGCM, oltre all'applicazione della disciplina generale a tutela dei consumatori contenuta nel Codice del consumo, anche l'applicazione indiretta delle norme di recepimento delle direttive settoriali a tutela dei consumatori, così sottraendo alle Autorità di regolazione il potere di intervento in applicazione diretta delle norme a tutela dell'utenza contenute negli ordinamenti settoriali di derivazione europea (tra cui quello relativo alle comunicazioni elettroniche).

D'altro canto però, l'ordinanza pone la questione in modo problematico atteso che tale ultima interpretazione provoca difficoltà di coordinamento con quanto affermato dal terzo periodo della nuova

della direttiva pratiche commerciali sleali nel settore delle comunicazioni elettroniche.

disposizione ai sensi del quale «*Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta*».

Si rileva quindi che, l'interpretazione letterale del penultimo inciso – escludendo l'applicazione diretta della disciplina settoriale da parte dell'Autorità competente in tutti i casi in cui la violazione integri gli estremi della pratica commerciale scorretta – non solo renderebbe illogico l'inciso «*ai sensi dell'articolo 19, comma 3*», contenuto nell'*incipit* della disposizione, ma condurrebbe ad un risultato certamente in contrasto con le direttive 2005/29/CE e 2002/22/CE, finendo per provocare l'aggravamento di quella procedura di infrazione che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe invece dovuto essere chiusa dalla nuova norma.

In applicazione del principio dell'interpretazione conforme o adeguatrice elaborato dalla Corte di Giustizia – che impone ai giudici nazionali degli Stati membri di «*interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva*», al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima²² – il penultimo periodo della disposizione potrebbe invece essere letto come affermazione della generale competenza delle Autorità di regolazione con riguardo a tutti i comportamenti non riconducibili nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, per le quali invece deve ritenersi implicito il richiamo al principio della primarietà della disciplina dettata dal Codice del consumo, di esclusiva competenza di AGCM, (solo) a fronte di una disciplina di settore caratterizzata da lacune di tutela.

²²Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson e Kamannv. Land Nordrhein-Westfalen*.

In questo senso, in caso di pratiche commerciali scorrette, l'applicabilità ovvero la cedevolezza della disciplina consumeristica generale - e dunque la competenza di AGCM ovvero di Agcom - dipendono dal grado di completezza e di esaustività della disciplina di settore: infatti in caso di assenza di lacune di tutela, la norma generale - non essendo chiamata ad esplicare alcun ruolo sussidiario - recede rispetto ad una norma speciale che offra elementi aggiuntivi e di specificazione rispetto al livello minimo essenziale di tutela.

Così rimessa la questione, l'Adunanza Plenaria²³ torna ancora una volta sugli aspetti relativi alla competenza tra Agcom e AGCM, in parte discostandosi da quanto statuito con le precedenti pronunce più volte richiamate²⁴ che fino ad oggi hanno costituito la stella polare nella risoluzione dei conflitti di competenza tra Autorità settoriali e AGCM.

Invero, nell'importante pronuncia i giudici pongono in essere un «*revirement parziale*»²⁵, in particolare demolendo la lettura del criterio di riparto come «*specialità per settori e non per fattispecie concrete*».

La nuova interpretazione pone al centro la condotta specificamente contestata, che nel caso di specie integra ad un tempo

²³ Sentenze gemelle Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016 n. 3 e 4.

²⁴ Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 11- 16 del 2012.

²⁵ Cons. Stato, Ad. Plenaria 9 febbraio 2016, n. 3 e 4.

Si osserva che tale *revirement* si impone anche in considerazione della procedura di infrazione nei confronti della Repubblica Italiana aperta dalla Commissione Europea, per scorretta attuazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

una pratica anticoncorrenziale e una violazione di obblighi imposti dal Codice delle comunicazioni elettroniche²⁶.

Orbene, nel nostro sistema la pratica commerciale aggressiva è ricondotta nell'area di competenza dell'Autorità Antitrust, mentre la violazione degli obblighi informativi è suscettibile di sanzione da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pertanto la medesima condotta sarebbe potenzialmente riconducibile ad entrambe le aree di competenza, di qui il contrasto giurisprudenziale che aveva già imposto un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria.

Il caso è stato risolto ravvisando l'esistenza di una ipotesi di *«specialità per progressione di condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva»*²⁷.

Su tali presupposti più che un astratto conflitto di norme in senso stretto si realizza dunque una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di *«assorbimento-consunzione»*²⁸ in quanto la condotta illecita prevista dal *corpus* normativo presidiato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave ed ampio illecito anticoncorrenziale vietato dalla normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust.

La violazione degli obblighi informativi, infatti, *«non è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, è dunque necessario che da tale violazione si produca un condizionamento tale da limitare considerevolmente, se non addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti e integrare in tal*

²⁶ In particolare, pratiche commerciali aggressive messe in opera attraverso la violazione di obblighi informativi circa i servizi telefonici reimpostati.

²⁷ Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016 n. 3 e 4.

²⁸ Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016 n. 3 e 4.

modo la violazione prevista e sanzionata dall'art 26 del Codice del consumo ("pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva"))²⁹.

Tale soluzione, per la sentenza in commento, è solo apparentemente contrastante con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 11/2012. La sentenza infatti, stabiliva che *«occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni»*, muovendo dalla circostanza che *«la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame»*. Tuttavia, si specificava che *«ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore»*. Proprio valorizzando tale ultimo inciso, nel caso di specie il comportamento contestato all'operatore economico non appare interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore; tali norme infatti non comprendono una *«pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva»*.

Nella medesima pronuncia è altresì interessante osservare che la Plenaria non manca di muovere delle critiche alla fondatezza della procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia in quanto basata sul presupposto che nella giurisprudenza interna si fosse adottato completamente, integralmente e senza eccezioni lo schema della specialità per settori, ma tale presupposto non è corretto. Per tale

²⁹ Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016 n. 3 e 4.

motivo nella sentenza in esame il Collegio ha preferito specificare ulteriormente che lo schema applicato non può essere quello della specialità basato sul raffronto tra le fattispecie, secondo il «classico» principio di specialità.

Ad ulteriore conferma di questo orientamento l'Adunanza Plenaria osserva che con l'art. 1 comma 6, lett. a) d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 (attuazione della direttive 2011/83/UE sui diritti dei consumatori) è stato inserito, nell'art.27 del codice del consumo, il comma 1-bis, secondo cui *«anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente»*.

La relazione illustrativa allo schema di tale intervento normativo evidenzia che la norma di modifica *«ha l'obiettivo di superare la citata procedura d'infrazione n. 2013/2069 avviata dalla Commissione europea»*³⁰.

Pertanto è sulla base di tali principi che l'Adunanza Plenaria ritiene evidente che tale norma ha una portata esclusivamente di interpretazione autentica, atteso che, come detto, anche alla luce di una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell'Adunanza Plenaria da 11 a 16/2012 e dell'applicazione dei principi da essa scaturenti, è indubbia la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in casi quali quelli oggetto di giudizio *«già in base alla normativa*

³⁰ Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016, n. 3 e 4.

antecedente che l'art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 si è limitata, per quanto qui rileva, soltanto a confermare».

1.2 L'Antitrust tra regolazione e concorrenza. L'AIR e l'AIRC.

Il conflitto di competenze tra Autorità settoriali e autorità trasversali non può non riflettersi sul difficile equilibrio tra regolazione e controllo della concorrenza.

Invero i rapporti tra regolazione e concorrenza sono da sempre considerati piuttosto chiari nella teoria, un po' meno nella pratica³¹.

Per gli economisti è pacifico che la concorrenza massimizzi il benessere della società, tuttavia non è un valore in sé, ma un mezzo per raggiungere detta condizione per la collettività e in tal senso deve essere perseguita nella misura in cui si dimostra efficace nel raggiungimento di tale obiettivo³².

Per tale ragione, la concorrenza va tutelata dall'organo a ciò preposto, l'Antitrust.

La regolazione economica, per dirla con le parole efficaci di importante dottrina sul tema, è un'attività che pone limiti a liberi

³¹L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e concorrenza: teoria economica ed esperienze recenti*, Relazione alla XXXIV Tavola rotonda di diritto comunitario, Università cattolica del Sacro Cuore, 25 gennaio 2002.

²⁹L. CAVALLO, G. MAZZANTINI, *Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel promuovere la crescita e il benessere dei consumatori: il ruolo dell'airc e dell'agcm*, in *i paper dell'osservatorio, osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione*, www.osservatorioair.it, settembre 2013, p.5

³⁰R. BALDWIN - M.CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 2011.

³¹S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), Bologna 2000, p.170 e ss.

comportamenti degli operatori economici che produrrebbero risultati socialmente indesiderabili, o al contrario facilita l'ottenimento di risultati che non sarebbero stati conseguiti qualora i soggetti economici fossero stati lasciati liberi di operare³³.

Perciò, si ritiene che la regolazione debba insinuarsi dove la concorrenza non è possibile o non è effettivamente vantaggiosa, cercando di riprodurre gli effetti³¹.

Al fine di tracciare i confini tra questi due strumenti di *policy* si argomenta nel senso che la tutela della concorrenza si basa sui principi generali per difendere un interesse generale, mentre la regolazione si basa su norme settoriali e quindi specifiche³⁴.

Orbene, ciò non toglie che all'atto pratico, Authority e rispettive competenze si mescolino in una reciproca invasione che trascende il solo caso delle pratiche commerciali scorrette più sopra esaminato.

Non di rado accade dunque che l'Autorità Antitrust ponga in essere comportamenti regolatori e i regolatori si occupino di tutelare la concorrenza, così confermando la sovrapposizione e la difficoltà di delimitare i confini di competenza tra i vari sorveglianti del mercato.

Del resto – bisogna dirlo - i legami tra concorrenza e regolazione si vanno via via stringendo, tanto che in molti Paesi d'Europa e nella stessa Italia si è diffuso l'uso della analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza – c.d. AIRC - in ragione degli effetti pro concorrenziali che possono scaturire dalla capacità dell'Autorità per la concorrenza di influire sul quadro normativo, ad esempio segnalando restrizioni all'accesso sul mercato originate da regolamenti o norme di legge.

³⁴ L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e concorrenza*, cit.p.5.

In particolare, l'AIRC permette di individuare gli interventi di regolazione potenzialmente restrittivi della concorrenza, valutare la proporzionalità di queste restrizioni rispetto agli obiettivi perseguiti dall'intervento normativo ed alla finalità di tutelare l'interesse pubblico e suggerire le opzioni di regolazione che minimizzano l'impatto delle restrizioni³⁵.

Tale fenomeno deve essere tenuto distinto dall'analisi d'impatto della regolazione, c.d. AIR, strumento ormai diffuso in quasi tutte le Autorità Indipendenti, in forma più o meno avanzata, tra le quali non potrebbe invece ricomprendersi l'AGCM, priva – almeno in linea teorica - di competenze regolatorie³⁶.

Infatti, con la legge 29 luglio n. 229 del 2003 lo strumento dell'AIR è stato esteso a tutte le Autorità amministrative indipendenti³⁷.

³⁵L. CAVALLLO - G. MAZZANTINI, *Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel promuovere la crescita e il benessere dei consumatori: il ruolo dell'AIRC e dell'AGCM*, cit. p.6.

³⁶N. RANGONE, *La qualità della regolazione indipendente*, in www.osservatorioair.it, 2010.

³⁷Deve però precisarsi che una forma embrionale di AIR, nella forma delle consultazioni pubbliche degli interessati prima dell'approvazione degli atti regolatori, era già posta in atto dalle Autorità amministrative indipendenti con competenze regolatorie prima dell'espresso vincolo normativo. A quest'ultimo, tuttavia, si deve il compimento di un passo decisivo verso l'espresso riconoscimento della rilevanza di queste Authorities nel nostro ordinamento.

Si è infatti ritenuto che la citata legge abbia concluso il cammino verso la realizzazione della c.d. democrazia procedurale, strumento ritenuto idoneo a sopperire al deficit di legittimazione proprio di tali enti privi di responsabilità politica ex art. 95 Cost., così introducendo, attraverso l'AIR, una giustificazione dell'atto che va ben oltre la classica motivazione del provvedimento amministrativo. Al riguardo cfr. B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e*

In particolare, la normativa prevede che siano vincolate ad utilizzare metodologie di AIR *«le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie (...) per l'emanazione degli atti di loro competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione»*.

A completare la definizione dell'ambito *«soggettivo»* di applicazione dell'AIR è poi intervenuta altresì la legge di semplificazione del 2001³⁸, recante l'esenzione da AIR di *«procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287»*³⁹.

Ciononostante, anche l'Antitrust è chiamata ad un'analisi definibile come *«quantificazione in termini di benefici»* derivanti dalla concorrenza a vantaggio dei consumatori⁴⁰.

Invero, l'analisi dell'impatto della regolazione sulla concorrenza ha acquistato negli ultimi tempi un'importanza sempre crescente, visto il rilievo attribuito dal legislatore statale alla liberalizzazione dei mercati, cui è necessario che partecipino anche le amministrazioni regionali e locali, in uno Stato organizzato come *«multilevel governance»*⁴¹.

Posto l'alto tasso di tecnicismo necessario per realizzare l'AIRC, deve ritenersi che l'Autorità preposta alla tutela della concorrenza sia senz'altro l'organo maggiormente competente a questi fini, sia per il possesso di strumenti per utilizzare con successo le tecniche di analisi in questione, sia per la formazione multidisciplinare

motivazione del provvedimento amministrativo, in www.osservatorioair.it, 2010, p.6 e ss.

³⁸ Legge, 29/07/2003 n° 229, G.U. 25/08/2003.

³⁹ N. RANGONE, *La qualità della regolazione indipendente*, cit.

⁴⁰ L. CAVALLO - G. MAZZANTINI, *Il rapporto tra regolazione e concorrenza*, cit. p.6

⁴¹ Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n.200.

della struttura amministrativa, sia infine per la maggiore consapevolezza dell'esigenza e capacità di programmare i propri interventi⁴².

Più praticamente, l'AGCM realizzerebbe l'AIRC spendendo i propri poteri di *advocacy*.

Ed invero, appare utile precisare che le restrizioni alla concorrenza possono derivare sia da comportamenti delle imprese, sia da norme e regole che impediscono o ostacolano l'esercizio della libertà d'iniziativa economica. Pertanto, se da un lato l'attività di *enforcement* è finalizzata alla repressione delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominate posti in essere dalle imprese, dall'altro l'attività di *advocacy* – di cui in altra sede si dirà più ampiamente – ha invece come destinatari i regolatori economici, cui vengono inviati pareri e segnalazioni nei quali si evidenziano gli ostacoli al corretto funzionamento dei mercati derivanti dalla regolazione.

Tanto premesso, in estrema sintesi per potere di *advocacy* si intende la facoltà dell'Antitrust di segnalare al Governo, al Parlamento, alle Regioni e agli Enti locali i provvedimenti normativi e amministrativi già vigenti, o in via di formazione, che introducono restrizioni della concorrenza.

A partire dal 2010 l'Autorità, nella relazione annuale inviata alla Presidenza del Consiglio, indica tutte le leggi che impediscono la competizione e che vanno dunque eliminate o riformate. E' previsto, poi, che il Governo presenti alle Camere un disegno di legge, la legge annuale della concorrenza con il quale vengono recepite le indicazioni

⁴²N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, www.treccani.it, 2010, p.30 e ss.

dell'Antitrust, eventualmente indicando i settori nei quali ha deciso di non dare seguito alle sue osservazioni.

Last but not least, l'articolo 21-bis della legge 287/90, introdotto nel 2012, ha anche attribuito all'Autorità la legittimazione a impugnare gli atti della pubblica amministrazione che determinano distorsioni della concorrenza.

Ebbene, come innanzi accennato l'AIRC analizza l'impatto dei provvedimenti potenzialmente restrittivi della concorrenza tenendo conto delle variabili che definiscono il contesto competitivo in cui l'intervento si inserisce e delle possibili variazioni di queste variabili indotte dall'intervento stesso. Come nel caso dell'AIR, l'AIRC, per essere efficace, deve accompagnare l'*iter* della regolazione. Tale analisi non si sostituisce all'AIR ma la integra per i provvedimenti e le azioni che hanno un impatto sulla concorrenza.

Un'opzione con effetti restrittivi sulla concorrenza può risultare comunque l'opzione preferita nel caso in cui dall'analisi completa emergano benefici netti sociali, economici o ambientali in grado di compensare i costi sul consumatore derivanti dall'impatto concorrenziale.

In particolare, nel caso in cui una regolazione mostri di avere un impatto rilevante sulla concorrenza, si procede ad un'analisi più approfondita, identificando il mercato rilevante interessato (in termini geografici e di prodotto) e la relativa struttura.

In breve, l'analisi dell'impatto sulla concorrenza richiede di rappresentare il mercato sulla base delle sue caratteristiche di dimensione geografica o di prodotto, delle caratteristiche della domanda, della struttura del mercato in termini di numero di operatori e grado di concentrazione dell'offerta, del livello dei prezzi, insomma attraverso i medesimi strumenti generalmente utilizzati dalle autorità

di concorrenza per condurre le proprie valutazioni nell'ambito dell'attività di *enforcement*⁴³.

L'analisi della struttura del mercato rilevante permette di rappresentare in termini quantitativi l'«opzione zero», ovvero la situazione concorrenziale iniziale sulla quale la nuova proposta regolativa si inserisce e che costituisce il punto di riferimento per valutarne e misurarne l'impatto e di determinare il rischio e la dimensione delle possibili ripercussioni negative di un provvedimento sull'assetto concorrenziale, che saranno maggiori in mercati con un minore numero di imprese o più concentrati, specie se in presenza di elevate barriere all'entrata.

1.3 Quando l'AGCM regola. Il caso degli impegni.

Quanto finora detto in merito all'analisi di impatto della regolazione è un tema legato a doppio filo a quello delle competenze «di fatto» regolatorie dell'Antitrust.

L'inestricabile intreccio di competenze tra Authorities che connota l'area delle pratiche commerciali scorrette si presta ad estendere il proprio raggio altresì all'attività di vigilanza e di regolazione, quale effetto «collaterale» dell'esercizio degli stessi

⁴³Nel dettaglio, per identificare i soggetti su cui, direttamente o indirettamente, ricadranno gli effetti del provvedimento (ovvero i fornitori effettivi e potenziali del determinato bene o servizio o di beni o servizi sostituibili a quello in oggetto), si procede delimitando il mercato rilevante (in termini geografici e di prodotto). Definito il mercato rilevante si passa poi ad analizzarne la struttura in termini di numero e dimensione delle imprese, di concentrazione della produzione

poteri istituzionali di cui è provvista l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato⁴⁴.

Invero, in dottrina è stato sottolineato il rischio di una commistione tra gli interventi *ex post* con cui si colpiscono i comportamenti che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo (*adjudication*) e gli interventi *ex ante* dell'Autorità, volti anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato⁴⁵.

Anche su questo fronte, infatti, i confini si presentano estremamente labili, ragion per cui la dottrina auspica un maggiore uso da parte delle Autorità delle c.d. linee guida - *guide lines* -, strumenti di autolimitazione della propria discrezionalità tracciando preventivamente le coordinate che le stesse seguiranno nell'adozione delle decisioni che sono chiamate a prendere, ciò senza porre problemi sotto il profilo della violazione del principio di legalità, in quanto il potere di elaborare linee guida, definibile «pararegolamentare», sarebbe comunque esercitato a garanzia del destinatario del potere medesimo – messo in grado di prevederne gli esiti di esercizio - dunque per restringerne la portata e non per ampliarla⁴⁶.

⁴⁴ L. CAVALLO (2010b), *L'analisi delle decisioni con impegni: un esempio di Analisi di impatto della regolazione (informale) sulla concorrenza (AIRC)?*, Osservatorio AIR, «Rassegna trimestrale», Luglio 2010, Anno I, n. 3, p.51 e ss.

⁴⁵ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", Roma, 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it. e F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2006, p.947.

⁴⁶ R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, cit.p.10 e ss.

Il rischio di continue sovrapposizioni tra poteri trova una delle sue principali cause nell'elevato grado di discrezionalità tecnica che l'Authority si trova spesso a spendere nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, per effetto delle quali spesso è tenuta a riempire di significato concetti giuridici indeterminati, come ad esempio quello di «mercato rilevante» «abuso di posizione dominante», «intese restrittive della concorrenza», così concretamente svolgendo un'attività assimilabile a quella normativa.

Invero, quelli poc'anzi richiamati costituiscono concetti non completamente determinati dal legislatore, che vengono definiti in modo più concreto – ovvero contestualizzati -, facendo ricorso a regole scientifiche, spesso opinabili perché inerenti scienze inesatte, quale quella economica⁴⁷.

Nello stesso verso rema il potere dell'Antitrust di disapplicare il diritto interno contrastante con le norme di tutela della concorrenza⁴⁸, determinando in capo a questa Authority poteri provvedimentali, formalmente vincolati, ma concretamente implicanti importanti scelte di valore circa la contestualizzazione delle norme di principio poste a tutela della concorrenza⁴⁹.

Da non trascurare sono anche gli effetti, sia pure indiretti, che i poteri di *moral suasion*⁵⁰ - oltre quelli di *advocacy* sopra richiamati - esplicano sulla regolazione stimolandone un indirizzo procompetitivo.

⁴⁷ R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, cit.p.15 e ss.

⁴⁸ Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, Causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi.

⁴⁹ R. CHIEPPA, *Poteri esercitati*, cit. p. 20 e ss.

⁵⁰ Per mezzo di pareri ad organi politici come il Governo.

Tuttavia, una rilevante occasione di «sconfinamento» dalle proprie competenze secondo la dottrina risiederebbe nell'uso sempre più diffuso dello strumento conciliativo degli impegni, di cui all'art.14 ter della l.287/90.

In particolare, si ritiene che l'Antitrust eserciti una forma di attività regolatoria ogniqualvolta svolga una analisi accompagnata da un *market test*⁵¹.

Sovente, l'AGCM si trova infatti a risolvere le contestazioni sollevate alle imprese, ottenendo da parte delle stesse l'assunzione dell'obbligo all'osservanza di determinate condotte, tali da annullare gli effetti anticoncorrenziali provocati.

Quella della chiusura del procedimento con impegni è infatti una pratica sempre più invalsa che comporta una serie di effetti benevoli per le imprese che vanno ben oltre l'esenzione dalla sanzione, *in primis* evitando il discredito reputazionale derivante dalla pubblicazione del provvedimento inibitorio, *in secundis* schivando sul piano probatorio le agevolazioni riservate ai *competitors* in sede di azione per il risarcimento del danno da illecito antitrust⁵².

In particolare, salvo l'Autorità prescriva misure strutturali particolari o dettagliate nelle modalità di attuazione⁵³, problemi di confine tra regolazione e controllo si pongono esclusivamente nel caso di misure rimediali di natura comportamentale; in tal caso l'Antitrust indosserebbe le vesti di un vero e proprio regolatore.

⁵¹Ovvero la pubblicazione degli impegni funzionale all'espressione del proprio giudizio da parte degli altri operatori del mercato.

⁵²C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità Garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI- P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.173 e ss.

⁵³Ad esempio nel caso di individuazione di un *essential facility* accompagnata dalla fissazione del prezzo di accesso.

Sul punto, si osserva che la questione era particolarmente sentita in Europa soprattutto alla luce della normativa antecedente il Regolamento 1/2003, e ciò in ragione della necessità di un esame preventivo di ogni intesa ai fini dell'eventuale autorizzazione in deroga, circostanza che oggi nel sistema comunitario risulta mutata a favore di un'autovalutazione da parte delle singole imprese, ma che tuttavia permane ai sensi della nostra legge nazionale⁵⁴.

Invero, si argomenta nel senso che, a valle del controllo sulla sussistenza delle condizioni richieste per la deroga, l'Autorità ben può richiedere l'adozione di comportamenti che producano un «sostanziale beneficio per i consumatori» attraverso una vera e

⁵⁴La 1.287/90 all'art. 4, rubricato «*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*» prevede tuttora che «*1. L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.*

2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.

3. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa».

propria «redistribuzione» dei vantaggi⁵⁵ che opera guidando il comportamento delle imprese.

Nello stesso senso si è detto rispetto all'autorizzazione condizionata alle operazioni di fusione, nell'ambito del controllo delle concentrazioni a norma dell' art. 6, della l. 287/90, controllo che, - anche in questo caso discostandosi dal criterio comunitario di cui si dirà più oltre- realizza un'ipotesi di vigilanza *ex ante* esercitata dall'AGCM seguendo un modello definito «strutturalista», ancora incentrato sul cd. «test di dominanza» e sull'analisi delle quote di mercato detenute dai vari concorrenti. Anche in tal caso, si è sostenuto che mediante l'imposizione di condizioni all'operazione, l'Autorità eserciti surrettiziamente un potere regolamentare che a stretto diritto non le compete.

Invero, tali misure comportano *ex se* una valutazione prospettica della possibile evoluzione dei mercati interessati attinti dalle operazioni e sono connotate da una natura inevitabilmente transitoria in ragione della mutevolezza della situazione concorrenziale che ne comporta il continuo monitoraggio e l'eventuale revisione⁵⁶.

La stessa dottrina, tuttavia, evidenzia come al momento di giudicare l'idoneità degli impegni ad eliminare le criticità concorrenziali rilevate, l'Autorità non faccia altro che svolgere una valutazione *pro futuro* circa l'evoluzione dei mercati per mezzo di un accertamento istruttorio fisiologicamente incompleto necessitante del contributo fornito dagli operatori interessati.

Pertanto, si ritiene che non sia del tutto corretto «imputare» all'Autorità una strumentalizzazione della via degli impegni per

⁵⁵ L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e concorrenza: teoria economica ed esperienze recenti*, cit. p.2 e ss.

⁵⁶ C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità Garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, cit.p.179 e ss.

introdurre modifiche stabili - ancorché non definitive - per accrescere gli effetti proconcorrenziali.

Su questo fronte, contrariamente ad altri, l'Autorità italiana sembra muoversi in perfetta sintonia con la Commissione Europea che avvalendosi degli impegni ex art. 9 del Reg 8CE/ n.1/2003 influisce sull'assetto concorrenziale in un modo incisivo paragonabile a quello regolatorio⁵⁷.

In particolare, le critiche più aspre sul piano dello sconfinamento nei poteri regolatori sono state avanzate rispetto al contenuto degli impegni.

Invero, seppure gli impegni all'esito di una istruttoria in materia di intese o di abuso di posizione dominate siano frutto di proposte avanzate dalle stesse imprese e successivamente sottoposte a *market test*, il procedimento che si conclude con la loro approvazione comporta una dialettica continua tra l'Autorità e gli operatori, al punto che vi è chi sostiene che spesso l'amministrazione pretenda l'assunzione di obblighi che, concretamente, impongono regole di mercato nuove e ulteriori rispetto a quelle vigenti, di fatto facendo normazione.

A ben vedere, infatti, il procedimento si articola in due fasi⁵⁸: l'istanza di parte attraverso l'offerta dell'impegno - seguita dalla valutazione preliminare dell'Autorità - e gli «aggiustamenti» richiesti dai concorrenti all'esito del *market test*.

Resta quindi all'Antitrust l'ultima parola sulla idoneità tecnica degli impegni e sulla opportunità di rinunciare all'accertamento della violazione⁵⁹

⁵⁷ C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità Garante*, cit. p.180 e ss.

⁵⁸ A. CATRICALÀ, *L'Antitrust fra regolazione e mercato*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.29 e ss.

⁵⁹ Secondo una valutazione riconducibile a discrezionalità tecnica.

Non a caso, rispetto alla natura del provvedimento con il quale l'Autorità rende obbligatori gli impegni, in dottrina si sono fatti strada due orientamenti contrapposti.

Taluni ne hanno propugnato la natura contrattualistico-negoziale, annoverando il relativo provvedimento tra gli accordi di cui all'art.11 della 241/90⁶⁰; altri, al contrario, hanno posto l'accento sulla natura autoritativa della decisione finale che rende obbligatori gli impegni, frutto dell'esercizio di ordinari poteri coercitivi, riducendo la proposta proveniente dalle imprese a mera condizione di procedibilità.

Ebbene, la prospettiva con cui si guarda a questo istituto assume rilievo sotto il profilo dei rapporti tra regolazione e controllo della concorrenza nel misura in cui gli impegni possono spingersi ben oltre la rimozione dei problemi concorrenziali sul mercato individuati dall'Autorità e mirino, piuttosto, a porre rimedio alle questioni di natura strutturale che ne siano la causa primaria, ovviamente ogniquale volta le imprese ottemperando agli impegni siano nella posizione di poterlo fare⁶¹.

In questo senso si è espresso anche il giudice comunitario trattando del principio di proporzionalità cui deve improntarsi l'operato della Commissione, in proposito riconducendovi un contenuto diverso a seconda della natura del potere cui afferisce: unilaterale *tout court* ovvero per così dire «concertato» come nel caso degli impegni.

La Corte di Giustizia ritiene infatti che la Commissione debba limitarsi a verificare che gli impegni proposti dalle imprese siano idonei a rimuovere le criticità dalla stessa evidenziate senza

⁶⁰M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust, a seguito di impegno delle imprese interessate*(art.14ter, legge 10 ottobre 1990, n.287), in *Giornale dir.amm.*, 2006, n.12.

⁶¹A. CATRICALÀ, *L'Antitrust fra regolazione e mercato*, cit., p. 28 e ss.

preoccuparsi anche di saggiare l'esistenza di rimedi meno onerosi per gli operatori economici ma ugualmente soddisfacenti.

In particolare, il giudice comunitario così chiosa «[le imprese] accettano coscientemente che le loro concessioni possono eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa adotterebbe [...] a seguito di una inchiesta approfondita»⁶².

Pertanto, sebbene non vi sia una espressa presa di posizione dell'istituzione sulla natura degli impegni, appare tuttavia ragionevole dedurre da tali argomentazioni che la stessa propenda per una ricostruzione di tipo consensuale che quasi sembra «giustificare» uno sconfinamento del rimedio nella regolazione vera e propria.

Infine, tra le occasioni in cui l'opera dell'Antitrust è suscettibile di confondersi con quella propria delle Autorità di regolazione, vale la pena accennare anche a quella dottrina che vi annovera il potere di cui al comma 2ter dell'art.15 della l.287/90, a norma del quale «L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste nel diritto comunitario»

Invero, la disposizione attribuisce all'AGCM il potere di adottare un «provvedimento generale» - come tale applicabile in un numero indeterminato di casi e nei confronti di destinatari non predeterminati - che definisca in via preventiva i comportamenti di «qualificata collaborazione».

⁶²Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07.

Ebbene, taluno⁶³ si interroga sulla possibilità che in siffatto provvedimento, più che un atto amministrativo generale si possa annidare un vero e proprio Regolamento che stabilisce un trattamento favorevole per colui che collabora o addirittura ne determina l'impunità attraverso l'esenzione dalla sanzione⁶⁴.

La disposizione in commento apre una serie di questioni ulteriori – che non verranno qui approfondite – quali la discrezionalità nel definire una collaborazione «qualificata»; quando questa collaborazione sia sufficiente all'impunità e quando solo a una riduzione della sanzione; ma soprattutto tale disposizione assume rilievo in quanto ha costituito la base normativa per l'adozione dei c.d. programmi di clemenza.

Da quanto detto finora emerge chiaramente che le frizioni tra regolazione e controllo dei mercati sussistono anche sul fronte della tutela della concorrenza.

3. Il controllo sulle concentrazioni. Breve Benchmark col sistema comunitario

Come sopra accennato, il controllo sulle concentrazioni è l'unica competenza che comporta da parte dell'Antitrust una verifica *ex ante* rispetto alla condotta degli operatori di mercato, e costituisce anch'esso terreno fertile per l'esercizio di presunti poteri regolatori da parte dell'Autorità, in special modo nell'ipotesi in cui questa autorizzi

⁶³L. COSSU, *Autorità Indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, p.5 e ss.

⁶⁴La disposizione è stata così modificata nel 2007 rispetto alla precedente disciplina che si fermava a consentire l'irrogazione, sia pure simbolica, di una sanzione ridotta.

l'operazione condizionatamente all'assunzione di determinati impegni da parte delle imprese coinvolte.

La questione si presenta particolarmente delicata se si tiene conto della discrasia tuttora esistente tra il sistema di controllo operante in Italia - dove è ancora in vigore il c.d. test di dominanza -, e quello introdotto dal Regolamento comunitario 139/2004, c.d. SIEC⁶⁵ test, che ha sostituito il precedente (Regolamento 4064/1989).

In particolare, il SIEC test consente alla Commissione di proibire solo quelle operazioni che attribuiscono a una singola impresa, non una posizione dominante sul mercato, bensì il potere di modificare in modo significativo l'equilibrio competitivo ante-fusione nei mercati rilevanti.

Dunque, il “nuovo” test introduce un importante cambiamento circa il parametro di controllo delle fusioni di dimensione comunitaria.

Invero, il precedente test, ancora usato al livello nazionale, ha come obiettivo primario quello di prevenire i cambiamenti strutturali nel mercato (ad esempio creare o rafforzare una posizione dominante); il «nuovo» criterio comunitario, al contrario, sembra piuttosto animato dal fine di impedire determinati effetti anticoncorrenziali, indipendentemente dalla circostanza che essi traggano origine da un cambiamento strutturale ed irreversibile del mercato di riferimento⁶⁶.

⁶⁵Significant impediment to effective competition.

⁶⁶R. BARATTA - S. GIROLAMO- A. ORECCHIO, *The regime of merger control introduced by regulation 139/2004 and the new substantive test – an inevitable change or a revolution?* Analysis and focus on the TLC market, Working paper for “2014 Competition and Regulation in Network Industries”, p.2. e ss. Ma anche C. CAFFARRA, *The Competition/Investment Trade-Off Revisited? Lessons from Hutchison 3G / Orange Austria*, in *CRA Competition Memo*. 2003; A. BACCHIEGA e

Pertanto, l'impatto del nuovo test è maggiore nelle operazioni che interessano mercati caratterizzati da una titolarità di quote e una struttura tali da rendere difficile la creazione di una posizione dominante. In questi mercati, infatti, è più semplice che la riduzione di operatori, a seguito di una fusione, produca proprio quello squilibrio concorrenziale che il nuovo test mira a prevenire, in particolare cagionando un aumento dei prezzi o una riduzione della produzione.

E' nei mercati in questione che si avverte in modo più incisivo la discrasia tra l'atteggiamento dell'Autorità Antitrust nazionale e quello della Commissione Europea all'atto di vagliare un'operazione di concentrazione, con tutto quanto ne consegue in materia di impegni, e quindi di riflessi sul piano regolatorio e di consolidamento dei mercati.

Ciò è tanto più vero se si pone l'accento sulla differenza forse di maggior rilevanza tra i due test: il modo di concepire "l'equilibrio competitivo" che il sistema di autorizzazione preventiva mira a garantire.

A questo proposito, tenuto conto anche della casistica innanzi alla Corte di Giustizia, la dominanza consiste in una situazione in cui uno o più operatori sono in grado di determinare un livello di produzione diverso da quello di equilibrio. Questo criterio, peraltro, non tiene necessariamente conto dell'effetto sui prezzi, quanto piuttosto del fatto che un operatore possa essere in grado di controllarlo a suo vantaggio.

Il nuovo test, al contrario, prescinde da questo "potere di controllo", in particolare ritenendosi incompatibili con il mercato comune «*le concentrazioni che ostacolano in modo significativo la*

altri, *Johnson & Johnson/Guidant: Potential Competition and Unilateral Effects in Innovative Markets*, in *Competition Policy Newsletter*, N. 3, 2005.

*concorrenza effettiva del mercato comune o in una parte sostanziale di esso»*⁶⁷.

La casistica più recente al livello comunitario dimostra come la Commissione nelle sue decisioni di autorizzazione si sia concentrata sull'analisi degli effetti dell'operazione sui prezzi, in vista del mantenimento del summenzionato equilibrio adottando un approccio più restrittivo.

Invero, nel regime del SIEC, la dominanza rappresenta la principale ma non la sola forma di «significativo impedimento ad una effettiva concorrenza», pertanto può comportare di frequente la negazione dell'autorizzazione in mercati, quali quello delle telecomunicazioni o dell'energia - connotati da una situazione definibile oligopolistica -, e dunque il consolidamento che per effetto del test della dominanza in ambito nazionale sarebbe invece autorizzato. Quando concede l'autorizzazione, invece, la Commissione lo ha fatto spesso al prezzo di consistenti «*remedies*»⁶⁸.

Benché il SIEC sia stato da molti definito come una sorta di compromesso tra il test utilizzato nel sistema statunitense (SLC), - imperniato sulla riduzione sostanziale della concorrenza - e il test di dominanza, confrontando, ad esempio, il mercato delle telecomunicazioni USA e quello europeo, emerge un panorama del tutto diverso, sia in termini di consolidamento che di efficienza, quale conseguenza della applicazione pratica del test di controllo da parte delle rispettive Authorities⁶⁹.

Del tutto differente appare l'atteggiamento dell'Antitrust italiano, da un lato in forza del su richiamato divario di criteri,

⁶⁷Art. 2 Regolamento 139/2004.

⁶⁸Ad esempio in Siemens/VA Tech COMP/ M.1286; T-Mobile Austria/Tele.ring COMP/M.3916; Hutchinson 3G UK/Telefonica Ireland COMP/M.6992.

⁶⁹ L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, spec. 357 ss..

dall'altro in quanto il controllo di fatto effettuato dall'AGCM sulle fusioni difficilmente sfocia in un divieto per così dire «permanente» dell'operazione di concentrazione, se non in casi eccezionali.

La valutazione dell'Autorità, infatti, non impedisce una eventuale riproposizione della richiesta da parte delle stesse imprese sulla base del criterio «*rebus sic stantibus*», che consente di rilasciare l'autorizzazione in un primo momento negata purché siano apportate modifiche alla struttura dell'operazione di gran lunga meno invasive di quelle imposte in ambito comunitario.

Da questo punto di vista, invero, si ritiene che il Garante nazionale si dimostri attento alle efficienze che l'acquisizione di imprese in sofferenza da parte dei concorrenti possano produrre quante volte la compressione della concorrenza che ne derivi sia paragonabile e quella che si sarebbe comunque determinata anche senza l'operazione⁷⁰.

Sotto questo profilo, gli impegni comportamentali o strutturali che l'Autorità può imporre e rivedere periodicamente costituiscono un prezioso strumento che consente una certa flessibilità nelle valutazioni.

D'altro canto, però, deve osservarsi che contrariamente al sistema nazionale, il modello comunitario concentra in mano alla Commissione, insieme al potere di controllo, altresì quello regolatorio, di tal che, l'eventuale sovrapposizione di questi due strumenti - attraverso l'imposizione di *remedies* comportamentali particolarmente gravosi - non creerebbe le stesse disarmonie finora descritte nel panorama nazionale tra Autorità regolatoria settoriale e controllo della concorrenza.

⁷⁰C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità Garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, cit. p.179 e ss..

4. I nuovi poteri dell'Antitrust.

Come sopra si è accennato, mentre l'attività di *enforcement* è finalizzata alla repressione delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominate posti in essere dalle imprese, particolare rilievo per l'indagine svolta in questa sede assume l'attività di *advocacy*, che ha invece come destinatari i regolatori economici, cui vengono inviati pareri e segnalazioni nei quali si evidenziano gli ostacoli al corretto funzionamento dei mercati derivanti dalla regolazione.

Invero, tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 la c.d. legislazione di emergenza⁷¹ ha attribuito all'AGCM nuovi poteri, quale contrappeso all'apertura dei mercati ed alla semplificazione amministrativa introdotta dalla stessa normativa⁷².

Analizzando tali poteri, emerge la possibilità in mano a questa Authority di intervenire sia con riguardo agli effetti che una data disciplina già in vigore determina sul corretto funzionamento del mercato⁷³, sia rispetto a una normativa in corso di adozione, in

⁷¹decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici" (c.d. salva Italia), convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214; del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (c.d. cresci-Italia), convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 "Disposizioni urgenti per la semplificazione e lo sviluppo" (c.d. semplificazioni), convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35.

⁷²A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2012, p.13 e ss.

⁷³ Ci si riferisce all'art. 21 della l.287/90, ai sensi del quale l'Autorità è chiamata ad individuare i casi di particolare rilevanza nei quali atti normativi o amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto

quest'ultimo caso svolgendo una valutazione degli effetti che essa potrà verosimilmente determinare sul mercato⁷⁴.

Grazie alla spendita costruttiva di tali poteri, la dottrina⁷⁵ ritiene che la libera concorrenza sia entrata a pieno titolo nel dibattito politico.

In particolare, attraverso il ddl annuale per il mercato e la concorrenza, l'Autorità avrebbe avuto uno strumento efficace per indirizzare il Governo.

Al contrario, c'è chi nega che l'azione specifica dell'Autorità abbia contribuito incisivamente a modificare gli assetti regolatori del Paese e a promuovere le liberalizzazioni, atteso la scarsa reattività del legislatore innanzi alle spinte dell'Authority e il monopolio della politica proconcorrenziale ancora nelle mani dell'esecutivo⁷⁶.

Tuttavia, si osserva che il ruolo dell'AGCM nella regolazione del Paese sembra cambiato a seguito delle novità previste, in parallelo alle liberalizzazioni, rispetto ai poteri consultivi.

funzionamento del mercato e queste non siano giustificate da esigenze di interesse generale. In tal caso, l'Autorità segnala tali situazioni al Parlamento e al Presidente del Consiglio o, a seconda di chi sia titolare della potestà normativa, al Presidente della Regione e, nei casi di atti amministrativi, al Presidente del Consiglio, ai Ministri competenti ed agli enti locali interessati. Infine, l'Autorità può esprimere un parere in ordine alle iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni.

⁷⁴ L'art. 22 della medesima legge prevede che l'Autorità possa esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato, sia autonomamente, sia su richiesta di amministrazioni e enti pubblici interessati.

⁷⁵ A. HEIMLER, *Direttiva Servizi, analisi di impatto concorrenziale e ruolo dell'Autorità: una visione di insieme, relazione presentata all'incontro di discussione sulla direttiva servizi*, Roma 30 novembre 2007, in www.agcm.it.

⁷⁶ A. LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2006, p.648.

Si fa riferimento, in particolare, al parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'attività⁷⁷; alla legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁷⁸; al parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui regolamenti di semplificazione che il Governo dovrà adottare con riguardo ai procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa⁷⁹.

Di fronte a tale nuovo ventaglio di strumenti, non v'è dubbio alcuno circa il rafforzamento dei margini di intervento di questa Authority in ambito normativo e amministrativo, per qualcuno⁸⁰ addirittura si può parlare di un «nuovo ruolo» dell'AGCM nelle liberalizzazioni, sia *ex ante* sia *ex post*, con un posto di rilievo nel processo di apertura dei mercati.

Ed invero, *ex ante*, attraverso i poteri consultivi, *ex post* principalmente tramite i poteri impugnatori.

In particolare, l'art. 21 bis della l.287/90 consente di impugnare una grande varietà di atti in violazione «delle norme a tutela della concorrenza e del mercato», compresi atti amministrativi che, sebbene

⁷⁷Art. 34 (“Liberalizzazione delle attività economiche”) del d.l. n. 201/2011 (c.d. salva-Italia).

⁷⁸Art. 35 (“Potenziamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”) del d.l. n. 201/2011, introduttivo dell'art.21 bis l.287/90.

⁷⁹Art. 12 (“Semplificazione procedimentale per l'esercizio di attività economiche”) del d.l. n. 5/2012 che ha introdotto l'art. 21 bis della l.287/90.

⁸⁰A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit. p.24 e ss.

non direttamente lesivi di tali norme, siano più genericamente in contrasto con i principi di concorrenza⁸¹.

In questo senso, ad ampliare il raggio d'azione dell'Authority concorre lo stesso concetto di “tutela della concorrenza”, nel quale la giurisprudenza costituzionale⁸² riconduce insieme alla normativa antitrust anche interventi di promozione della concorrenza quali, norme su procedure di gara, semplificazione amministrativa e liberalizzazione.

Si osserva che tale legittimazione dell'AGCM la porta a controllare non solo le imprese ma gli stessi titolari del potere regolatorio, in particolar modo rispetto ai c.d. rischi di cattura del regolatore da parte dei regolati.

5. Conclusioni

Al termine di questa rassegna sui possibili intrecci tra regolazione e concorrenza è possibile fare una breve riflessione sulle molteplici relazioni tra questi due strumenti di guida del mercato, da un lato, circa l'esistenza di uno spazio per l'intervento dell'Antitrust a tutela della concorrenza nei settori economici in cui esiste un'Autorità di regolazione, dall'altro, sull'eventuale condizionamento che le finalità perseguite con la regolazione possono avere sull'applicazione del diritto della concorrenza.

Se è vero che le due discipline perseguono finalità solamente in parte coincidenti, sono evidenti i problemi pratici che possono scaturire da una cattiva interazione tra strumento complementari

⁸¹F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato* (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990), in www.giustamm.it, 30 gennaio 2012.

⁸² Corte Costituzionale, sent. n.235/2011.

rispetto ad un andamento ottimale dell'economia del nostro Paese, portando ad una sovrapposizione di difficile coordinamento.

Invero, essendo ormai pacifico che i rapporti tra la disciplina antitrust e la regolazione settoriale non si configurano in termini di esclusione⁸³ ma di complementarità, proprio là dove si intervenga in mercati che già sono oggetto di una intensa attività regolatoria ad opera delle Autorità di settore, la cooperazione con quest'ultima da parte dell'Autorità trasversale è essenziale per evitare contraddizioni e assicurare un'azione proconcorrenziale armonizzata.

Lo stesso vale a dirsi per i rapporti tra l'azione sul piano nazionale e quella comunitaria, le quali sembrano non del tutto allineate per quanto riguarda il controllo sul consolidamento dei mercati regolamentati attraverso il monitoraggio preventivo sulle operazioni di fusione.

Parimenti negativi sono i riflessi di una incontrollata «invasione» nel senso simmetricamente opposto a quello di cui si è detto, ovvero da parte dei provvedimenti delle Autorità di regolazione nel settore antitrust - che l'AGCM tenta di combattere con le sue nuove competenze consultive *ex ante* e impugnatorie *ex post* -, per effetto dei c.d. bias anticoncorrenziali della regolazione⁸⁴, là dove non si tenga conto delle finalità proconcorrenziali che dovrebbero ispirare gli impianti regolatori.

Preso atto, quindi, di una quasi fisiologica e reciproca «invasione» di competenza tra queste Autorità, certamente sarebbe opportuna una riforma nel senso della semplificazione istituzionale del panorama di queste Authority.

⁸³G. PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, in rassegna *Astrid*, n. 16/2014, p.3.

⁸⁴L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e concorrenza: teoria economica ed esperienze recenti*, cit.p. 5.

Invero, si è osservato come la proliferazione di Autorità indipendenti possa agevolare il fenomeno della cattura dei regolatori dai regolati, e per qualcuno anche «l'allentamento del circuito della responsabilità politica»⁸⁵.

Tra le proposte risolutive si è giunti ad auspicare la concentrazione in capo ad una sola Autorità di poteri ora ripartiti tra più organi indipendenti, ad esempio mediante l'attribuzione all'AGCM di poteri regolatori⁸⁶; tuttavia, in proposito si è obiettato⁸⁷ che ciò potrebbe compromettere l'indipendenza dell'organo in questione, posto che l'esercizio di poteri di regolazione *ex ante* in difetto di una specifica competenza settoriale porterebbe a ritenere giustificata una ingerenza decisionale da parte dei Ministeri che governano il settore. Inoltre, è lo stesso ordinamento comunitario – come già detto in precedenza – a pretendere l'istituzione di specifiche autorità nazionali di settore.

Pertanto, nella stasi dell'attuale assetto istituzionale, non resta che ricercare un punto di equilibrio tra le molteplici Autorità nell'esercizio dei propri poteri affinché, nel rispetto delle reciproche competenze, ciascuna possa agire proficuamente a tutela degli interessi di cui sia custode.

⁸⁵Relazione parlamentare sul disegno di legge n.1366 del 2007 in materia di regolazione e vigilanza sui mercati.

⁸⁶Del resto, in ambito comunitario la Commissione regola i mercati e ad un tempo tutela la concorrenza, accentrando in sé le due funzioni.

⁸⁷G. NAPOLITANO, *La riforma delle Autorità Indipendenti alla prova dell'esame parlamentare*, intervento al seminario ASTRID, *La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, Roma 18 giugno 2007.

In proposito, una soluzione “parziale” tratta dal sistema comunitario⁸⁸ è stata individuata nell'intensificazione dei protocolli d'intesa – già esistenti fra alcune Autorità al livello bilaterale - fino alla creazione di una vera e propria rete di accordi multilaterali tra le Autorità settoriale e tra queste e quelle trasversali con una precisa definizione dei rispettivi confini e la contestuale costituzione di “comitati congiunti” su temi trasversali per l'adozione di azioni coerenti e prevenire conflitti di competenza. In tal modo si verrebbe a legittimare anche in ambito nazionale una “autoregolazione delle Autorità di regolazione”⁸⁹.

⁸⁸Sono le stesse Le Direttive Ue a prevedere tra le Autorità Europee di recente costituzione (EPA, EIOPA, ESMA) i suddetti protocolli.

⁸⁹F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione e tutela davanti al giudice amministrativo*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, p.357.

CAPITOLO II: I rapporti tra controllo amministrativo e sindacato giurisdizionale

SOMMARIO: 1. Il problema dei limiti al sindacato sui provvedimenti della Autorità Amministrative Indipendenti e i tipi di sindacato. - 2. Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM. La giurisdizione di merito sulle sanzioni. - 2.1 L'evoluzione della giurisprudenza sul sindacato in materia di sanzioni. - 3. L'essenza del sindacato di merito nel tempo. Riflessi sulla giurisdizione sulle sanzioni – 4. Il confronto del sindacato nazionale con il modello comunitario - 5. Conclusioni.

1. Il problema dei limiti al sindacato sui provvedimenti della Autorità Amministrative Indipendenti e i tipi di sindacato.

La difficoltà ad individuare misura, intensità e metodo con il quale il giudice effettua il sindacato sui provvedimenti delle Autorità Amministrative indipendenti è un tema che appare legato a doppio filo con la questione sulla incertezza della natura di queste Authority e dei loro provvedimenti⁹⁰.

E' innegabile che l'indipendenza delle AI ha un certo rilievo sul controllo giurisdizionale, quest'ultimo ponendosi quale ineludibile contraltare di tale indipendenza, nonché irrinunciabile

⁹⁰F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'autorità e il controllo giurisdizionale*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGN I - P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.260 e ss; A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust: Quanto self restraint?*, in *Merc., conc., reg.*, 2003, 239 ss.

garanzia direttamente derivante dall'esclusione della natura giurisdizionale delle Autorità⁹¹.

Da questo sistema di pesi e contrappesi scaturisce il problema del raggiungimento di un corretto equilibrio di ruoli e responsabilità tra Autorità indipendenti e Magistratura⁹².

Punto nevralgico della questione, non è solo quello di dare una risposta al noto interrogativo «*Who guards the guardians?*»⁹³, ma anche, o piuttosto, quello di stabilire fino a che punto è corretto spingersi nel sindacare in sede giurisdizionale un'attività particolarmente complessa e caratterizzata da profili altamente specialistici e tecnici, quale quella svolta dalle AI.

La risposta è inevitabilmente influenzata dalla fiducia che nei vari ordinamenti e nei diversi periodi storici autorità e giudici hanno conquistato⁹⁴.

Autorevole dottrina ha parafrasato la questione in un brillante interrogativo che evidenzia la parziale contraddizione del sistema in cui orbitano queste Autorità, ovvero ci si chiede perché mai, se le AI non si sovrappongono con le relative funzioni a quelle dei giudici, siano investite del compito di decidere

⁹¹A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del Mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 358;

⁹²Sul tema cfr. A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir.amm.*,1994; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*» 1986;

⁹³ M. SHAPIRO, *Who guards the guardians?*, Athens (GA), University of Georgia Press, 1988.

⁹⁴A.A.V.V., *Il Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze* a cura del Ce.R.D.E.F - Centro Ricerche Documentazione Economica e Finanziaria p.11 e ss.

questioni di interesse collettivo per mezzo di membri scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti a incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, se poi l'attività di queste è sottoposta all'ordinario sindacato giurisdizionale⁹⁵.

D'altro canto, invece, sono stati sottolineati i pericoli che lo scudo del puro tecnicismo può celare, là dove impedisca un controllo su un potere che solo l'organo giurisdizionale può garantire⁹⁶.

Pertanto, precipitato logico della negazione della natura anche solo paragiurisdizionale delle AI è la sottoposizione al sindacato giurisdizionale.

Come si vedrà più oltre, le esigenze derivanti dal tecnicismo delle questioni che affiorano allorquando si va a sindacare un provvedimento delle AI vengono ad essere soddisfatte dalla progressiva «specializzazione» dei giudici competenti nelle materie attribuite alle Authorities.

Nell'inquadramento del problema è interessante osservare che l'incertezza sui limiti del sindacato del giudice sugli atti delle autorità indipendenti si è posta anche negli Stati Uniti, dove il fenomeno di tali autorità ha avuto origine.

Ebbene, in risposta, il sindacato del giudice americano nei confronti dell'attività delle "agencies" non è stato sempre particolarmente intenso, quasi lasciando trapelare una certa deferenza del giudice innanzi a tali organi ed alle relative statuizioni a carattere tecnico.

⁹⁵ S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 221.

⁹⁶ V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, II, p. 368.

Dunque, nel sistema americano le particolari competenze tecniche di un'autorità costituiscono un limite per il controllo giurisdizionale⁹⁷. Tuttavia, come si dirà più oltre, le Corti americane sembrano dedicare un'indagine più approfondita rispetto a quella dei giudici comunitari sulle questioni dal sapore prettamente economico.

Nell'ordinamento europeo e in quello italiano, il settore in cui più è stato affrontato il problema dei limiti del sindacato del giudice nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti è stato quello antitrust.

Ciò rileva in quanto, come osservato da autorevole dottrina⁹⁸, il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sugli atti delle autorità si configura diversamente a seconda del tipo di potere che esse esercitano.

Posto che, come visto ne capitolo precedente⁸, le due principali funzioni di cui sono titolari le autorità indipendenti sono quella c.d. di regolazione e quella sanzionatoria, sarà possibile porre un distinguo tra due tipologie di sindacato che riflettono la diversità di tali poteri, con un occhio più attento alla funzione sanzionatoria, in quanto l'unica facente capo al Garante della concorrenza.

⁹⁷ Nella sentenza *Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defense Council*, 104, S. CT., 1984, p. 2778, si è stabilito a chiare lettere che i giudici possono disattendere l'interpretazione che un'agenzia abbia dato ad una legge di cui ha il compito di curare l'applicazione, solo quando questa interpretazione sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore oppure sia irragionevole.

⁹⁸ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, 2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸ *Infra*, Capitolo I, § 1.

Invero, se l'attività di regolazione si traduce nella predeterminazione delle regole di comportamento destinate a vincolare i soggetti che operano nei mercati di volta in volta regolati mediante un intervento *ex ante* dell'Autorità, volto anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato tramite scelte non legislativamente predeterminate; l'attività sanzionatoria, invece, presuppone un mercato già operante secondo modelli di libera concorrenza e vigila sull'osservanza delle regole: colpisce con interventi *ex post* i comportamenti (accordi o abusi di posizione dominante) che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo. Ne deriva che l'attività sanzionatoria assume carattere doveroso e vincolato, con il compito precipuo di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria di volta in volta descritta dal legislatore. Non vi è esercizio di poteri di *policy*, né esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio⁹⁹.

Da tali differenze fondamentali il diverso atteggiarsi del sindacato giurisdizionale.

Ciò premesso, nel presente lavoro, proprio allo scopo di analizzare le diverse sfumature che il sindacato giurisdizionale può assumere rispetto ad un provvedimento antitrust, sarà utile primariamente ripercorrere le tappe attraversate dalla prima giurisprudenza nazionale sul punto, nonché da quella successiva, arricchita dagli impulsi al livello internazionale¹⁰⁰.

⁹⁹R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit.

¹⁰⁰Sul tema cfr. G. GHIDINI - V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Merc.Conc.Reg.*, 1999, 317 e ss..

Successivamente, si passerà ad una breve disamina del percorso storico che ha seguito nel nostro ordinamento il concetto di “giurisdizione di merito” - che in questa sede viene in rilievo soprattutto con riguardo alla giurisdizione sulle sanzioni -, dalle origini fino ad oggi, per poi porlo a confronto con la diversa nozione di “merito amministrativo”.

Per ora basti dire che la questione assume rilevanza, ai fini che qui interessano, in quanto la distinzione tra i due concetti non è mai stata ben salda, al punto che le due nozioni vengono spesso sovrapposte, così generando equivoci circa il reale significato da attribuire alle prerogative di controllo del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Authorities.

In ultimo si volgerà lo sguardo al modello comunitario al fine di confrontarne i relativi meccanismi di controllo con quelli applicati nel nostro ordinamento¹⁰¹.

Invero, rispetto al modello nazionale ed a quello statunitense, il sistema antitrust comunitario è caratterizzato dall'affidamento di poteri esecutivi, di controllo e di proposta legislativa ad un unico organo, quale la Commissione, accompagnato dal controllo giurisdizionale svolto dalla Corte di Giustizia, cui si è aggiunto il Tribunale di primo grado a partire dal 1988¹⁰².

Dal momento che la Commissione e la Corte di Giustizia hanno costituito la guida del diritto antitrust e delle relative Authority nel panorama nazionale, sarà d'obbligo esaminare

¹⁰¹ Per approfondimenti cfr. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1993, 1105 ss.

¹⁰² M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato, trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna*, Bologna, 1992.

anche le modalità con le quali questi organi comunitari si sono relazionati fra di essi.

2. Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM. La giurisdizione di merito sulle sanzioni.

In materia antitrust, bisogna ammettere che il compito del giudice è particolarmente difficile, dovendo questi tener conto delle implicazioni economiche oltre che giuridiche all'atto di applicare la legislazione antitrust, e della conseguente necessità di valersi di nozione metagiuridiche per poter adeguatamente esplicitare le proprie funzioni.

A queste difficoltà si aggiunge quella di riempire di significato i c.d. concetti giuridici indeterminati, "zone grigie" che la legge rimette all'interprete, anche in questo caso spendendo nozioni altamente tecniche, tratte dalle scienze economiche e dunque spesso appannaggio esclusivo degli stessi membri delle Authorities.

Senz'altro la fonte primaria per lo studio della questione del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti è la giurisprudenza del Consiglio di Stato, artefice per eccellenza della ricerca del difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze di garanzia ed effettività della tutela giurisdizionale ed allo stesso tempo di tutela dell'operato degli organi specializzati dalle invasioni di un giudice privo delle necessarie competenze.

Nelle prime decisioni pronunciate soprattutto in materia antitrust, è ricorrente l'affermazione del principio secondo cui i provvedimenti dell'Autorità sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale non incontra limiti,

potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Qualora venga dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato circoscritto alla sola legittimità dell'atto e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate¹⁰³.

Successivamente, il Supremo Consiglio¹⁰⁴, nel riconfermare quanto finora detto, ha precisato che i provvedimenti dell'Autorità antitrust hanno una natura peculiare, articolandosi in più parti del tutto corrispondenti alle fasi del controllo svolto dall'Autorità: 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 una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; 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.

¹⁰³ Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348, Italcementi, in *Foro amm.* 2000, p. 933.

¹⁰⁴ Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, Rc Auto.

Ciò posto, il Consiglio di Stato esclude che il controllo di legittimità possa precludere al giudice amministrativo la verifica della verità del fatto posto a base dei provvedimenti dell'Autorità, in quanto, a seguito del progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali.

Ne deriva, dunque, che i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi.

Tale accertamento comporta la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

Per quanto concerne le fasi consistenti nell'individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati, in relazioni alle quali l'Autorità esercita, almeno in parte, un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo, fondata non su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma in base a scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i «concetti giuridici indeterminati», la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti

alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione¹⁰⁵.

Il passaggio da un controllo estrinseco, attraverso i c.d. occhi del profano, ad uno intrinseco, risale ormai ai tempi della storica sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n.601 del 1999 che ha ammesso che il giudice, senza sostituirsi all'Amministrazione, possa censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili anche agli occhi dell'esperto attraverso il controllo della attendibilità del criterio tecnico adoperato dalla AI.

In particolare, la pronuncia ha distinto il concetto di opportunità da quello di opinabilità.

Invero, secondo il Consiglio di Stato «*la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito [...] anzi, il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato viene considerato come lo specifico della giurisdizione amministrativa di legittimità, che la differenzia dal giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione*». Quindi, secondo il Collegio, «*il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell' iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che*

¹⁰⁵R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 254 e ss..

ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo».

Dunque, oggi pacificamente si consente di sindacare l'analisi economica svolta dall'Autorità, seppur con alcuni limiti, che nella decisione vengono qualificati in termini di «sindacato di tipo debole», nel senso che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato» all'operato dell'Autorità¹⁰⁶.

Peraltro, la qualificazione del controllo giurisdizionale in termini di «sindacato tipo debole» è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina che ha interpretato la presa di posizione del Consiglio di Stato come un rifiuto di applicare conoscenze tecniche limitandosi ad interventi blandi ed in prevalenza confermativi¹⁰⁷.

Altro argomento contrario al concetto di «sindacato debole» è stato rinvenuto nella natura di diritto soggettivo che è riconosciuta al privato attinto dai poteri dell'Autorità, da cui la

¹⁰⁶E' doveroso specificare che, il principio secondo cui il giudice amministrativo può spingersi fino a sindacare l'attendibilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione, subisce ulteriori temperamenti rispetto alle valutazioni tecniche riservate "da apposite norme all'amministrazione, quanto meno nei casi in cui essa risulti titolare di una particolare competenza legata alla tutela di valori costituzionali speciali" (Cons. Stato, Sez. V, n. 1247, 5 marzo 2001).

Rientrano in tali ipotesi gli apprezzamenti tecnici delle autorità preposte alla tutela dell'ambiente. In particolare, con riferimento alle valutazioni tecniche in materia di tutela ambientale e paesaggistico-territoriale.

¹⁰⁷R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 170.

necessità che il controllo giurisdizionale abbia ad oggetto il rapporto intercorso tra le parti e la sola legittimità dell'atto impugnato¹⁰⁸.

Recenti pronunce hanno portato a precisare ulteriormente i margini di sindacato del giudice al quale spetta di verificare se il potere speso dall'Autorità sia stato correttamente esercitato, non, dunque, il potere di «*assumere una decisione, verificando la tesi dell'accusa e della difesa*»¹⁰⁹.

Tornando alla questione circa la definizione del sindacato «di tipo debole», e volendo fugare il dubbio che sia interpretata come limitativa dell'effettività della tutela giurisdizionale, il Consiglio di Stato precisa che con tale espressione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo dell'Autorità, bensì esclusivamente porre un limite al controllo del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato le valutazioni svolte dall'AGCM in base a regole tecniche ugualmente sindacabili, 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 potere¹¹⁰.

In altri termini, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa

¹⁰⁸ G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in Foro It., 2002, III, p. 488.

¹⁰⁹ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto ogni profilo¹¹¹.

Sul tema, tra le pronunce più fresche occorre richiamare la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 20 gennaio 2014, n. 1013, in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, la quale sembra aver preso posizione in modo definitivo sulla annosa questione dell'individuazione dei confini entro i quali deve e può esplicarsi il potere di controllo del giudice amministrativo rispetto agli atti sanzionatori delle AI.

In breve, la pronuncia precisa la pienezza del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica esercitata dall'Autorità e individua il suo limite nella verifica dell'attendibilità della soluzione prescelta: ogniqualvolta questa sia connotata da opinabilità (ovvero quasi sempre, vertendosi in tema di accertamenti tecnici), escludendo, invece, la possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione cassando la soluzione opinabile ma attendibile con altra reputata maggiormente convincente. Vengono così a definirsi i caratteri di un giudizio *ab intrinseco* - implicante la ripetizione di tutti i passaggi logici operati dall'Autorità attraverso l'utilizzo delle stesse regole tecniche -, ma mai sostitutivo, definitivamente abbandonando l'antica distinzione tra sindacato "forte" e sindacato "debole".

Sulla stessa scia, con riferimento al sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM, da

¹¹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864; Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*, in *Foro amm.* CDS 2002, p. 2505.

ultimo il Consiglio di Stato¹¹² si è pronunciato ritenendo che *«tale sindacato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato che si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento, quando, tuttavia, nei profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini»*. Per principio pacifico, infatti, aggiunge il Supremo Consesso, *«il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza*

¹¹² Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2016, n. 4048, in www.ildirittoamministrativo.it.

economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge »¹¹³.

E' bene tuttavia precisare che, tali ultime pronunce, individuando nell'attendibilità della decisione dell'Autorità il limite al controllo sulle soluzioni tecniche opinabili, volgono la loro attenzione alla porzione di provvedimento rispetto alla quale il giudice è investito della giurisdizione generale di legittimità, ovvero relativa alla sussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione. Questa circostanza porta inevitabilmente a spendere - nel prosiegua del presente lavoro -, qualche considerazione sul diverso e ulteriore profilo problematico, che appare ancora irrisolto, del rapporto tra la cognizione del giudice rispetto al "segmento" provvedimentale oggetto delle pronunce *de quo* e quella estesa "anche al merito" relativamente al *quantum* della sanzione pecuniaria; approdo quest'ultimo codificato nel disposto dell'art.134 lett.c) Dlgs.104/2010 (Codice del processo amministrativo, da ora c.p.a.), ma già da tempo fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa.

Il prosiegua della trattazione intende infatti concentrarsi su una parte precisa del giudizio sull'atto che - per quanto possa apparire superfluo precisarlo - viene astrattamente distinta, ma insiste su una frazione del provvedimento che altro non è che il frutto e la diretta conseguenza dell'attività di accertamento tecnico dei presupposti per l'inflizione della sanzione esercitata nella fase immediatamente precedente e che dunque non potrebbe che partecipare della stessa natura.

¹¹³Nello stesso senso, fra le più recenti, Cons. di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il provvedimento sanzionatorio costituisce atto conclusivo di un procedimento avviato da un atto di contestazione frutto dell'attività di controllo e di vigilanza svolta dall'Autorità per mezzo dei propri strumenti informativi e ispettivi, implicante la valutazione di fatti e l'uso di competenze specialistiche ad elevato tasso tecnico.

La contestazione fa dunque sì che tutti questi elementi confluiscono nel procedimento sanzionatorio, di talché il potere esercitato nell'irrogazione della sanzione non è semplice individuazione del *quantum*, bensì presuppone la realizzazione di una complessa attività istruttoria, ricca di implicazioni tecniche, alla quale la parte del procedimento dedicata alla sanzione non può che essere strettamente connessa.

Ne deriva che la potestà *stricto sensu* sanzionatoria, non può esser del tutto scissa dal potere di vigilanza e di accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, quest'ultimo rivestendo il ruolo di «*indefettibile prius fattuale e giuridico*»¹¹⁴ della sanzione.

In forza di tale semplice constatazione, non può farsi a meno di sollevare qualche perplessità sulla tenuta logica, prima ancora che tecnico-giuridica, della soluzione ormai pacifica in giurisprudenza, secondo cui il giudizio sulle parti del medesimo provvedimento risulta qualitativamente scisso in due valutazioni, una di legittimità e una di merito.

Per portare alla luce le criticità e le incongruenze cui si perviene per effetto dell'astratta distinzione tra giurisdizione di legittimità sull'accertamento dei presupposti sanzionatori e

¹¹⁴M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p.466 e ss..

giurisdizione di merito sul *quantum* sanzionatorio, è indispensabile passare in rassegna la giurisprudenza rilevante sul punto.

Come poc'anzi anticipato, se la questione del sindacato del giudice sui provvedimenti delle AI appare un terreno ormai brulicante di pronunce e dottrina ormai grossomodo allineati, meno chiara è la natura e la giusta intensità che devono interessare il giudizio sulle sanzioni.

Rispetto al sindacato sulla sola parte del provvedimento relativa alla sanzione, in particolare in materia antitrust, la giurisprudenza amministrativa¹¹⁵ ha da sempre riconosciuto l'esistenza di una giurisdizione di merito, nel senso di consentire, ad opera del giudice, la sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità.

In *primis*, sul punto, la Cassazione¹¹⁶ ha risolto il problema dell'ampiezza del richiamo operato dall'art. 31 della legge n.287/90 alla legge n.689/81 nel senso di limitarlo alle sole disposizioni sostanziali e non a quelle in materia di giurisdizione, in particolare chiarendo che il rinvio "*in quanto applicabili*" alle disposizioni della legge 24 novembre n. 689 del 1981, è da intendersi nel senso di dare prevalenza alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, individuata dall'art. 33 della legge 287/90, rispetto al richiamo operato dall'art.31 della stessa alla legge che attribuiva al giudice ordinario la competenza sulle controversie in materia di opposizione alle ordinanze di ingiunzione che comminano sanzioni amministrative pecuniarie.

¹¹⁵ *Inter alia* Cons. St., Sez.VI, 20 marzo, 2001, n. 1671, Caldaie, punto 12.3.1, in Dir. e giust., 2001, 81.

¹¹⁶ Cass. S.U., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*.

Ciò premesso, il Consiglio di Stato ha poi snodato l'ulteriore questione del richiamo all'art. 23, comma 11, della l.689/81 abbracciando la tesi della sua applicabilità, con conseguente giurisdizione di merito, alle sanzioni pecuniarie dell'AGCM, facendo leva sul principio costituzionale che vieta l'imposizione di prestazioni pecuniarie al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.), nonché sulla peculiarità del potere esercitato dall'Autorità all'atto dell'applicazione di siffatte sanzioni di natura afflittiva¹¹⁷.

In altri termini, attraverso un vero e proprio *escamotage* giuridico, la giurisprudenza amministrativa si è servita dell'art. 23 della legge 689/81 ritagliandone la portata precettiva a essa più utile, ovvero quella funzionale all'estensione del proprio sindacato al merito delle sanzioni¹¹⁸.

Ed invero, così operando, la giurisprudenza nostrana non ha fatto altro che allinearsi alla prassi comunitaria, là dove il controllo esercitato dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado sugli atti della Commissione si è sempre improntato al riconoscimento di competenze di merito del giudice¹¹⁹ per ciò che concerne il *quantum* sanzionatorio, secondo una prassi comunitaria che meglio si approfondirà più oltre.

Per ora basti dire che, secondo la c.d. nozione di *standard of review*, sebbene il Regolamento 1/2003 attribuisca alla Corte di Giustizia «*competenza giurisdizionale anche di merito per*

¹¹⁷R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2004, p. 1060.

¹¹⁸E. FRENI, *Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, p. 853, 2011.

¹¹⁹Corte di Giustizia CE, 16 novembre 2000, C- 291/98, Sarrò Cartoncino, par. 70-71.

*decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni della Commissione»*¹²⁰, l'interpretazione ormai pacifica è nel senso di escludere un riesame *ex novo* del caso deciso¹²¹, a favore di una distinzione tra sindacato di legittimità sulla decisione e sindacato esteso al merito per la sanzione.

Tuttavia, non è mancato chi ha osservato come la distinzione “virtuale” tra i due sindacati non sempre sia netta sul piano pratico e come la c.d. dottrina del *judicial deference* si dimostri attualmente ingiustificata, là dove limita il sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Commissione in ragione di poteri discrezionali e considerazioni di politica economica che ormai possono dirsi pressoché inesistenti all'indomani della modernizzazione¹²².

Si sottolinea, infatti, come tale atteggiamento fosse adatto alle prime applicazioni da parte della Commissione del diritto concorrenziale e come si dimostri invece del tutto ingiustificata ai giorni nostri, quando ormai gli art.101 e 102 direttamente applicati dalla Commissione - ma anche dalle Autorità nazionali - pongono questioni per lo più di stretto diritto con bassissimo margine di

¹²⁰V. art.31 del Regolamento 1/2003/CE e art.261 TFUE.

¹²¹M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione Europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli 2013, p. 80.

¹²² M. SIRACUSA - C. RIZZA, cit., pp.80-83.

discrezionalità. Urgerebbe quindi una rivisitazione della materia nel senso di ridimensionare la deferenza della Corte¹²³.

2.1 L'evoluzione della giurisprudenza sul sindacato in materia di sanzioni.

Tanto premesso in via generale sulla giurisprudenza in materia di sanzioni, nazionale e in parte comunitaria, è possibile svolgere qualche considerazione sull'evoluzione del sindacato di merito così come inteso ed esercitato nel nostro ordinamento.

Innanzitutto è evidente come l'avvento del c.p.a. che ha codificato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avverso i provvedimenti delle Autorità Amministrative Indipendenti (art. 133 lett. l) ed esteso al merito il sindacato sulle relative sanzioni pecuniarie (art.134 lett. c), non ha rappresentato una novità per l'AGCM.

Contrariamente è da dirsi, invece, per altre Autorità come la Consob e la Banca d'Italia¹²⁴, che per effetto del c.p.a. sono passate dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa, salvo ritornare a quella ordinaria a seguito delle ultime pronunce della Corte Costituzionale.

In proposito, è utile ricordare come con le pronunce n. 162 e n. 94 del 2014¹²⁵ la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. (eccesso di delega) degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134,

¹²³Sul problema della deferenza in sede di sindacato cfr. anche G. DENOZZA, *Discrezione e Deferenza: il controllo giudiziario sugli delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Merc.Con.Reg.*

¹²⁴ E. FRENI, *cit.*, p.853

¹²⁵ Corte Cost. sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 15 aprile n. 94 del 2014.

comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del c.p.a. e dell'art. 4, comma 1, numeri 17) e 19), dell'Allegato 4 del medesimo codice, nella parte in cui hanno trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, le controversie relative a provvedimenti sanzionatori di natura pecuniaria adottati rispettivamente dalla Consob e dalla Banca d'Italia, così restituendo la relativa competenza al giudice ordinario.

In particolare, la Corte ha ritenuto che il legislatore delegato, nel dare attuazione alla delega contenuta nell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, avesse ecceduto i limiti e violato i principi ai quali l'esercizio della delega avrebbe dovuto attenersi, posto che nella loro definizione il Parlamento aveva chiarito che il Governo avrebbe dovuto procedere ad un riordino della normativa vigente tenendo conto della "giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" (art. 44, commi 2, della legge n. 69 del 2009).

Tornando alle ipotesi di giurisdizione ancora sotto l'egida del giudice amministrativo, deve sottolinearsi come, sulla falsariga della prassi comunitaria, il Tar ed il Consiglio di Stato hanno sin da subito contrapposto ad un sindacato "forte" (di merito) sulle sanzioni, un sindacato "debole", non sostitutivo, limitato alla sola verifica della legittimità, per la parte residua della decisione dell'Autorità¹²⁶.

¹²⁶ *Inter alia*, Cons. St., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.* 2001, p. 369. La dicitura sindacato "forte/debole", alla quale si è succeduta quella di sindacato "intrinseco/estrinseco" è oggi superata a favore di un sindacato che si assume uniformemente "pieno ed intrinseco" ma distinto in sindacato di "legittimità e di merito".

Prendendo in considerazione il sindacato sulla parte della decisione che a noi più interessa, ovvero la sanzione, è doveroso dare uno sguardo all'evolversi della giurisprudenza nazionale rispetto al modo di intendere la giurisdizione tutt'oggi definita "di merito".

Nelle prime sentenze in cui si afferma l'applicabilità della legge 689/81 al sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni¹²⁷, quest'ultimo riconosce l'esistenza di un margine di discrezionalità per l'Autorità nella graduazione della sanzione, nonostante per il suo esercizio si debba fare riferimento alla tassatività degli elementi indicati dalla legge 287/90 (a sua volta richiamante l'art.11 della 689/81), ovvero la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché la personalità dello stesso e le sue condizioni economiche.

In particolare, si riconosce che ai sensi degli artt. 15 e 31, l. n. 287 del 1990, e 11, l. n. 689 del 1981, la graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo edittali costituisce un apprezzamento di fatto che spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *"in relazione al quale è prevista una giurisdizione piena del giudice, che ha il potere di modificare la misura della pena, e anche di ridurla"*; tuttavia, proseguono i giudici *"l'esercizio del potere di modifica dell'atto amministrativo da parte del giudice presuppone pur sempre che sia stata riscontrata una illegittimità o una inopportunità dell'operato dell'autorità amministrativa, operato che, pertanto, è sindacabile"*

¹²⁷ Cfr. Cons. St., VI, 20 marzo, 2001, n.1671, Caldaie, punto 12.3.1, in *Dir e Giust.*, 2001.

da parte del giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti, iniquità¹²⁸ .

Orbene, non può non sollevare qualche spunto di riflessione l'espresso riferimento alla spendibilità di un sindacato di merito da parte del giudice amministrativo, cui però viene singolarmente ricollegato un giudizio sulla legittimità e "inopportunità" della sanzione irrogata dall'Antitrust.

Ed invero, il richiamo all'opportunità spinge ad interrogarsi su come questa possa configurarsi rispetto ad una sanzione e, soprattutto, a chiedersi di quale tipo di discrezionalità si controverta.

Il summenzionato riferimento alla valutazione in termini di opportunità della sanzione irrogata dall'Autorità nel tempo è andato sparendo, lasciando spazio ad un'apodittica dichiarazione di esercizio di un "sindacato di merito", cui fa seguito la sostituzione della sanzione¹²⁹, secondo uno schema che ancora oggi si ripete costantemente nelle pronunce che investono le decisioni sanzionatorie delle Autorità.

Tuttavia, gli interrogativi suscitati dalla lettura delle pronunce più risalenti non sembrano dissolti, piuttosto stimolando l'interesse ad un'indagine su cosa si intendesse, allora, e si intenda, oggi, per "sindacato di merito".

Passando in rassegna le pronunce più recenti in materia di concorrenza, infatti, emerge quale dato interessante che,

¹²⁸Cfr. ult. sent. cit. ma nello stesso senso cfr. anche Cons. St., VI, 23 aprile, 2002 n. 2199, in *Dir. e Giust.*, 2002 e Cons. St., 24 maggio 2002, n. 2869, in *Foro Amm.* 2002 .

¹²⁹ Cfr. *inter alia* Cons. St., Sez.VI, 30 agosto 2002 n. 4362, in *Foro amm.* 2002; Cons. St., Sez.VI, 24 maggio 2002, n. 2869 e Cons. St. Cons. St., Sez.VI, 2 agosto 2004, n. 5368, in *Foro amm.* 2004.

nonostante le enunciazioni astratte nel senso dell'esistenza di un sindacato di merito rispetto alle sanzioni¹³⁰, nei fatti la sanzione viene sempre rideterminata per vizi coincidenti con quelli sintomatici dell'eccesso di potere, quali sproporzione, assenza di motivazione, travisamento di fatti; dunque, il sindacato finisce sostanzialmente col risolversi nella spendita di un giudizio di legittimità.

Orbene, è chiaro che altrimenti non potrebbe essere, quantunque si parli di sindacato di "merito", poiché non di discrezionalità amministrativa si tratta ma di discrezionalità tecnica, di talché non esiste alcun giudizio di opportunità in senso stretto che possa, anche solo astrattamente, essere speso in questi casi.

Invero, nelle decisioni che accertano un'infrazione, l'Autorità provvede ad irrogare la sanzione sulla base di un procedimento che, sebbene connotato da un ampio margine di discrezionalità¹³¹, si muove entro i confini di legge, nonché nell'ambito di un preciso *iter* logico-giuridico al quale, tra l'altro, può dirsi che l'Autorità si sia autovincolata elaborando e rendendo note apposite Linee Guida.

In particolare, sul piano normativo, viene innanzitutto in rilievo l'art.15 della l.287/90, a norma del quale l'Autorità *"dispone [...] l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i*

¹³⁰Cfr. da ultimo Cons. Stato Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104 in *Foro amm.* 2015; Cons. St. Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050 in *Foro amm.*, 2014.

¹³¹In tal senso Cons. St., Sez.VI, sentenza 29 dicembre 2010, n. 9565 in *Foro amm.*, 2010.

termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”.

Inoltre, per il tramite del rinvio operato dall'art. 31 della medesima legge alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 689/1981, è previsto altresì che si tenga conto della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché della personalità dello stesso e delle sue condizioni economiche (art. 11 l.689/81).

Quanto al procedimento nell'ambito del quale si devono sviluppare i summenzionati principi, recentemente l'Autorità ha reso note le Linee Guida alle quali intende attenersi nella determinazione della sanzione¹³².

In breve, secondo le citate Linee Guida, l'importo base della sanzione è individuato moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione della gravità dell'infrazione e mai superiore al 30%, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

Al fine di individuare il valore delle vendite, l'Autorità si preoccupa di specificare il dato di partenza, costituito dal valore delle vendite di beni o servizi oggetto direttamente o indirettamente dell'infrazione, avuto riguardo al mercato rilevante e all'ultimo anno di partecipazione dell'impresa all'illecito concorrenziale. Qualora l'impresa non renda noti i dati relativi al fatturato, l'AGCM prenderà in considerazione qualsiasi altra

¹³²Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge 287/90, 31 ottobre 2014, in www.agcm.it.

informazione ritenuta pertinente, come la media del valore delle vendite nell'intero periodo di durata dell'infrazione.

Infine, per determinare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto della natura dell'infrazione¹³³ e di ulteriori fattori quali, le condizioni di concorrenza nel mercato interessato, la natura dei prodotti o servizi, l'attuazione o meno della pratica illecita, la rilevanza dell'effettivo impatto economico e più in generale degli effetti pregiudizievoli sul mercato o sui consumatori.

All'importo base così ottenuto, al fine di potenziare l'effetto deterrente della sanzione rispetto alle infrazioni più gravi, l'Autorità può aggiungere una somma supplementare di ammontare compreso tra il 15% e il 25%, qualora lo ritenga "opportuno" ed indipendentemente dalla durata e dall'effettiva attuazione dell'infrazione.

L'importo base può poi essere incrementato o ridotto per effetto del riconoscimento di aggravanti o attenuanti, come il ruolo svolto dall'impresa nell'ambito dell'illecito, la condotta da essa tenuta nel corso dell'istruttoria, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione. Il valore di incidenza di ciascuna circostanza non è superiore né inferiore al 15%, fino a una percentuale complessiva pari al 50% dell'importo base.

Meritevole di particolare menzione, è la circostanza attenuante consistente nell'aver adottato un programma di

¹³³Le intese orizzontali segrete, aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione, sono considerate le più gravi restrizioni della concorrenza. In proposito si segnala che la segretezza della pratica e la probabilità di scoperta della stessa sono in stretta relazione con la gravità dell'infrazione e dunque con l'entità della sanzione.

compliance in linea con le *best practice* europee e internazionali, purché sia data prova di un effettivo e concreto impegno alla sua osservanza.

Alla luce di quanto finora detto, sembra evidente che angusti sono gli spazi per la spendita di valutazioni in termini di opportunità da parte della stessa Autorità procedente e, di riflesso, da parte dell'organo giudicante chiamato a riesaminare la decisione.

A ben vedere, avuto riguardo al sindacato speso dal giudice, si potrebbe parlare di “merito” nel senso di “opportunità”, solo a patto che nel nostro ordinamento si accolga l'operatività di un sistema equivalente a quello previsto in ambito comunitario di cui meglio si dirà più oltre.

In particolare, sarebbe necessario ammettere la possibilità che il giudice spenda, rispetto alla sanzione, una valutazione in termini di “giustizia”, con conseguente facoltà di sostituzione della stessa, a prescindere dall'esistenza di qualsivoglia vizio di legittimità nel metodo di calcolo seguito dalla Autorità (che poi in ambito concorrenziale coincide con il metodo di calcolo definito negli “Orientamenti” comunitari elaborato dalla Commissione Eu¹³⁴).

Dunque, in altri termini, il giudice dovrebbe poter adottare un sistema di calcolo del tutto indipendente da quello seguito dall'Autorità, fino a giungere ad individuare una diversa sanzione che questo reputerà “giusta” dunque “opportuna”¹³⁵.

¹³⁴Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende, Gazzetta ufficiale C 210 dell' 1.9.2006

¹³⁵In tal senso cfr. R. GIOVAGNOLI, *Judicial review of Antitrust decisions: Q & A*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1 del 2015, p. 144-145.

A parere di chi scrive, solo in tale eventualità si potrebbe ritenere che venga in rilievo il “merito” inteso come conformità a regole non giuridiche di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo¹³⁶. Va da sé, infatti, che tale giudizio non può che cadere su un'attività connotata da discrezionalità amministrativa c.d. pura, ovvero caratterizzata dalla ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario¹³⁷, ma soprattutto concretizzante l'esercizio di una facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Laddove, come nel caso di specie, si verta in materia di attività connotata per lo più da discrezionalità tecnica, la valutazione compiuta dall'amministrazione attiene all'esame di fatti mediante la mera applicazione di cognizioni tecniche a carattere specialistico, appartenenti a scienze non esatte, e come tali foriere di risultati di per sé non oggettivamente verificabili¹³⁸.

Ne consegue che, in siffatte ipotesi, mancherebbe lo stesso oggetto sul quale esercitare un potere di controllo in nome di una

¹³⁶C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, Roma, 1941, p. 136.

¹³⁷Per la definizione di discrezionalità amministrativa cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 72 ss.

¹³⁸Per la definizione di discrezionalità tecnica cfr. V. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; pp.121 e ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005; pp.199 e ss.; E. LANZA, *Public enforcement a presidio della libertà di concorrenza: i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010, pp. 1791 e ss.

scelta “più opportuna” di altra, non venendo in considerazione valutazioni relative al modo di curare l'interesse pubblico¹³⁹.

In assenza di una facoltà di sostituzione in capo al giudice dei criteri tecnici di calcolo adottati dall'Autorità, ci si deve ritenere al cospetto di una spendita di potere diverso da quello propriamente “di merito” nel senso cui poc'anzi si è fatto riferimento. Più correttamente sembra profilarsi un sindacato di legittimità sul calcolo della sanzione, non *stricto sensu* sostitutivo, ma semplicemente rinforzato dal potere di correggere il *quantum* sanzionatorio con l'ammontare che risulti dalla rinnovata operazione di calcolo, emendata dei vizi di legittimità eventualmente riscontrati¹⁴⁰.

Che poi i vizi di legittimità individuati dal giudice afferiscano a figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali la sproporzione, il travisamento dei fatti, l'assenza di motivazione e via di seguito, non vale a mutare la natura del un giudizio trasformandolo in giudizio eccezionalmente speso sul “merito”.

Posto che il nostro ordinamento non conosce la possibilità di un intervento sulla sanzione che sia scollegato da eventuali vizi da cui risulti affetta la fase del calcolo, deve concludersi per l'esistenza in questa materia - ma non solo - di un concetto di sindacato di “merito” diverso da quello con il quale tradizionalmente si intende il “merito amministrativo” e frutto, piuttosto, di un'ulteriore evoluzione rispetto all'ultima ricostruzione elaborata dalla dottrina nelle varie tappe storiche che

¹³⁹P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979, pp. 415 e ss.

¹⁴⁰Sul tema dei caratteri del sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni cfr. R. GIOVAGNOLI, *Judicial review*, cit.

hanno interessato la figura in esame e che qui di seguito verranno rapidamente ripercorse.

3. L'essenza del sindacato di merito nel tempo. Riflessi sulla giurisdizione sulle sanzioni.

Per comprendere appieno le considerazioni che si sono svolte finora in tema di sindacato di merito, nonché le conclusioni che si andranno a trarre al termine di questa ricostruzione, è necessario risalire alle origini del concetto di “merito amministrativo” per poi porne a confronto l'essenza con ciò che oggi la giurisprudenza mostra di intendere con questa locuzione.

In breve, l'attuale concezione di “merito amministrativo”, cui testé si è fatto richiamo, trova le sue antiche origini, sia pure in forma embrionale, nella Riforma Rattazzi¹⁴¹, attuata con la legge 30 ottobre 1859, n. 3708, là dove, nel sopprimere gli antichi organi di appello del contenzioso amministrativo previsti dall'ordinamento in vigore nel regno di Sardegna ed estesi a tutta la penisola¹⁴², si attribuì al Consiglio di Stato una giurisdizione speciale in alcune specifiche materie.

In proposito, per meglio comprendere la natura dei poteri che si sono succeduti in capo al Consiglio di Stato, è bene fare un passo indietro e precisare che questo organo nasce nel 1831 investito di funzioni esclusivamente consultive a carattere prevalentemente politico, in risposta della Corona di Carlo

¹⁴¹Cfr. R. GIOVAGNOLI, *La giurisdizione di merito e la giurisdizione esclusiva*, in G. CORAGGIO (a cura di), *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna 2012, p. 531.

¹⁴²Nell'ordinamento di Sardegna in vigore su tutta l'Italia il contenzioso amministrativo era attribuito alla c.d. Camera dei Conti.

Alberto alle istanze di bilanciamento dello strapotere monarchico diffusesi in tutta Europa¹⁴³.

Il potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, dunque, è un'acquisizione successiva.

In particolare, con la su richiamata Riforma Rattazzi, vennero ad attribuirsi a quest'organo per la prima volta anche competenze giurisdizionali e, rispetto a materie tassativamente individuate ed accomunate da una valenza "spiccatamente pubblicistica", esso veniva investito eccezionalmente del potere di sindacare anche la discrezionalità degli atti amministrativi, facoltà ordinariamente sottratta agli organi del contenzioso amministrativo. In questi casi, l'atteggiarsi del sindacato del giudice amministrativo veniva ad assumere valenza quasi "politica"¹⁴⁴, investendo aspetti di equità, opportunità e convenienza trascendenti la legittimità in senso stretto dell'atto.

Con la c.d. legge abolitrice del contenzioso (LAC) del 1865, si operò un cambio nominalistico della conservata giurisdizione in capo al Consiglio di Stato (oltre a qualche variazione sulle materie ad esso attribuite), passandosi dalla denominazione di "giurisdizione speciale" a quella di "giurisdizione propria".

Al riguardo, si è osservato come già in quest'epoca cominciasse a percepirsi un cambiamento di volto della giurisdizione di merito. In particolare, dalle pronunce concernenti le materie di nuova attribuzione alla "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato, sarebbe emersa una preponderanza del

¹⁴³Dando vita ad un organo con tali funzioni veniva infatti a crearsi una monarchia di tipo consultivo. In proposito e per una disanima completa dei poteri consultivi del Consiglio di Stato dalle origini ad oggi cfr. M. TORSELLO, *Le funzioni consultive del consiglio di stato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁴In tal senso cfr. R. GIOVAGNOLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 529

sindacato di merito inteso come pieno accesso al fatto, piuttosto che come cognizione estesa all'opportunità¹⁴⁵.

La rottura definitiva con la concezione originaria di giurisdizione estesa al merito si ebbe, tuttavia, con la legge Crispi del 1889 (Legge 31 marzo 1889, n.5992), per effetto della quale fa ingresso per la prima volta nel nostro ordinamento la formula "giurisdizione di merito", secondo una dicitura che verrà conservata fino all'attuale Codice del processo amministrativo.

La citata legge, accanto alla giurisdizione generale di legittimità per vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, prevede il potere del Consiglio di Stato di decidere pronunciando "anche nel merito" sulle materie appartenenti alla vecchia giurisdizione propria.

A far data da questa legge, si apre il dibattito dottrinario su cosa debba intendersi per pronuncia "anche in merito". Invero, le teorie che si contendevano il campo, contrapponevano l'antesignano sindacato anche sull'opportunità del provvedimento¹⁴⁶, ad un'ipotesi di sindacato anche sui diritti soggettivi¹⁴⁷, equivalente quindi alla nostra giurisdizione esclusiva; tuttavia, l'opinione prevalente era nel senso di

¹⁴⁵Cfr. F. BENVENUTI, in F. BENVENUTI – G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Milano, 1969, p. 206, secondo il quale sarebbe più facile rinvenire una valutazione in termini di opportunità all'interno di contenziosi vertenti sulle materie attribuite alla giurisdizione "speciale" (poi "propria") del Consiglio di Stato in fase pre-abolitrice del contenzioso.

¹⁴⁶Nel senso del merito come opinabilità cfr. G. CORAGGIO, voce Merito, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVI, Milano, 1976, p.139.

¹⁴⁷ Cfr. V. MORTARA, *Contributo*, in *Giur. It.*, 1897, p. 1033 e ss., per il quale invece il sindacato di merito coincideva con il perimetro dell'attuale giurisdizione esclusiva.

ricondere l'essenza di questa giurisdizione all'esistenza di un potere istruttorio e decisorio rinforzato, mediante un accesso pieno e diretto al fatto¹⁴⁸.

Come preannunciato, questa breve digressione sulle origini storiche del rapporto fra sindacato giurisdizionale e merito, fornisce, nell'accezione stessa che si intenda attribuire a quest'ultimo, la chiave di lettura di molteplici ipotesi in cui il sindacato del giudice si rivolge a certi provvedimenti connotati da discrezionalità, sia essa tecnica o pura, e consente di verificare se quanto ritenuto in particolare rispetto alle sanzioni antitrust, trovi conferma anche sul piano generale della giurisdizione di merito.

A ben vedere, infatti, passando brevemente in rassegna le ipotesi contemplate dall'art.134 c.p.a., tra cui figura anche la giurisdizione sulle sanzioni delle Autorità, ci si avvede che il "merito", eccezionalmente reso oggetto di sindacato giurisdizionale, è ben altra cosa rispetto al merito amministrativo quale sinonimo di opinabilità.

Nel dettaglio, dai ricorsi concernenti gli atti e le operazioni elettorali (art 134 lett. b), alla contestazione dei confini sugli enti territoriali (art.134 lett. d), balza agli occhi come non sia neanche astrattamente ipotizzabile un vizio in termini di opportunità.

Analoghe considerazioni, possono essere spese nel caso del nulla osta cinematografico di cui alla legge 161 del 1962 e contemplato nella lettera e) dello stesso articolo.

Quest'ultima ipotesi, tuttavia, similmente alla materia delle sanzioni pecuniarie di cui alla lettera c), potrebbe veder convivere,

¹⁴⁸ Sul merito come accesso "rinforzato" ai fatti cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, p. 28.

con un giudizio di natura squisitamente tecnica, anche un certo grado di discrezionalità.

In particolare, per quel che qui più interessa, la scelta discrezionale in sede di sanzioni pecuniarie da illecito antitrust si anniderebbe nella individuazione del *quantum* tra il minimo ed il massimo edittale, nonché nell'eventuale aggiunta di una somma supplementare a quella individuale tramite l'operazione di calcolo pedissequamente descritta nelle Linee Guida dell'Autorità per finalità di deterrenza.

Nondimeno, sulla base di quanto poc'anzi rilevato, questo margine angusto per la spendita di valutazioni di discrezionalità-opportunità, non sembra essere il dato che accomuna e giustifica la previsione di un sindacato giurisdizionale diversificato rispetto a quello di legittimità.

Questo elemento si coglie in modo ancor più evidente laddove si prendano in considerazione ipotesi che, sebbene non qualificate nominalmente come casi di giurisdizione di merito ex art. 134 c.p.a., sono dalla dottrina pressoché unanime considerate ipotesi di giurisdizione di merito "occulta".

Si allude, ad esempio, al potere del giudice amministrativo, in sede di annullamento dell'aggiudicazione ex art. 121 c.p.a., di decidere se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto di appalto a valle stipulato con l'aggiudicataria illegittima¹⁴⁹.

Uguali valutazioni sottendono la pronuncia del giudice in sede di decisione dei ricorsi per l'efficienza dell'Amministrazione, a norma del d.lgs. 198/2009, nella parte in

¹⁴⁹Sulle ipotesi di giurisdizione di merito "occulta" cfr. A. POLICE, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. CIRILLO (a cura di), *Il Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2014.

cui ordina all'amministrazione di porre in essere le misure idonee a porre rimedio all'inadempimento rilevato.

Questi esempi, portano a galla in modo particolarmente evidente il dato caratterizzante la spendita di alcuni poteri per così dire "qualificati" da parte del giudice, in situazioni che nulla sembrano condividere con il momento della scelta di opportunità posta in essere a monte dall'amministrazione all'atto di emanazione del provvedimento.

Rispetto alla summenzionata teoria che ritiene di far coincidere il merito con l'opportunità, si è innanzitutto osservato in dottrina che ciò comporterebbe una discriminazione in sede di sindacato giurisdizionale che andrebbe a contravvenire agli artt. 113 e 95 Cost., di fatto prospettando la cognizione da parte del giudice, solo in particolari materie, di ulteriori motivi di invalidità del provvedimento, nonostante la censura di inopportunità sia invece passibile di investire tutti i provvedimenti discrezionali¹⁵⁰.

Tralasciando, poi, la tesi della riconducibilità dell'attuale giurisdizione di merito alla giurisdizione sui diritti soggettivi, chiaramente non sostenibile dal momento della espressa distinzione tra giurisdizione esclusiva e di merito, si osserva come non possa neanche ritenersi *tout court* che il tratto distintivo di questo sindacato sia quello del pieno accesso al fatto, prerogativa del giudice ormai indiscussa anche nel caso di giurisdizione di legittimità e quindi di valutazioni tecnico discrezionali.

Piuttosto, la forma che assume il giudizio nelle ipotesi di cui al 134 c.p.a., sembra rassomigliare ad una variante di quanto sostenuto dalla più accreditata teoria avanzata nel periodo *post*

¹⁵⁰G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

legge Crispi, ovvero quella che riteneva che l'essenza di questa giurisdizione affondasse le sue radici in un potere decisorio per così dire "rinforzato"¹⁵¹.

La cognizione particolarmente qualificata che sembra apparentare i casi moderni di giurisdizione di merito, sembra infatti risiedere nella possibilità, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento esattamente con gli stessi poteri istruttori e di accesso al fatto propri della giurisdizione di legittimità, che il giudice eserciti il potere aggiuntivo e ulteriore di modifica dell'atto, ovvero di adottarne uno *ex novo* come previsto dall'art. 34 comma1, lett. d) c.p.a.

Come si è giustamente osservato¹⁵², vi è dunque un equivoco di fondo ancora latente in dottrina, ovvero quello di sovrapporre il sindacato di "merito" con il "merito amministrativo".

Nel merito amministrativo si esplica una scelta soggettiva da parte della amministrazione insindacabile per difetto stesso di parametri oggettivi cui rapportarla¹⁵³; nelle ipotesi di sindacato di merito, invece, si riscontra una convivenza dell'interesse privato con quello pubblico secondo una concezione che può dirsi ormai superata nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ma

¹⁵¹R. GIOVAGNOLI, *La giurisdizione di merito*, cit.

¹⁵²Così osserva A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 1444 e ss.

¹⁵³B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, 2006, 1993 e ss.

che invece sopravvive in modo del tutto peculiare nei casi di giurisdizione di merito¹⁵⁴.

La particolare compresenza dell'interesse pubblico con quello privato, giustifica l'accresciuto potere di ingerenza sul provvedimento da parte del giudice, che dunque si farebbe eccezionalmente tutore, esso stesso, oltre che della tutela dell'interesse azionato dal privato, anche di quello pubblico.

In queste operazioni di pesi e contrappesi, tuttavia, non v'è traccia di valutazioni di opportunità proprie della sola amministrazione, né di una rinnovazione della scelta effettuata da quest'ultima, ma si compie una operazione valutativa circoscritta ai mezzi e finalizzata a "conformare" la tutela fornita al privato con le ragioni pubbliche¹⁵⁵.

4. Il confronto del sindacato nazionale con il modello comunitario.

Come si è detto poc'anzi, il sistema comunitario di controllo dei mercati e applicazione del diritto antitrust da parte della Commissione, nonché il vaglio in sede giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia, hanno costituito la guida del diritto antitrust e delle relative Authority nel panorama nazionale, pertanto in questa sede è d'obbligo una disamina dei due meccanismi che ne consenta un accostamento in parallelo.

Ciò in particolare all'indomani del processo di armonizzazione del diritto comunitario della concorrenza, il quale ha indubbiamente subito una accelerazione con l'approvazione del

¹⁵⁴C. BARTOLI, *Processo amministrativo (Considerazioni introduttive)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Milano, 1964, p. 1082.

¹⁵⁵A. POLICE, cit.

Regolamento CE n. 1/2003 che oggi include anche la giurisdizione¹⁵⁶.

Accanto alla Commissione e alle Autorità nazionali, il meccanismo di convergenza delle politiche di concorrenza coinvolge appieno anche le giurisdizioni di tutti gli Stati membri¹⁵⁷.

In proposito, si è osservato che nel sistema giuridico europeo il coinvolgimento dei giudici nella attuazione delle regole della concorrenza è avvenuto soprattutto in sede di controllo giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità piuttosto che in sede di risoluzione delle controversie intersoggettive ed è parte del più ampio fenomeno di c.d. europeizzazione dei diritti processuali amministrativi, ovvero di interscambio di sistemi e stimoli tra i vari Paesi¹⁵⁸.

Invero, in questa operazione di «cross fertilization», la Corte di Giustizia, attraverso la sua attività di controllo, da un lato estrapola principi dai singoli ordinamenti; dall'altro, li esporta verso altri sistemi, così dando luogo al processo di armonizzazione che porta alla creazione delle regola comunitaria che influenza anche l'applicazione del diritto interno attraverso la sua forza interpretativa¹⁵⁹.

Tale processo di armonizzazione, come si approfondirà più oltre, ha portato ad una progressiva specializzazione dell'autorità

¹⁵⁶E. CHITI - C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

¹⁵⁷R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale*, cit., p. 1020 e ss.

¹⁵⁸D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv trim.dir.pub.*, 2002, 683 e ss.; F. GHEZZI, *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione CEE in materia Antitrust*, in *Riv.soc.*, 1993, 685

¹⁵⁹R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale*, cit., p. 1029 e ss.

competente anche rispetto al sindacato giurisdizionale sugli atti in materia concorrenziale, e ciò attraverso la creazione di sezioni specializzate o con attività di formazione dei giudici.

Tanto premesso, partendo dalla base giuridica europea, l'art. 23 del Regolamento 1/2003 prevede diversi tipi di sanzioni che possono essere comminate dalla Commissione alle imprese o associazioni di imprese per violazioni del diritto antitrust ed il relativo ammontare deve essere determinato secondo gravità e durata dell'infrazione.

Le stesse ragioni che hanno ispirato l'AGCM ad autovincolarsi nel processo di calcolo delle sanzioni¹⁶⁰, traggono spunto dagli "Orientamenti per il calcolo delle ammende"¹⁶¹ adottati dalla Commissione nel 1998 e oggi sostituiti dalle linee guida più recenti¹⁶².

In breve, negli Orientamenti del 1998 veniva previsto che l'ammontare delle sanzioni doveva essere calcolato attraverso una serie di passaggi successivi, il primo dei quali consisteva nella determinazione di un importo-base commisurato unicamente alla gravità dell'infrazione, adottando quindi un sistema forfetario che consentiva alla Commissione e ad i giudici comunitari di adottare

¹⁶⁰Supra Cap. II §2.

¹⁶¹Il fine di tali Orientamenti, a detta della Commissione, avrebbe dovuto consistere nell'assicurare «la trasparenza ed il carattere obiettivo delle decisioni della Commissione, di fronte sia alle imprese che alla Corte di giustizia, ponendo l'accento, nel contempo, sul margine discrezionale lasciato dal legislatore alla Commissione nella fissazione delle ammende, entro il limite del 10% del volume d'affari globale delle imprese. La Commissione intende tuttavia inquadrare tale margine in una linea politica coerente e non discriminatoria, che sia funzionale agli obiettivi perseguiti con la repressione delle infrazioni alle regole della concorrenza».

¹⁶²Gazzetta ufficiale C 210 dell'1.9.2006.

un approccio effettivamente penalizzate per le imprese coinvolte nell'infrazione e realmente dissuasivo¹⁶³.

L'attuale sistema di calcolo è invece radicalmente mutato, prevedendo come parametro di riferimento una percentuale del fatturato rilevante. Tuttavia la Commissione mantiene un ampio margine di discrezionalità e resta libera di integrare in corso di giudizio la spiegazione dei criteri utilizzati per il calcolo dell'ammenda.

Sui provvedimenti così concepiti e le relative implicazioni tecniche, invero, la Corte di Giustizia ha negato la possibilità di un sindacato sostitutivo, non ammettendo che il giudice sulle valutazioni tecniche (nella specie economiche) complesse compiute dalla Commissione possa andare oltre la verifica dell'osservanza della procedura e della motivazione, dell'esattezza dei fatti ed dell'insussistenza di vizi macroscopici come errore manifesto e sviamento di potere.

Al riguardo, non sono mancate critiche in rapporto all'approccio seguito invece dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che, al contrario, spesso si rende protagonista di approfondite analisi economiche¹⁶⁴, sia pure nei limiti di quanto consentito senza invadere poteri riservati all'apparato amministrativo.

¹⁶³In particolare, queste ultime venivano distinte in tre categorie, ossia infrazioni poco gravi; gravi e molto gravi alle quali corrispondevano diversi importi, da 1000 euro per quelle poco gravi a più di 20 milioni di euro per quelle molto gravi.

¹⁶⁴In particolare, la carenza di profondità nei controlli di analisi economica è stata evidenziata con riguardo alle seguenti pronunce: Corte giust., Sentenze del 15 giugno 1993, in causa C-225/91, *Matra*, in *Racc.* 1993, I p. 3203, e 5 maggio 1998, in causa C-157/96, *National Farmer's Union*, ivi 1998, I p. 2211, in cui si afferma come anche nella verifica dell'esattezza sostanziale dei fatti e della loro qualificazione giuridica operata dall'autorità comunitaria, il giudice europeo

L'indirizzo più "restrittivo" sul piano dei controlli da parte del giudice comunitario ha trovato spesso conferma anche in decisioni del Tribunale di primo grado¹⁶⁵.

Tuttavia, non manca chi osserva che, al di là delle affermazioni di principio, i giudici comunitari hanno in realtà saggiato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione, soprattutto in ambito di concentrazioni, operando una valutazione sostanziale del contenuto dei provvedimenti antitrust¹⁶⁶, ad esempio ravvisando un insieme di errori commessi nella valutazione di elementi importanti per l'individuazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva o un errore manifesto di apprezzamento nella valutazione degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione¹⁶⁷.

applica i consueti controlli (anche penetranti, ma sempre di carattere estrinseco) sulla discrezionalità. Trib. di primo grado, sent. 12 dicembre 2000, in causa T-296/97 *Alitalia*; nella quale, con riferimento alla valutazione economica complessa necessaria per l'applicazione del criterio c.d. "dell'investitore privato", si afferma che la Commissione gode di un ampio potere discrezionale, per cui il sindacato giurisdizionale su di essa non può comportare una sostituzione della valutazione della Commissione con quella del giudice.

¹⁶⁵ Ad es., Trib. primo grado UE, 21 marzo 2002 (in causa T- 131/99), *Shaw e Falla c. Commissione*; Trib. primo grado UE, 21 marzo 2002 (in causa T-231/99), *Joyson c. Commissione*, rispettivamente punti 38 e 36 della motivazione; Trib. primo grado UE, 28 febbraio 2002 (in causa T-395/94), *Atlantic Container Line AB e altri c. Commissione*, punto 257 della motivazione.

¹⁶⁶ Cfr. la decisione della Commissione *Airtours / First Choice* e la sentenza del Trib. UE, 6-6-2002, T-342/99, *Airtours PLC*, *Foro It.*, 2003, IV, p. 35.

¹⁶⁷ Cfr. Trib. di primo grado UE, 25 ottobre 2002, T-5/02, *Tetra Laval BV*, in *Foro It.*, 2003, IV, 123. La sentenza *Tetra Laval* è stata impugnata dalla Commissione davanti alla Corte di giustizia che ha respinto il ricorso della Commissione.

Inoltre, nonostante non esista una formula matematica precisa da adottare, l'assenza di una idonea motivazione sulla quantificazione della sanzione non ne comporta l'annullamento ma la verifica della congruità della stessa da parte del giudice attraverso un sindacato pieno.

Sembra dunque che, a dispetto delle premesse teoriche che ornano le pronunce della Corte di Giustizia e del Tribunale di Primo grado, la giurisprudenza comunitaria abbia adottato un approccio cauto ma non per questo sintomo di un sindacato giurisdizionale sugli atti della Commissione limitato ad una mera verifica formale del rispetto delle procedure, spingendosi fino ad una piena verifica del fatto, riesaminando la valutazione di esso operata dalla Commissione, pur senza mai arrivare ad una sostituzione della valutazione.

Ciononostante, parte della dottrina¹⁶⁸ ritiene che i giudici di alcuni Stati membri risultino ancora più incisivi rispetto all'operato della Corte di Giustizia, ad esempio in Francia ed in Germania, non solo rispetto all'accertamento dei fatti, ma soprattutto rispetto alla verifica tecnica delle valutazioni dell'amministrazione.

In proposito, la stessa dottrina pone l'accento sulla mancanza, per espressa volontà della Corte di Giustizia, di un argine comune al controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle Authorities, coerentemente non munendo il giudice di poteri strumentali alla sostituzione delle proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione¹⁶⁹.

¹⁶⁸D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 683 e ss.

¹⁶⁹D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale*, cit.

Sotto quest'ultimo profilo, si osserva che i giudici comunitari raramente si avvalgono dei poteri istruttori, dando molto peso alla prova documentale, a discapito della CTU, strumento previsto ma di scarsa applicazione pratica¹⁷⁰, in ciò non discostandosi di molto da quanto in uso tra i giudici italiani¹⁷¹.

Si osserva inoltre che in sede comunitaria il ricorso comporta il riesame della decisione ma non la ripetizione della procedura seguita dalla Commissione né la produzione di nuovi documenti, salvo quelli utili a confermare i fatti posti a base della decisione.

Una delle differenze di maggior rilievo tra il sistema di controllo comunitario e quello nostrano, risiede tuttavia in quanto previsto dall'art. 31 del Regolamento 1/2003, a norma del quale il giudice può *“estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata”*¹⁷² dalla Commissione, così astrattamente accordando alla Corte di Giustizia anche la facoltà di incrementare il *quantum* dell'ammenda inflitta.

All'indomani del citato Regolamento Comunitario e nell'ottica di un'apertura verso l'armonizzazione della tutela della concorrenza di cui si è poc'anzi fatta menzione, v'è da chiedersi se la coerenza del sistema non imponga un adeguamento della normativa nazionale a quella comunitaria anche nel senso di

¹⁷⁰G. FALCON, *la tutela giurisdizionale*, in M CHITI- G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p.387 e ss.

¹⁷¹R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur comm.*, 2003, 170 e ss.

¹⁷²Come di fatto è avvenuto in Trib. di primo grado UE, 12 dicembre 2007, T-101/05, BASF, caso in cui il giudice comunitario è intervenuto sulla sanzione aumentandola.

prevedere la possibilità di un intervento del giudice in *peius* sulla sanzione.

Se il Regolamento in parola propone una modernizzazione del sistema di *enforcement* comunitario attraverso una convergenza delle politiche nazionali, le Autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza ed i giudici non possono che agire come naturali strumenti operativi della Commissione, prima, e della Corte di Giustizia, poi, nell'attuazione degli articoli 81 e 82 del TCE (ora 101 e 102 TFUE).

A ben vedere, però, questo ulteriore passo verso il coinvolgimento a tutti gli effetti degli organi giurisdizionali nel sistema, non sembra essere solo un'esigenza di adeguamento all'*enforcement* comunitario, ma un dovere di coerenza anche rispetto all'impianto di controllo interno.

Nei termini attuali, infatti, in forza del principio desumibile dalla legge 689/81 secondo cui il giudice in materia sanzionatoria può sindacare il merito eventualmente rideterminando la sanzione, il potenziamento del controllo giurisdizionale sulle sanzioni irrogate dalle Autorità ha concretamente operato solo a senso unico¹⁷³.

Si fa riferimento, invero, al dato esperienziale secondo cui, il sindacato pieno attribuito al giudice si è sempre esercitato esclusivamente mediante un intervento a mitigazione del potere sanzionatorio che la legge attribuisce all'Authority, senza che a ciò corrisponda un eguale esercizio del potere di inasprimento della sanzione, laddove necessario.

¹⁷³ E. FRENI, cit., p. 855, che rispetto al TAR Lazio, 2 dicembre 2009, n. 12319, osserva come il giudice nazionale “*ben avrebbe potuto farlo*”, laddove chiosa un difetto di proporzionalità della sanzione per “*singolare tenuità afflittiva*”, senza con ciò provvedere ad un aumento della sanzione.

A sostegno della perorata possibilità di intervento, potrebbero evocarsi quelle stesse argomentazioni spese in dottrina per superare le obiezioni di apparente invasione, da parte del potere giurisdizionale, delle prerogative sanzionatorie istituzionalmente riservate all'Autorità Amministrativa nel momento in cui si riduce la sanzione.

In particolare, se questa “ingerenza” è stata negata in ragione della funzione garantista di un controllo pieno ed effettivo sulle sanzioni, che in questo ambito si esplicherebbe mediante le tecniche peculiari che connotano la giurisdizione amministrativa ed in linea con l'art. 6 della CEDU¹⁷⁴, lo stesso dovrebbe allora ritenersi in caso di *reformatio in peius*, concludendo nel senso che all'atto dell'aumento della sanzione il giudice non farebbe altro che spendere i propri poteri di pieno accesso al fatto.

In proposito, si precisa tuttavia la necessità di coordinare l'eventuale recepimento di questo principio comunitario con quello processuale che impone la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di talché l'unica via percorribile è ammettere una domanda di parte in tal senso da parte di soggetti controinteressati¹⁷⁵.

Tuttavia, desta particolare interesse anche l'eventualità che sia la stessa Autorità a avanzare una incidentale di aumento della sanzione. Ciò è avvenuto per esempio quando il giudice è stato stimolato a mettere in dubbio l'*iter* di calcolo seguito dall'Autorità, e questa a indicato al giudice una diversa via percorribile che, giudicando più severamente i fatti, conduca a un *quantum* maggiore; tale eventualità, però si scontra con i limiti

¹⁷⁴R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato*, cit. p.15-16.

¹⁷⁵Cfr. G FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., p.363 e ss.

noti della legittimazione attiva dell'amministrazione a mettere in discussione essa stessa il proprio provvedimento.

Ciò detto, come già non si è mancato di evidenziare, spesso anche in ambito comunitario le applicazioni in fatto divergono dalle enunciazioni di diritto.

Invero, il più delle volte altresì il controllo sul calcolo della sanzione risulta influenzato dal citato *judicial deference*, in quanto la giurisprudenza riconosce alle sanzioni la funzione di timone della politica concorrenziale nella cui guida la Commissione dispone di un margine di discrezionalità nella individuazione del *quantum*¹⁷⁶.

Ne consegue che, all'enunciazione di principio secondo cui il giudice è chiamato a una valutazione piena ed indipendente dell'adequatezza della sanzione – eventualmente anche aumentandola - , segue un controllo che si esaurisce il più delle volte nella legittimità rispetto all'osservanza dei parametri contenuti negli orientamenti per il calcolo delle ammende elaborati dalla Commissione nel 2006¹⁷⁷.

Ciò nonostante, si osserva che in sede comunitaria al giudice è attribuito il potere di sostituzione della sanzione anche a prescindere dall'esistenza di un vizio di legittimità nel calcolo effettuato dalla Commissione, avendo questi la facoltà di adottare un metodo autonomo dal quale scaturisca una “giusta sanzione” diversa da quella individuata dalla Commissione, senza che ciò sia astrattamente ostacolato da alcun margine di discrezionalità in ordine alla adeguatezza e proporzionalità dell'ammenda, con ciò

¹⁷⁶Cfr. Trib. di primo grado UE, 11 dicembre 1996, T-49/95, punto 53 e 9 settembre 2010, T-155/06, punto 313.

¹⁷⁷M. SIRAGUSA - C. RIZZA, cit., p.93 e ss.

nettamente discostandosi da quanto avviene nel nostro ordinamento.

In particolare, il giudice comunitario è chiamato a tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, della durata e della gravità della condotta, ovvero degli stessi fattori di cui tiene conto la Commissione all'atto dell'irrogazione della sanzione ma in modo affatto autonomo.

In tal senso si richiama quale precedente storico in cui il Tribunale di primo grado per la prima volta fa riferimento al concetto di "giusta sanzione" la pronuncia *Romana Tabacchi*¹⁷⁸, nella quale vengono riepilogati alcuni principi cardine rispetto alla «fissazione dell'ammenda» da parte del giudice comunitario.

Invero, per quanto ci interessa in questa sede, l'esercizio adeguato di pena giurisdizione rispetto alla sanzione richiede l'indipendenza dai calcoli della Commissione e dagli Orientamenti¹⁷⁹, nonché l'utilizzo di un sistema di calcolo anche meno favorevole per l'impresa rispetto a quello adoperato dalla Commissione.

Quanto agli orientamenti della Corte di Giustizia, rispetto al controllo di legittimità sul calcolo delle sanzioni, l'organo di secondo grado ha affermato a chiare lettere che il giudice «*non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione [nella] scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti o nella valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare ad un suo controllo approfondito, tanto in fatto quanto in diritto*»¹⁸⁰.

¹⁷⁸T-11/06, *Romana Tabacchi* / Commissione, 5 ottobre 2011

¹⁷⁹T-11/06, *Romana Tabacchi* / Commissione, 5 ottobre 2011, punto 266.

¹⁸⁰C-272/09, - *KME Germany e a.* / Commissione, 8 dicembre 2009, punto 129.

La medesima pronuncia¹⁸¹ in commento si occupa di spendere qualche considerazione processuale proprio in merito al rapporto tra principio della domanda e giurisdizione estesa al merito e, premettendo che il procedimento innanzi al giudice EU ha carattere contraddittorio, sottolinea come l'esistenza di siffatta giurisdizione in materia di sanzioni non è in contraddizione con la necessità di un espressa domanda di parte nel senso dell'esercizio del suddetto potere di merito, istanza che deve essere corroborata dai motivi puntuali e dagli elementi probatori.

Si osserva¹⁸², tuttavia, che tale considerazione non si pone perfettamente in linea quanto affermato in altra pronuncia¹⁸³, nella quale piuttosto si è ritenuto che la giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni deve essere esercitata dal giudice UE in tutti i casi in cui «*il problema dell'importo dell'ammenda è sottoposto alla sua valutazione*», con tali parole volendo intendere che il divieto di ultra petizione vincola il giudice UE nell'esercizio della sua giurisdizione estesa al merito, nell'unico senso che il relativo potere non può essere esercitato qualora la riforma della sanzione non sia richiesta dal ricorrente.

Ciononostante, il giudice comunitario può tenere in considerazione tutti gli elementi in suo possesso che siano utili per valutare l'importo dell'ammenda oggetto di censura, anche se non prodotti dal ricorrente.

Ad ogni buon conto sembra che, in sede comunitaria, il sindacato di merito si colorisca di tratti più incisivi e più rispondenti al concetto di «piena giurisdizione» e di «giusto

¹⁸¹Corte di Giustizia, sent. ult., cit., punto 131.

¹⁸²M. SIRAGUSA - C. RIZZA, cit., p.100.

¹⁸³Corte di Giustizia, C-3/06 P, Groupe Danone/Commissione, Racc.,p. I-1331, punto 62.

processo» di cui meglio si dirà più oltre, in particolare nella misura in cui il sindacato di merito può essere esercitato anche in assenza del previo riscontro di vizi di legittimità e senza particolari limiti alla sua intensità.

Al contrario, si ritiene che lo stesso non possa dirsi del controllo di legittimità, il quale difetterebbe del potere di riformare liberamente, tanto in fatto quanto in diritto, la decisione della Commissione, con un sindacato esteso alla fondatezza, esattezza e correttezza delle scelte dalla stessa operate¹⁸⁴.

3.Conclusioni

La ricostruzione del percorso affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel tentativo di far fronte alla difficoltà pratica di calibrare il doveroso controllo giurisdizionale con l'intoccabile discrezionalità propria delle Authorities, ha portato alla luce l'esistenza di un odierno concetto di «controllo di merito» del tutto peculiare rispetto a quello di «merito amministrativo», i cui tratti distintivi rispetto alla giurisdizione di legittimità risiedono nei poteri rinforzati di diretta sostituzione della sanzione in quanto illegittima, indipendentemente dalla sua «equità» rispetto agli interessi in gioco.

Inoltre, l'operazione di messa a confronto del sindacato giurisdizionale in sede nazionale con quello posto in essere dalla

¹⁸⁴M. SIRAGUSA - C. RIZZA, cit. p.109. In particolare, gli autori auspicano una rilettura dell'art. 261 TFUE nel senso di consentire un sindacato di merito non limitato al solo calcolo dell'importo della sanzione ma esteso all'intero provvedimento impugnato, compresa la parte dedicata all'accertamento dell'infrazione, continuandosi invece a limitare il controllo di legittimità alle decisioni che non impongono sanzioni.

Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado ha portato a galla un dislivello – legittimo o meno che sia - del sistema di controllo sulle sanzioni concretamente messo in atto nel nostro Paese rispetto a quello inteso in sede comunitaria, dove lo stesso giudice comunitario, non solo verifica la legittimità dell'ammenda irrogata dalla Commissione, ma spende un proprio giudizio in termini di "giustizia" e di "opportunità" di gran lunga più simile al concetto di "merito amministrativo" che invece conosce il nostro diritto.

Ebbene, come si è già evidenziato nel corso della trattazione, a questo punto vi è da interrogarsi sul "se" e sul "come" l'Italia intenda adeguarsi agli standard comunitari, nonché a quelli degli altri Stati membri che in taluni casi appaiono addirittura più elevati rispetto alla stessa "asticella" fissata per prassi in sede comunitaria.

Occorre evidenziare che, l'allineamento con i parametri UE, non si impone come un obbligo - posta l'inesistenza di un vero e proprio modello comunitario vincolante da seguire in questa materia - ma piuttosto dovrebbe considerarsi quantomeno opportuno in ossequio all'armonizzazione promossa dal più volte citato Regolamento 1/2003.

Altra questione, che verrà affrontata nel successivo capitolo ma strettamente connessa alle riflessioni svolte in questa fase, attiene alla rispondenza del sistema nazionale finora delineato con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, posto che, in forza della sua natura più penetrante, ciò non può essere messo in dubbio rispetto a quello comunitario.

Ciononostante, non manca chi osserva che, anche in ambito comunitario, in sede di controllo di legittimità sussisterebbero

limiti alla piena ed effettiva tutela delle imprese colpite dalle sanzioni irrogare dalla Commissione, ai quali si potrebbe ovviare attraverso un' operazione interpretativa della giurisprudenza in modo da allargare le maglie del sindacato di merito anche alle parti del provvedimento diverse dalla sanzione, ovvero con una vera e propria modifica normativa dell'art.261 TFUE.

CAPITOLO III: L'effettività della tutela giurisdizionale avverso le sanzioni antitrust.

SOMMARIO: 1. Peculiarità del procedimento davanti all'AGCM. - 1.1. Consob e AGCM, procedimenti a confronto. - 2. Gli standard CEDU e il procedimento amministrativo nazionale. - 3. La sentenza Menarini e il sistema di controllo giurisdizionale italiano. - 3.1 Le verità dietro l'opinione dissenziente del giudice Pinto di Albuquerque. 4. Il sapere tecnico e i limiti cognitivi del giudice. 5. Riflessioni conclusive.

1. Peculiarità del procedimento davanti all'AGCM

L'ingresso nel nostro ordinamento del concetto di giusto procedimento alternativo ad un sindacato processuale di *full jurisdiction*-di cui meglio si dirà più oltre-, ha comportato il sorgere di un problema di compatibilità del sistema di controllo giurisdizionale nostrano.

Preliminare all'indagine nel merito della questione, è necessario, sia pure brevemente, analizzare i regolamenti e le leggi speciali che disciplinano il procedimento innanzi all'AGCM (contraddittorio, pubblicità, partecipazione, motivazione ecc.), per poi verificarne l'aderenza agli standard CEDU.

Invero, la questione si pone soprattutto per quel che concerne il principio del pieno contraddittorio tra pubblica amministrazione e privato dinanzi a un terzo indipendente ed imparziale già in sede procedurale, altrimenti richiedendosi la garanzia di un controllo successivo, pieno ed effettivo, in sede giurisdizionale.

Come è noto, la disciplina specifica dei procedimenti antitrust innanzi all'AGCM trova le sue principali fonti nella l.287/90 e nel

DPR n.217/1998, emanato in attuazione dell'art. 10, comma 5 della citata legge, in sostituzione del DPR 461/1991.

In particolare, l'art. 10, comma 5, della legge n.287/90, rinvia ad un regolamento istruttorio, nel quale la piena conoscenza degli atti istruttori da parte degli interessati, il contraddittorio e la verbalizzazione sono i principi ispiratori dell'intera disciplina¹⁸⁵.

Il predetto quadro normativo si pone come *lex specialis* rispetto alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, posto che la natura propria delle Authorities comporta l'applicabilità alle stesse della l.241/90¹⁸⁶. Tuttavia, le regole di quest'ultima devono essere intese come garanzie minime, essendo ben accetto un contraddittorio anche oltre quanto dalla stessa disposto; in proposito, basti pensare che la legge generale sul procedimento amministrativo non richiede neanche la motivazione per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

Si è dunque dato luogo presso queste Authorities, e come vedremo in modo particolare innanzi all'AGCM, a un modello di contraddittorio più avanzato rispetto a quello generale ex 241/90.

In primis, tra le peculiarità, si segnala che rispetto ai procedimenti amministrativi ordinari quelli innanzi alle Autorità in generale, e all'AGCM in particolare, oltre a consentire un contraddittorio scritto mediante deposito di memorie scritte, anche

¹⁸⁵R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in F. CARINGELLA-R. GAROFOLI- M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003;ma anche M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in www.Federalismi.it, 2010, 8.

¹⁸⁶L. F. PACE (a cura di), *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, In *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, 155; M. TRAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998..

attraverso audizioni orali davanti agli Uffici incaricati dell'istruttoria ed addirittura davanti al Collegio.

Eccezione fanno i procedimenti in materia di tutela del consumatore, dove la concessione dell'audizione è una mera facoltà; mentre i terzi interessati possono partecipare unicamente al contraddittorio scritto.

Ebbene, il rapporto di genere a specie tra le due discipline comporta rilevanti conseguenze sul piano pratico per i profili che in questa sede ci interessano.

Invero, non potrà utilmente invocarsi l'art. 21 *octies*, l. 241/90, e ciò in quanto la conclusione dell'istruttoria, simultanea alla contestazione di fatti nuovi e autonomi rispetto a quelli originariamente contestati, rende estremamente difficile all'amministrazione provare in giudizio che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Inoltre, alle parti è data la possibilità di predisporre una adeguata difesa innanzi all'Autorità, ovvero al Collegio che emanerà il provvedimento finale, grazie alla Comunicazione delle risultanze istruttorie (da ora CRI), trasmessa all'impresa indagata dagli Uffici che hanno istruito il caso.

La CRI contiene l'intero impianto probatorio raccolto durante l'istruttoria e le parti potranno dunque tentare di "smontarlo" in un'apposita audizione davanti al Collegio chiamato a giudicare con il provvedimento finale; si sottolinea che quest'ultimo è assolutamente distinto dalla comunicazione in questione, secondo quanto previsto dal DPR 217/1998.

Ciò che in parte bilancia l'assenza di una vera e propria separazione strutturale tra il Collegio e gli Uffici istruttori, quali

articolazioni interne all'AGCM, è l'esistenza di un potere valutativo autonomo in capo al Collegio giudicante.

In particolare, la separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria emerge dal rigido riparto delle competenze all'interno dell'Authority tra il Collegio ed il responsabile del procedimento.

Invero, il Collegio decide l'avvio dell'istruttoria, dispone lo svolgimento delle ispezioni, perizie e consulenze tecniche, in ultimo autorizza l'invio della CRI; al responsabile del procedimento, invece, compete la gestione del dell'accesso ai documenti, la pianificazione delle audizioni e la richiesta delle informazioni, salvo in materia di diritto del consumatore, dove decide anche l'avvio dell'istruttoria.

L'attività istruttoria assolve quindi ad una funzione meramente strumentale alla decisione finale, propria dell'Autorità e rispetto alla quale la prima non esplica alcuna ingerenza¹⁸⁷.

In proposito, si osserva che la partecipazione alle adunanze dell'Autorità da parte del direttore responsabile dell'ufficio che ha istruito il procedimento, in quanto finalizzata a veicolare innanzi ad essa tutti gli elementi raccolti a carico dell'impresa, è da considerarsi non idonea ad intaccare l'imparzialità dell'organo giudicante, ma semplicemente rispondente alle dinamiche di qualsivoglia ente collegiale¹⁸⁸.

Il su richiamato riparto di competenze sembrerebbe dunque assicurare un adeguato livello di imparzialità.

Ciononostante, non è un segreto che in un'ottica ancor più garantista sarebbe auspicabile la separazione strutturale delle due funzioni, tuttavia, sul punto si è sostenuto che sarebbe d'ostacolo la

¹⁸⁷G. MORBIDELLI, *il procedimento sanzionatorio*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, p.843.

¹⁸⁸ Cos. Stato, Sez. VI 2 marzo 2001, n.1191, Assicurazione rischi Comune di Milano.

stessa natura amministrativa delle Autorità, come tali non assimilabili nell'organizzazione a quella giudiziaria¹⁸⁹.

Bisogna però osservare che il contraddittorio che il procedimento descritto mira a garantire assume forme diverse a seconda delle diverse funzioni svolte dalle varie Autorità, nonché delle circostanze; a volte è un contraddittorio verticale a garanzia del diritto di difesa, altre volte è un contraddittorio orizzontale, cioè partecipazione collaborativa dei soggetti interessati in rappresentanza degli interessi. Un esempio in questo senso in seno all'AGCM è rappresentato dal *market test* ex art. 14 *ter* della l.287/90, nel quale imprese concorrenti sono chiamate ad esprimere le proprie osservazioni rispetto agli impegni proposti dall'operatore economico protagonista del procedimento.

Per contro, riguardo al diritto di accesso, l'applicabilità dei principi di cui alla legge n. 241/90 alle Autorità indipendenti è oggi confermata anche dall'art. 4 della legge n. 265/1999, che ha codificato l'art. 23 della L. n. 241/90, a norma del quale «*il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24*»; cionondimeno, una disciplina specifica può adattare le modalità di esercizio e i limiti del diritto di accesso alle peculiarità procedurali, come nel caso dell'AGCM.

Ed invero, è all'art. 13 del DPR n. 217/1998 che si fa riferimento, nella misura in cui disciplina in modo dettagliato l'esercizio del diritto di accesso, prevedendo che i soggetti interessati possano prendere visione dei documenti di cui è in possesso l'AGCM in ragione dei procedimenti da essa avviati per reprimere le varie infrazioni concorrenziali. Qualora i documenti di questione

¹⁸⁹ Cass. Sez. I, 20 maggio 2002, n.76341.

contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, proprio nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio.

In particolare, la predetta documentazione è in linea di principio sottratta all'accesso, ma, qualora racchiuda in sé prove essenziali per la difesa di un'impresa, in un'ottica di piena tutela del contraddittorio difensivo e di contemperamento con la protezione della riservatezza, l'accesso è consentito dagli uffici, ma limitatamente a tali elementi.

D'altro canto, un vero e proprio sub procedimento assicura il quadro di pesi e contrappesi poc'anzi descritto, là dove la stessa disposizione richiede che i soggetti che intendono avvalersi del suddetto meccanismo di tutela della riservatezza presentino una apposita richiesta contenente l'indicazione specifica dei documenti o delle parti di documenti che si pretende di sottrarre all'accesso, con i relativi motivi; segue un contraddittorio tra le parti interessate e gli uffici.

Inoltre, l'accesso incontra ancora un limite, questa volta però inerente la tipologia del documento ex art. 12 D.P.R. n.217, 30 aprile 1998, in ambito di tutela della concorrenza, e art. 11 Regolamento¹⁹⁰, ovvero verbali di Adunanze del Collegio, documenti sui rapporti tra Autorità e Istituzioni Europee, tra le Autorità e organi di altri Stati membri, note e elaborazioni dell'ufficio per studio o preparazione dei contenuti degli atti.

In alcuni di questi casi, però, la *ratio* è evidente, risiedendo nella irrilevanza probatoria degli elementi stessi, tanto che tale ulteriore

¹⁹⁰ Delibera AGCM 1 aprile 2015, n.25411

limitazione non è in alcun modo idonea ad incidere sulla effettività del diritto di difesa ed al contraddittorio.

E' stato giustamente osservato che lo stesso però non può dirsi per i documenti oggetto di scambio con istituzioni di altri Stati membri, là dove contengano elementi a carico delle parti o che siano state considerate prove raccolte nella fase delle indagini; in tal caso se ne dovrebbe consentire l'accesso anche solo in via parziale¹⁹¹.

Il diritto di accesso è l'orpello del contraddittorio, lo strumento con il quale alle parti e ai terzi viene garantita la possibilità di far sentire la propria "voce" fornendo elementi che devono essere presi in considerazione nella CRI e nella decisione finale.

Emerge, dunque, la particolare accortezza serbata a questi temi in sede antitrust, questioni rispetto alla quali non ha mancato di pronunciarsi una nutrita giurisprudenza, tanto sul piano nazionale, quanto su quello comunitario.

Su quest'ultimo fronte, emblematico è il caso c.d. del carbonato di sodio, in occasione del quale si è affermato una volta per tutte il principio della "parità delle armi" tra accusa e difesa .

In particolare, il tribunale CE¹⁹² ha in primo luogo sancito il carattere generale del suddetto principio, il quale a sua volta presuppone una completa conoscenza della parte in ordine al fascicolo procedimentale detenuto dalla Commissione; inoltre, ha riconosciuto inequivocabilmente pari dignità al diritto alla tutela dei segreti commerciali e industriali facenti capo alle imprese rispetto alla garanzia del diritto di difesa dei concorrenti inquisiti.

¹⁹¹ G. MORBIDELLI, *Il procedimento* cit., p.836 e ss.

¹⁹² Cfr. Trib. UE, T – 30/91, 29-6-95, Solvay e Trib. UE, T – 36/91, 29-6-95, I.C.I..

Di pari passo, il Consiglio di Stato¹⁹³ ha affermato che il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la segretezza sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento.

1.1. Consob e AGCM procedimenti a confronto

In primis, come già rilevato, il contraddittorio procedimentale assume forme diverse secondo le funzioni svolte dalle singole Autorità.

Sul contraddittorio a garanzia del diritto di difesa nei procedimenti sanzionatori dell'AGCM già si è detto, occorre ora spendere qualche considerazione sul medesimo procedimento innanzi ad una Autorità, come la Consob, che svolge altresì attività di *regulation*¹⁹⁴, come tale connotata da una partecipazione collaborativa da parte dei soggetti che rappresentano gli interessi attinti dalla produzione normativa dell'Authority.

Orbene, si intende concentrare l'attenzione sul procedimento innanzi alla Consob, in parallelo a quello dell'AGCM, in quanto rispetto alla prima Authority si sono posti problemi di compatibilità costituzionale proprio in ordine al principio del giusto procedimento.

Preliminarmente è il caso di precisare che la Consob ha il potere di adottare dei provvedimenti sanzionatori qualora, nello svolgimento

¹⁹³ Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001 n. 652.

¹⁹⁴ G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 18 ss.

dell'attività di vigilanza sui mercati finanziari, riscontri la violazione di norme che ne disciplinano il funzionamento.

L'esercizio di tale potestà sanzionatoria è disciplinato da un Regolamento¹⁹⁵ interno adottato nell'esercizio di una delega legislativa che ha subordinato la concessione della potestà regolamentare al rispetto dei principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Recentemente, la Consob ha approvato, al termine della consultazione pubblica conclusasi lo scorso 13 maggio, alcune modifiche al procedimento sanzionatorio che introducono una nuova fase di interlocuzione diretta tra i destinatari del procedimento e la Commissione. Tale intervento è stato animato dallo scopo di rendere accessibili ai diretti interessati le valutazioni conclusive dell'ufficio sanzioni amministrative redatte al termine della fase istruttoria e fino ad oggi sottoposte alla sola Commissione. In questo modo viene riconosciuta ai destinatari delle contestazioni la facoltà di presentare direttamente alla Commissione controdeduzioni finali in forma scritta. Si realizza, pertanto, un ulteriore momento di contraddittorio nella fase decisoria dinanzi al Collegio.

In particolare, oggi su sito della Consob¹⁹⁶ si legge che rispetto alle proposte formulate nel documento di consultazione ed alla luce dei contributi ricevuti, la Commissione ha deliberato di: trasmettere la relazione finale dell'ufficio sanzioni amministrative ai soggetti interessati, includendo la proposta di determinazione della sanzione; inviare "automaticamente" (cioè senza necessità di un'apposita istanza) la relazione finale dell'ufficio sanzioni amministrative ai soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato le deduzioni

¹⁹⁵ Delibera n. 15086 del 2005.

¹⁹⁶ www.consob.it.

scritte ovvero partecipato all'audizione dinanzi all'ufficio sanzioni amministrative; estendere a 30 giorni il termine previsto per la presentazioni delle controdeduzioni scritte.

Inoltre, si prevede che, per effetto delle modifiche proposte, il termine di conclusione del procedimento, già ridotto a fine 2013 da 360 a 180 giorni, passi dagli attuali 180 a 200 giorni, garantendo così alla Commissione un congruo termine per valutare le controdeduzioni presentate dagli interessati.

Per quanto riguarda l'accesso agli atti della Consob, ai sensi dell'art. 4, comma 10, del D. Lgs. n. 58/1998 *“Tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Sono fatti salvi i casi previsti dalla legge per le indagini relative a violazioni sanzionate penalmente”*.

La norma limita il diritto di accesso in modo maggiore rispetto alla precedente disposizione di cui all'art. 1, comma 11 della legge n. 216/1974 e non sembra più giustificare l'interpretazione in precedenza seguita dal giudice amministrativo per limitare le ipotesi di sottrazione degli atti al diritto di accesso¹⁹⁷.

Sul punto, si è osservata la necessità di distinguere all'interno della nozione lata di segreto, tra quello "personale", in ragione della qualità del soggetto onerato, e quello "reale" che, dipendendo invece dalla natura e qualità delle informazioni la cui divulgazione è potenzialmente foriera di un *vulnus* ad interessi meritevoli di tutela,

¹⁹⁷Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001 n. 652.

attribuisce al soggetto che vi è sottoposto il compito di provvedere alla selezione degli atti e delle notizie da tenere riservate¹⁹⁸.

Sulla questione del diritto di accesso ha avuto modo di pronunciarsi la Corte Costituzionale su iniziativa del Consiglio di Stato in ben due occasioni¹⁹⁹, entrambe concluse con una dichiarazione di infondatezza.

La prima volta, in particolare, la questione ha avuto origine in un procedimento disciplinare coinvolgente un operatore attivo nel settore finanziario, come tale soggetto al controllo della Consob, e il Supremo Consesso si è pronunciato con una sentenza interpretativa di rigetto, fornendo la lettura corretta della norma sospettata di incostituzionalità.

In particolare, secondo la corretta interpretazione costituzionalmente orientata, non è opponibile il segreto di ufficio agli atti e ai dati in possesso dell'Authority in ragione della sua attività di vigilanza, là dove siano posti a fondamento di un procedimento sanzionatorio.

In tal modo, la Consulta cancella ogni dubbio di ragionevolezza e compatibilità della disciplina speciale con i principi del contraddittorio e della parità delle armi, nonché con l'art. 3 Cost., nella misura in cui si andrebbe a prevedere una disciplina speciale penalizzante a carico dei promotori finanziari rispetto agli appartenenti ad altra professione.

Sulla alternatività tra giusto processo e giusto procedimento²⁰⁰ - di cui si discuterà più approfonditamente nel paragrafo che segue-

¹⁹⁸G. P. CIRILLO - ROBERTO CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

¹⁹⁹Cons. Stato, VI, 5 luglio 2002, n. 3700; Cons. Stato, VI, 5 giugno 1998, n. 936

²⁰⁰V. infra Capitolo III, §2.

invece, grande risonanza ha avuto la recente pronuncia²⁰¹ CEDU, dove la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU da parte dell'Italia proprio relativamente ad una vicenda che prende le mosse da un procedimento innanzi alla Consob.

Nonostante le novità procedurali apportate con la già citata delibera Consob nel senso di ampliare il contraddittorio tra operatori "inquisiti" e organo valutatore, la legittimità del procedimento sanzionatorio Consob ha continuato ad essere oggetto di contestazione in ragione della supposta contrarietà ai principi cui la normativa primaria aveva subordinato l'esercizio della potestà regolamentare di cui si è detto in apertura del paragrafo.

Il mancato rispetto del principio del contraddittorio è stato contestato a causa della mancata previsione dell'obbligo di trasmettere la relazione conclusiva dell'attività istruttoria anche agli interessati – oltre che ai Commissari – con l'effetto di non consentire agli stessi di avere l'ultima parola sulla proposta sanzionatoria formulata.

Ebbene, la violazione del principio del contraddittorio, mai accertata sul piano nazionale, ha invece trovato conferma a Strasburgo con la ormai celebre pronuncia nota come sentenza Grande Stevens²⁰².

Senza entrare nel merito della pronuncia in commento, ma limitandoci all'oggetto di indagine, la sentenza in parola ha imposto alla Consob l'obbligo di modificare nuovamente il testo regolamentare introducendo, tra l'altro, sia l'obbligo di trasmettere la relazione predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative ai soggetti

²⁰¹CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

²⁰²CEDU, sentenza 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia

sanzionanti, sia la facoltà di questi ultimi a presentare delle controdeduzioni sui contenuti di tale documento.

Tuttavia, ciò che assume particolare rilievo in questa sede è la precisazione che la vera violazione da parte del sistema italiano, nel caso di specie, è stata ravvisata, non tanto nel difetto di garanzie in sede procedimentale innanzi alla Consob²⁰³, quanto piuttosto nella mancanza del requisito di pubblicità dell'udienza tenutasi innanzi alla Corte d'Appello nella successiva fase giurisdizionale; dunque in sede giurisdizionale dove il *deficit* di garanzie esistente nel procedimento "a monte" sarebbe dovuto essere compensato²⁰⁴.

Basti dire questo per introdurre il tema delle garanzie richieste in sede processuale e procedimentale dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

2. Gli standard Cedu e il procedimento amministrativo nazionale.

Così inquadrare le peculiarità in sede procedimentale, e nelle pagine ancora precedenti in sede di giurisdizione, rispetto ai controlli

²⁰³In proposito si legge "138. *Le constatazioni che precedono, relative alla mancanza di imparzialità oggettiva della CONSOB e alla mancata conformità del procedimento dinanzi ad essa con il principio del processo equo non sono comunque sufficienti per poter concludere che nel caso di specie vi è stata violazione dell'articolo 6*».

²⁰⁴Cfr. punti 152-153 sent. cit. " 152. [...] *la Corte non può che richiamare le sue conclusioni sulla necessità, nel caso di specie, di un'udienza pubblica.*

153. [...] *le sentenze emesse dalla corte d'appello indicano che queste ultime si erano svolte in camera di consiglio o che era stata disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio [...].*

154. *Facendo fede a queste menzioni, la Corte giunge pertanto alla conclusione che dinanzi alla corte d'appello di Torino non si sia svolta alcuna udienza pubblica*».

sulle sanzioni amministrative, è ora possibile interrogarsi sulla tenuta del sistema nazionale, avuto riguardo al principio del giusto procedimento, prima, e del giusto processo, poi, di cui all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁰⁵ (da ora CEDU).

Invero, la CEDU sancisce il diritto ad un equo processo in tutte le controversie involgenti diritti e obblighi di natura civile, richiedendo che il giudizio si espliciti in pubblica udienza e davanti ad un tribunale terzo ed imparziale.

Come è stato osservato, dalla lettera della norma sembrerebbe che il principio interessi il solo processo penale e civile, posto che focalizza la sua attenzione sull'accusa "penale" e le "obbligazioni civili", lasciando quindi fuori dal suo raggio d'azione il processo amministrativo, almeno nei casi in cui si controverta intorno a meri interessi legittimi²⁰⁶; *a fortiori* dovrebbero altresì ritenersi escluse le materie dell'azione amministrativa²⁰⁷.

²⁰⁵ L'ART. 6, PAR. 1 CEDU recita testualmente «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.*»

²⁰⁶ G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in AA.VV., *Il giusto processo*. Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003, pag. 51 ss.

²⁰⁷ G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, per il quale il concetto anglosassone di *due process of law* è " principio afferente anche le sfere del diritto sostanziale, oltre

Ma, come è noto, la Corte può ben attribuire ai termini utilizzati dalla Convenzione significati autonomi da quelli in vigore nei vari ordinamenti degli Stati aderenti; pertanto, avvalendosi di tale prerogativa, all'atto interpretativo del testo convenzionale la Corte Europea dei diritti dell'uomo (da ora CEDU) ha inteso la parola «tribunale» in un'accezione sostanziale, avendo riguardo altresì al profilo funzionale, cioè ai poteri esercitati in concreto da un dato soggetto pubblico.

Così opinando, si è ritenuto che tale nozione non faccia necessariamente riferimento a un organo giurisdizionale di tipo classico, ma piuttosto nell'ottica dei poteri spesi in concreto, ciò che veramente rileva è l'effetto della decisione, ovvero la modificazione della realtà giuridica che un certo potere pubblico produce, indipendentemente dalla sua natura²⁰⁸.

Pertanto, considerando «tribunale» qualsiasi autorità pubblica idonea ad incidere significativamente e con efficacia vincolante su un «diritto civile», ciò può avvenire tanto nel corso di un processo giurisdizionale, quanto nell'ambito di un procedimento amministrativo.

Per contro, riguardo alla nozione di «diritti e obbligazioni civili» non vi è giurisprudenza unanime, bensì un sistema di *case law* plasmato sulle peculiarità del caso concreto oggetto di esame da parte della Corte.

che di quello processuale, e indichi proprio un modo di porsi del pubblico potere che non si esaurisce nelle dinamiche processualpenalistiche, e pare piuttosto estendersi a tutte le modalità di decisione pubblica che comportano o possono comportare una diminuzione delle sfere giuridiche soggettive dei cittadini”.

²⁰⁸M. ALLENA, Art. 6 CEDU, *procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pag. 38 ss.

Orbene, da sempre la Corte di Strasburgo ha sostenuto che, ai fini della protezione accordata dall'art. 6, non rilevano solo i procedimenti giurisdizionali in cui si controverte direttamente dei diritti soggettivi tradizionalmente collocati in ambito privatistico, ma anche quei procedimenti in cui si controverte di situazioni decisive per l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive comunque rilevanti per l'ordinamento²⁰⁹.

Ancora una volta questo discorso ben si collega alle sanzioni di diritto amministrativo irrogate dalle AI in forza dell'interpretazione fornita dalla CEDU al concetto di «accusa penale», percepito in una accezione estensiva tale da ricomprendervi una grande varietà di procedimenti amministrativi a carattere sanzionatorio. In tal senso soccorrono dei criteri elaborati direttamente dalla Corte, i c.d. criteri di Engel²¹⁰.

A tal proposito, in estrema sintesi, è necessario che la sanzione abbia un carattere punitivo; sia irrogabile alla collettività generale; abbia carattere afflittivo e, laddove sia di natura patrimoniale sia economicamente significativa.

Ebbene, è di tutta evidenza come l'ampiezza dei citati criteri individuati consente di includere nella nozione europea di sanzione penale pressoché tutte le sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento.

Ciò detto sulla portata del principio del giusto processo, il contenuto essenziale dell'art. 6 CEDU richiede che il tribunale sia imparziale, soggettivamente ed oggettivamente.

²⁰⁹L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, p. 9.

²¹⁰CEDU, 8 giugno 1976, ric.n. 5100/71, Engel v. Holland

Sotto il primo profilo, la Corte considera viziato non solo il processo nel quale taluno dei giudici abbia pregiudizi o preconcetti personali nei confronti degli imputati ma anche quando vi sia confusione tra il ruolo del giudice e quello del pubblico ministero²¹¹, ovvero tra l'accusatore e il giudicante.

Sul piano oggettivo, invece, l'imparzialità risiede nell'essere il giudice precostituito per legge.

Orbene, senz'altro tali criteri sono il metro da adottare al fine di saggiare la "giustizia" del nostro sistema processuale così come ricostruito nelle pagine precedenti; tuttavia tenendo conto di una ulteriore precisazione non di poco conto alla luce della quale è doveroso «leggere» il sistema di controllo nostrano

Ed invero, dalla giurisprudenza di Strasburgo non è dato evincere l'esistenza di un dovere di concentrazione delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU né nella fase processuale né in quella procedimentale.

In altri termini, dalla pronunce della Corte emerge l'apertura ad una considerazione globale del concetto di «giusto processo» in uno con quello di giusto procedimento, di talché un processo che risponda ai criteri summenzionati sarà del tutto idoneo a bilanciare "a valle", attraverso una "*full jurisdiction*", il difetto delle garanzie che non siano state assicurate nel corso del procedimento amministrativo a monte, in ragione della presunta minore afflittività dei procedimenti determinativi di "diritti di carattere civile", rispetto a quelli sanzionatori.

Pertanto, delle due l'una, o fin dalla fase decisoria sono state attuate serie ed adeguate garanzie procedurali a favore dell'interessato, oppure a detto *deficit* procedurale si pone rimedio *ex post* attraverso

²¹¹Cedu, Ozverov c. Russia, sent. 18 maggio 2010.

un controllo in sede giurisdizionale che risponda agli standard di pienezza ed effettività²¹² richiesti dall'equo processo, caratterizzato da un accesso illimitato ai fatti controversi.

Ne consegue, ai fini che qui interessano, che solo innanzi ad un procedimento del tutto scevro da vizi strutturali rispetto all'art. 6 CEDU, così come inteso dalla Corte, sarà da ritenersi sufficiente un sindacato del giudice limitato alla verifica della non manifesta irragionevolezza del provvedimento contestato.

E' dunque con l'ausilio di questa chiave di lettura che deve procedersi a valutare il sistema italiano e la sua rispondenza alle garanzie CEDU, in forza di quanto richiesto dallo stesso dell'art. 117 Cost.²¹³.

Invero, è per effetto della norma appena citata che il principio del giusto processo è venuto a permeare il nostro ordinamento esattamente secondo l'interpretazione evolutiva che nel tempo ne è stata fatta dalla CEDU, ovvero nel senso di c.d. full jurisdiction da esplicarsi in sede giurisdizionale, oppure già in sede di procedimento.

Pertanto, ciò che è richiesto si risolve in un contraddittorio c.d. orizzontale, ovvero tra pari innanzi ad un soggetto terzo ed imparziale chiamato a decidere²¹⁴.

²¹²In tal caso viene in rilievo anche il concetto di effettività della tutela, ovvero idoneità ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse tutelato ed inciso dall'Autorità.

²¹³Posto che l'art. 117 Cost. si pone pacificamente quale norma interposta, come sancito dalle storiche sentenze "gemelle" della Corte Cost. n.348 e 349 del 24 ottobre 2007.

²¹⁴Cfr. CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, dove la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU da parte dell'Italia, non per difetto di garanzie in sede procedimentale innanzi alla Consob, ma per mancanza del requisito di pubblicità

In altri termini, dalla circostanza secondo cui «tribunale» ex art. 6 CEDU, non è solo l'organo nazionale propriamente giurisdizionale, ma qualsiasi Autorità pubblica chiamata a decidere su diritti e obbligazioni di natura civile, discende che anche nei procedimenti a carattere sanzionatorio, e quindi senz'altro parapenalistici secondo il concetto di «pena» accolto dalla giurisprudenza CEDU²¹⁵, si è attuata una progressiva osmosi del concetto di giusto processo con quella di giusto procedimento.

Questa premessa consente di concludere, senza ombra di dubbio, che il procedimento che conduce all'emanazione del provvedimento sanzionatorio da parte di qualsivoglia Authority, non può dirsi assistito dalle garanzie di un contraddittorio per così dire orizzontale, così come vorrebbe il sistema descritto dalla CEDU, dove chi decide è soggetto terzo e indipendente rispetto a chi istruisce la causa stessa.

A ben vedere, l'indipendenza da ogni potere politico che connota l'*agere* di queste Autorità, nulla ha a che vedere con la neutralità, paragonabile a quella di un giudice, che sarebbe richiesta in sede procedimentale secondo i parametri CEDU, posto che chi istruisce la causa è il medesimo ente che è poi chiamato a decidere sulla irrogazione della sanzione.

E in effetti, la maggior parte dei Regolamenti procedurali delle Authorities garantiscono un contraddittorio con la parte privata;

dell'udienza tenutasi innanzi alla Corte d'Appello, ovvero in sede giurisdizionale dove il *deficit* di garanzie sarebbe dovuto essere compensato.

²¹⁵in CEDU, Engel v. Holland cit., la Corte conclude che, benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano (primo criterio), la loro qualificazione in termini penali discende dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati (secondo criterio), nonché dalla finalità repressiva e general-preventiva della sanzione inflitta, e dalla severità della stessa.

tuttavia, non vi è una vera separazione strutturale rispetto al decidente che possa rendere il sistema procedimentale equipollente e sostitutivo ad un giusto processo.

Sul punto, rispetto al procedimento innanzi alla Consob, la pronuncia Grande Stevens citata in precedenza non ha mancato di osservare come «*l'ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Secondo la Corte, ciò si esprime nel consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora, in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione*»²¹⁶.

In proposito, tuttavia, non manca chi ritiene che la Convenzione non si spinga fino a richiedere una assoluta indipendenza dell'Ufficio inquirente rispetto al potere centrale dell'Autorità²¹⁷.

Del resto, la stessa giurisprudenza in materia Antitrust, ritiene che le ampie garanzie partecipative assicurate ai privati dalla disciplina speciale risultante *ex lege* 287/90 e relativo Regolamento di procedura, sono del tutto idonee a garantire un effettivo esercizio del diritto di difesa, non certo ad equiparare la posizione di questi soggetti a quella dell'amministrazione, ciò esulando dalla stessa *ratio* normativa²¹⁸.

Pertanto, fatti i dovuti distinguo, anche laddove vi sia una separazione funzionale all'interno della stessa Autorità tra chi istruisce

²¹⁶ Punto 137.

²¹⁷ In tal senso cfr. M. LIBERTINI, *Judicial review of Antitrust decisions: Q & A*, cit. p. 149.

²¹⁸ In questo senso cfr. A. POLICE, *Il parere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI – C. RABITTI BEDOGNI, *I vent'anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

il procedimento e chi ne decide in definitiva le sorti, non vi sono comunque le condizioni per qualificare l'attività interna all' Autorità in termini di assoluta terzietà, di talché il recupero di questa carenza dovrebbe avvenire necessariamente in sede giurisdizionale.

Di testare il rispetto dei principi convenzionali di *full jurisdiction* da parte del giudice amministrativo italiano in materia di sanzioni antitrust, invece, si è occupata la CEDU nella storica sentenza Menarini²¹⁹.

3.La sentenza Menarini e il sistema di controllo giurisdizionale italiano.

Come approfondito nel capitolo precedente²²⁰, la giurisprudenza ha ormai da tempo sdoganato l'articolazione del giudizio amministrativo in due fasi, connotate da una doppia cognizione, una di legittimità, avente ad oggetto l'accertamento dei presupposti per l'irrogazione della sanzione; l'altra di merito, secondo l'accezione che si è poc'anzi tentato di definire e avente ad oggetto le sanzioni.

Guardando invece nello specifico alle decisioni dell'AGCM, è noto che le stesse si snodano in più passaggi, così riassumibili: I) accertamento dei fatti; II) contestualizzazione delle norme con riferimento ai concetti giuridici indeterminati; III) qualificazione dei fatti sulla base dei parametri contestualizzati; IV) applicazione delle sanzioni.

Ebbene, secondo la consolidata giurisprudenza, lo scrutinio del giudice si modula secondo un diverso grado di intensità nelle diverse fasi.

²¹⁹CEDU, Sez. II, sent. 27 settembre.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia; Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

²²⁰Capitolo II, §1 - 2.

In particolare, il giudizio si assume “pieno” nella fase di accertamento dei fatti (fase I), così come in quella di controllo della sanzione (fase IV), in quest'ultimo caso vestendo l'abito del giudizio di merito di cui all'art. 134 c.p.a.; al contrario, il sindacato del giudice si muove esclusivamente entro le maglie del controllo di legittimità nelle fasi di contestualizzazione (fase II) e qualificazione dei fatti (fase III), in ragione delle implicazioni tecniche e fortemente specialistiche che connotano soprattutto il riempimento dei concetti giuridici indeterminati.

Questo è ciò che è astrattamente previsto dal legislatore e predicato dalla giurisprudenza. Diverso è invece - come già rilevato - il panorama che emerge dal *case law* nazionale, dove il giudizio rispetto alle sanzioni si può considerare intrinseco, ma non pienamente sostitutivo²²¹.

A fronte di tale ricostruzione, v'è da chiedersi se, nel suo complesso considerato, il predetto sistema risponda ai requisiti di pienezza del controllo, così come intesa nell'art. 6 della CEDU, al fine di valutarne la compatibilità con le esigenze convenzionali di tutela effettiva.

Invero, partendo dai principi esposti nel paragrafo precedente, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo si è occupata di saggiare la pienezza del sindacato giurisdizionale speso rispetto ai provvedimenti sanzionatori dell'AGCM²²².

In particolare, la società ricorrente lamentava l'inidoneità del sistema giurisdizionale italiano a soddisfare le garanzie di cui all'art.

²²¹In tal senso cfr. R. GIOVAGNOLI, cit.

²²² In particolare, la Società A. Menarini Diagnostics S.R.L. ha adito la CEDU dopo che il TAR e il Consiglio di Stato avevano respinto il ricorso proposto avverso un provvedimento dell'AGCM che irrogava alla società una sanzione pari a 6 milioni di euro per la sua partecipazione ad un cartello sul prezzo di vendita.

6 delle CEDU, e ciò in ragione del fatto che il TAR e il Consiglio di Stato – entrambi aditi nel caso di specie -, si erano limitati ad un controllo c.d. debole, nel senso di limitare la propria verifica alla legittimità dell'atto, verificando che l'Autorità avesse esercitato il suo potere discrezionale in maniera logica e coerente, dimostrando una deferenza rispetto ad una sostituzione all'Authority e ad una diversa qualificazione giuridica dei fatti così come dalla stessa operata, senza dunque spendere alcun apprezzamento nel merito.

Al contrario, deduceva la ricorrente, posto che il contenuto delle norme che definiscono l'infrazione non è determinato dal legislatore – se non attraverso norme che potrebbero definirsi «in bianco» -, e l'AGCM ha il potere di determinare il contenuto al momento di valutare il singolo caso, un semplice controllo debole sulle valutazioni tecniche opinabili da parte del giudice comporta una notevole riduzione delle garanzie.

La Corte adita, respinta l'argomentazione tentata dal Governo italiano secondo la quale nel caso di specie non sussisteva un'accusa penale²²³, si è occupata di saggiare la compatibilità dell'operato dei giudici nostrani con i parametri CEDU, e a maggioranza, è pervenuta ad una conclusione positiva.

²²³La Corte ha rilevato, infatti, che nell'ordinamento italiano gli illeciti anticoncorrenziali non possiedono formalmente natura penale, in quanto essi sono sanzionati non ai sensi di norme penali ma ai sensi della Legge n. 287/1990 “per la tutela della concorrenza e del mercato”. Nondimeno, le sanzioni irrogate dall'AGCM possiedono sostanzialmente carattere penale, secondo la Corte, in quanto perseguono il duplice obiettivo di prevenire e reprimere le condotte anticoncorrenziali realizzate dalle imprese, obiettivo emerso – nella fattispecie – considerando la gravità della sanzione (6 milioni di euro) dotata, dunque, di carattere punitivo.

In particolare, la CEDU ha ritenuto che il giudice non si fosse limitato ad un controllo puramente esterno di legittimità del provvedimento e coerenza della motivazione, ma avesse esaminato tutte le questioni di fatto e di diritto sollevate dalla società, compresi gli elementi di prova raccolti dall'AGCM, perfettamente in coerenza con il principio secondo cui il giudice non può sostituirsi all'AI ma può controllare se questa abbia usato in modo appropriato i suoi poteri di discrezionali.

In particolare, ai punti 64 e 65 della pronuncia in commento, la Corte osserva che i giudici amministrativi «64. [...] *Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico.* 65. *Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il TAR ed il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla*».

Pertanto, secondo la Corte Europea, il sistema italiano di sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM è compatibile con il diritto fondamentale all'accesso ad un tribunale indipendente ed imparziale qualora, non solo in astratto, ma anche in concreto il giudice eserciti i poteri di piena giurisdizione.

Invero, a tali fini non assume alcun rilievo la terminologia adottata per descrivere i poteri di controllo astrattamente esercitabili – intrinseci, estrinseci, forti, deboli- quanto, piuttosto, quelli effettivamente spesi nel singolo caso²²⁴.

Tale precisazione è di fondamentale importanza, posto che in ragione del rilievo attribuito al sindacato esercitato *case by case*, là

²²⁴CEDU, sez. II, sent. 27 settembre.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, opinione concordante del giudice Sajò.

dove in futuro dovessero sollevarsi analoghe questioni in occasioni di altri procedimenti, le conclusioni della Corte ben potrebbero essere diverse²²⁵.

3.1. Le verità dietro l'opinione dissenziente del giudice Pinto di Albuquerque.

Senz'altro la pronuncia CEDU nel caso Menarini conclude nel senso della rispondenza agli standard convenzionali del controllo esercitato dal giudice italiano sui provvedimenti antitrust.

Tuttavia, è interessante ripercorrere le considerazioni spese nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, il quale sembra prendere la fattispecie oggetto del ricorso come spunto per una valutazione generale sull'adeguatezza del sistema italiano relativo al sindacato giurisdizionale dei provvedimenti connotati da discrezionalità tecnica.

Secondo il giudice Pinto, il fatto che solo l'AGCM abbia il potere di applicare alle fattispecie concrete le nozioni di ordine tecnico previste dalla Legge n. 287/1990 e che il giudice non possa sostituire la propria autonoma decisione a quella assunta dall'Autorità con il provvedimento impugnato, implica uno stato di soggezione del giudice amministrativo all'AGCM, così escludendo che questi abbia esercitato un "vero" potere di controllo di "piena giurisdizione" sulle decisioni di condanna adottate dall'Authority.

In particolare, l'opinione dissenziente ha posto l'attenzione sul modo in cui il giudice amministrativo italiano ha definito l'estensione della propria giurisdizione rispetto al provvedimento dell'AGCM e di

²²⁵M. SIRAGUSA - C. RIZZA, cit. p.91.

conseguenza ha provveduto ad esercitarla, ovvero senza operare un “vero” potere di controllo di “piena giurisdizione”.

Invero, il giudice osserva come i limiti espressamente richiamati dallo stesso organo decidente rispetto all'esercizio di un potere sostitutivo che arrivi al punto di rimpiazzare, con la propria valutazione tecnica dei fatti, quella dell'autorità amministrativa indipendente, finisca nei fatti col sottrarre dal controllo il “nucleo del giudizio” sul provvedimento.

In realtà, osserva il giudice dissenziente, all'organo giudiziario italiano non è consentito sostituire con la propria valutazione tecnica dei fatti quella dell'AGCM, né in astratto né in concreto, di talché, il giudizio sia innanzi al TAR che al Consiglio di Stato, si era risolto in un'adesione formale alla valutazione tecnica dell'Autorità amministrativa garante della concorrenza.

Conseguenza della «indiscutibile» valutazione tecnica dell'AGCM, sarebbe dunque l'assenza di alcuna valutazione *«indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente»*²²⁶.

Ma vi è più. Egli ritiene che l'insufficienza di un controllo di mera legittimità sia confermata dal disposto dell'art. 31 del Regolamento n. 1/2003/CE che disciplina l'ampiezza del sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti delle decisioni con le quali la Commissione europea irroga sanzioni alle imprese per violazioni degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (in materia rispettivamente di intese anticoncorrenziali e abuso di posizione dominante).

²²⁶CEDU, sez. II, sent. 27 settembre.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, §7.

Invero, l'art. 31 testualmente prevede che *«La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata»*.

Ebbene, secondo il giudice Pinto, la norma in commento conferirebbe alla Corte di giustizia una giurisdizione di merito sull'intera decisione che commina l'ammenda e non solo sulla sanzione.

L'opinione del giudice Pinto è stata a lungo discussa soprattutto in quanto esplicitamente respinge il parametro di controllo giurisdizionale basato sull'errore manifesto, a vantaggio di un canone ben più garantista, secondo cui può dirsi compatibile con l'art. 6 CEDU, solo quel sindacato esteso al merito non solo rispetto alla sanzione, ma all'intero provvedimento, comprensivo dell'accertamento dell'illecito.

Le ragioni di un così penetrante sindacato in sede giurisdizionale risiederebbero nella stessa natura sanzionatoria del provvedimento, la cui emanazione sarebbe attribuita all'amministrazione solo in prima battuta per ragioni di competenza tecnica, tuttavia, l'ultima parola in tema di sanzioni afflittive non può che spettare al giudice, naturale custode della prerogativa di punire.

Inoltre, il giudice portoghese sembra cogliere il cuore del problema - che in questa sede si sta analizzando - che affligge il sistema di controllo giurisdizionale sulle sanzioni emanate dalle Authorities italiane e che ha portato all'adozione, con l'ultimo *placet* delle SU della Cassazione²²⁷, di una soluzione che potremmo definire espressiva di un "compromesso".

²²⁷Sent. cit..

La necessità di garantire la titolarità di un potere che la legge attribuisce ad un certo plesso ordinamentale, come quello tecnico-amministrativo delle Authorities, da un lato, e le spinte comunitarie e convenzionali che reclamano un rafforzamento del controllo in sede giurisdizionale, dall'altro, sembrano aver condotto all'attuale sistema di "doppia cognizione", di legittimità e di merito, che purtroppo ancora non convince nella sua efficienza.

Una giurisdizione piena non può non essere al contempo esaustiva, comprensiva della base fattuale, del contesto economico e dei concetti giuridici indeterminati priori delle norme antitrust, a favore di una vera e propria revisione senza limiti della decisione amministrativa, piuttosto che una semplice riforma della stessa²²⁸.

Ed invero, come si è esposto nelle pagine precedenti, la distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito rispetto a parti di un medesimo provvedimento, non solo desta perplessità sul piano logico, ma sembra risolversi in una scissione puramente nominale che accontenta solo formalmente ma che nei fatti lascia irrisolte le criticità sostanziali che aleggiavano intorno alla questione della pienezza della tutela giurisdizionale.

Il recupero del *deficit* di imparzialità sul piano procedimentale auspicato dalla CEDU, non può infatti dirsi effettivo fintanto che la giurisdizione di legittimità sui presupposti del provvedimento non consenta al giudice di superare la valutazione tecnica dell'amministrazione, ancorché opinabile, qualora la soluzione cui questi pervenga all'esito della puntuale riproduzione del giudizio

²²⁸CEDU, sez. II, sent. 27 settembre.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, p.7.§8.

figuri come “più convincente” di quella, sia pur corretta, fornita dalla Authority.

Sulla base di quanto finora osservato sulla reale essenza del sindacato di merito del giudice amministrativo, analoghe considerazioni possono svolgersi sulla parte del provvedimento relativa al *quantum* sanzionatorio.

Se il giudice non può discostarsi dall'iter di calcolo seguito dall'amministrazione, ma solo sostituire la sanzione laddove ravvisi un difetto di legittimità, non si è altri che di fronte al medesimo sindacato di legittimità di cui alla prima parte del provvedimento, arricchito del potere sostitutivo della sanzione quale conseguenza pressoché automatica del vizio rilevato, ora più che mai dopo la pubblicazione delle Linee guida alle quali l'AGCM intende attenersi all'atto di definizione della sanzione.

E' di tutta evidenza, dunque, come sul piano dell'osservanza degli standard CEDU si renderebbe necessario un potenziamento delle facoltà del giudice innanzi ai provvedimenti antitrust così da colmare i limiti dei nostri procedimenti amministrativi innanzi all'Authority investita del potere di controllo.

4. Il sapere tecnico e i limiti cognitivi del giudice.

Le considerazioni svolte in precedenza, tuttavia, non possono non tener conto di un fattore che influenza in modo considerevole l'opportunità del potenziamento delle facoltà del giudice in sede di controllo giurisdizionale dei provvedimenti sfornati dall'Autorità e che con lo stesso appare scontrarsi, ovvero le competenze tecniche di cui il giudice deve immancabilmente essere munito per poter

quantomeno sovrapporre il proprio giudizio a quello dell'Authority²²⁹.

L'attribuzione di poteri più incisivi in capo al giudice rispetto alla globalità del provvedimento e non solo ad un segmento dello stesso, è infatti questione strettamente connessa alla capacità del giudicante di far fronte alle necessarie competenze tecniche richieste dal settore di riferimento; competenze che spesso, nei fatti, si sono dimostrate possesso esclusivo dei componenti della medesima Autorità autrice del provvedimento oggetto del giudizio.

Non a caso, al livello europeo, recentemente si è avvertita con maggior pressione l'esigenza di una progressiva specializzazione e tecnicizzazione dei giudici in controversie apparentate da cognizioni implicanti la spendita di un sapere extragiuridico e dal sapore economico, come appunto la materia antitrust.

Tanto per dare uno sguardo oltre le frontiere nazionali, in Germania tutte le competenze in ambito antitrust sono state concentrate in mano ai «Kartellgerichten»; in Francia, a seguito della riforma del 1987, per iniziativa del Presidente della Corte d'Appello di Parigi, un gruppo di giudici è stato destinato appositamente al riesame delle decisioni del Consiglio, così da maturare una competenza specifica sul terreno della concorrenza.

Diversamente, in Scozia si è percorsa la via del «consigliere economico del giudice»; mentre negli USA si è fatto fronte allo scarso uso da parte dei giudici della nomina di esperti attraverso il c.d.

²²⁹Sulla specializzazione dei giudici, G. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2000, p.605 e ss.

advisory system, ovvero la contrapposizione dei consulenti economici di parte²³⁰.

In Italia, si è tentato di rispondere a queste esigenze di specializzazione tramite la concentrazione delle competenze presso la I Sez. del TAR Lazio - la VI del Consiglio di Stato in secondo grado - sul fronte del *public enforcement*; la Corte d'Appello per il *private enforcement*²³¹.

Nello stesso senso, tra i vari schemi sui disegni di legge volti a riformare le Autorità amministrative indipendenti nel nostro Paese, figurava l'iniziativa di introdurre esperti economici all'interno del Collegio.

Parallelamente, su quest'ultimo piano, nacque l'idea di creare un tribunale delle imprese, o meglio di sezioni specializzate in tutte le materie che interessano l'attività d'impresa, compresa quella antitrust.

In altre parole, nel tempo il legislatore avvertì l'esigenza di dotarsi di un giudice per il mercato, che ne conoscesse non solo le regole ma anche le dinamiche e gli equilibri al fine di assicurare ed incentivare gli investimenti²³².

²³⁰ F. GHEZZI, *Il libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato* 2000, p.164 sulle vicende Microsoft e Visa/Mastercard.

²³¹ In proposito A. FRIGNANI- E. GENTILE- G. ROSSI, *La devolution dell'antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, p.197 sottolineano la necessità che tale specializzazione sia affiancato anche un adeguato aggiornamento professionale.

²³² Del resto, nella stessa direzione si stava muovendo l'Unione Europea che, con il Reg. 40/94 aveva richiesto agli Stati Membri di designare un numero possibilmente ridotto di tribunali competenti per la trattazione di materie quali la tutela del marchio e del brevetto comunitario. In questo senso, dunque, si decise di istituire, con il d.lgs. 168/2003, in 12 dei 165 tribunali nazionali delle sezioni specializzate che si occupassero di tutte le controversie in materia di diritti d'autore e di fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed

Nello stesso contesto si inserisce il Reg. 1/03/CE già più volte menzionato, il quale, con la regola dell'applicazione diretta da parte dei giudici nazionali degli art. 81 e 82 TCE, ha comportato l'investitura delle questioni concorrenziali già in capo ai giudici di primo grado (contrariamente a quanto previsto dall'art. 33 l. antitrust, che faceva invece riferimento alle sole Corti d'Appello), così creando una prima forma di specializzazione pur senza istituire sezioni apposite²³³.

intellettuale, denominate appunto sezioni specializzate in materia di proprietà industriale. A queste Sezioni fu poi attribuita altresì la competenza in materie interferenti con l'antitrust. In proposito, a lungo si è dibattuto sul problema dei limiti di tale deferimento, soprattutto prima che l'intero ramo antitrust confluisse in mano a queste sezioni per effetto del d.l. del 2012. L'originale dicitura del d.lgs. del 2003, infatti, prevedeva genericamente che le sezioni specializzate conoscessero *“fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale”*, con ciò ingenerando un evidente aurea di vaghezza intorno al criterio tecnico di *“interferenza”*. I dubbi sono poi aumentati quando l'art. 134 del codice di proprietà industriale (2005) ha rovesciato la dizione utilizzata dal d.lgs. 168/03, sostituendola con una formula di doppia negazione tale per cui la competenza delle sezioni specializzate costituisce la regola generale, derogata dalle sole fattispecie *“che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale”*.

A risolvere il contrasto tra interpretazioni estensive e restrittive è intervenuta la Cassazione nel 2008 stabilendo che non si deve ritenere sussistente la competenza della sezione specializzata nei soli casi di concorrenza sleale pura, ovverosia in cui la denunciata condotta concorrenziale non richieda neanche indirettamente l'accertamento dell'esistenza di un diritto di proprietà industriale o intellettuale, al contrario rientrandovi tutti i comportamenti anticoncorrenziali incidenti anche solo a livello economico. Ed in effetti, altrimenti opinando il concetto sarebbe stato coincidente a quello di connessione.

²³³ In tal senso G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, in G. BRUZZONE (a cura di),

La concentrazione delle competenze quali strumento di specializzazione ha chiaramente avuto da sempre l'obiettivo di attribuire efficienza e rapidità alla risposta giudiziaria; tuttavia non mancano "rischi" che viaggerebbero in parallelo al rimedio scelto nel nostro ordinamento²³⁴.

Ed invero, si è detto²³⁵ che dietro la progressiva specializzazione del giudice si anniderebbe il pericolo di perdita di una visione d'insieme dell'ordinamento giuridico, come se il giudice circoscrivesse il proprio sapere al settore di competenza rinchiudendolo in compartimenti stagni non più in grado di comunicare tra essi.

Inoltre, questa frammentazione del sapere cognitivo del giudice potrebbe incidere altresì sul dovere di terzietà cui questi è chiamato, posto che il continuo intervento tra i medesimi interessi in conflitto lo porterebbe allo stesso pericolo di "cattura" già visto per le AI settoriali.

D'altro canto, però, i vantaggi del sistema in commento sembrano di gran lunga superiori ai menzionati timori.

Quello stesso sapere tecnico acquisito con la pratica potrebbe infatti essere l'arma che il giudicante rivolge contro il rischio di appiattirsi alle valutazioni tecniche dei titolari degli interessi in gioco, nonché mezzo per instaurare un contraddittorio con l'eventuale ausiliario chiamato ad esprimersi nel giudizio.

Poteri e garanzie nel diritto antitrust -L'esperienza italiana nel sistema di modernizzazione, Bologna, 2008, p. 223 e ss.

²³⁴I. PAGNI, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e "sistema ordinamentale"*, atti 6° Convegno nazionale S.I.S.D.C., 31 marzo/1-2- aprile 2011, Napoli, 2012, pp. 398 e ss.

²³⁵Cfr. anche G. BORRÉ - G. PETRELLA, *La specializzazione del giudice*, in *Il Ponte*, 1968, p.866 e ss.

All'eccessiva settorializzazione delle competenze, si risponde invece considerando l'esperienza acquisita come un valore aggiunto e non un *minus* alla preparazione del giudice, che può ben conservare un'apertura mentale verso le discipline e gli istituti collaterali a quelli di più stretta frequentazione.

Peraltro, come per ogni rimedio ad un problema, è necessario prevenire le inevitabili distorsioni scaturenti dagli eccessi, come quelli giustamente evidenziati di una inutile e dannosa frammentazione esasperata.

C'è da dire che per quanto utile, il sistema della specializzazione non è detto che sia sufficiente, ed infatti sembra il legislatore non si sia arreso rispetto a un progressivo miglioramento su questo fronte, come testimonia il disegno di legge presentato ad agosto 2014 che, tra le altre cose, si propone di conferire particolare rilevanza al sapere economico necessario in questo settore attraverso l'istituzione di un albo di esperti nelle materie della ragioneria, contabilità, economia e mercato; la facoltà per il presidente della sezione (fatta salva la possibilità di nomina di un consulente tecnico di ufficio) di designare uno o più esperti a supporto conoscitivo del collegio giudicante; prevedere che detti esperti possano essere ascoltati anche nella udienza pubblica in contraddittorio con le parti.

E' doveroso sottolineare che il difetto di cognizioni tecniche in capo al giudicante non è prerogativa esclusiva dell'antitrust²³⁶, bensì fattore comune a tutti gli ambiti connotati da scienze più o meno esatte, ovvero a tutti i settori apparentati da forti implicazioni economiche; così si è cercato di assicurare che questioni altamente

²³⁶ Così V.F. JENNY, *Autorità amministrative indipendenti e tutela della concorrenza: esperienza del Couseil de la Concurrence*, in *Atti del Convegno Internazionale*, Roma novembre 1995, in www.agcm.it.

tecniche, complesse e specialistiche venissero devolute a magistrati che, attraverso forme di specializzazione per così dire “debole” (basata cioè non tanto su formazione didattica ma piuttosto data dall’esperienza diretta acquisita nel tempo), fossero titolari di un’ampia esperienza sul campo.

La ragione di ciò risiede nella circostanza che in questi ambiti, spesso il giudicante è giudice “del fatto”, e quindi si trova a dover effettuare analisi economiche strettamente richieste dall’applicazione della norma giuridica, di talché delegarle ad un ausiliario tecnico, per esempio un CTU, per qualcuno equivarrebbe in qualche modo a spogliarsi della sua stessa funzione²³⁷.

Di contrario avviso è chi osserva come, più che la creazione di sezioni specializzate, sarebbe opportuna una formazione specifica dei giudici, così da evitare una specializzazione foriera di possibili effetti di «cattura» da parte dell’Autorità, ovvero all’opposto il rischio che vi sia comunque un’inammissibile sostituzione del giudice ad essa²³⁸.

Dal canto suo, sempre allo scopo di ovviare alle difficoltà che valutazioni implicant la spendita di discrezionalità tecnica da parte della amministrazione possa inibire - per le più varie ragioni - il controllo del giudice, già la legge 205 del 2000, all’art. 16 della legge sul processo amministrativo, aveva introdotto la facoltà del giudice amministrativo di avvalersi della consulenza tecnica innanzi al Consiglio di Stato (norma applicabile per analogia anche in primo grado), facoltà oggi confermata all’art. 67 del c.p.a. e affiancata all’ulteriore strumento della verifica ex art. 66 c.p.a.

Tuttavia, i menzionati timori di una sostanziale “delega” all’ausiliario, piuttosto che al giudice, del compito di decidere le sorti

²³⁷ I. PAGNI, *Competenze*, cit. pp. 387 e ss..

²³⁸ M. E. SCHINAIA, in *Cons. Stato*, 2002, II, p.1861.

della controversia, nonché i dubbi sulla piena autonomia del consulente tecnico, sembrerebbero spiegare le ragioni di un così scarso uso di questo strumento all'atto pratico.

Tra i settori apparentati dalla necessità di possedere bagagli metagiuridici, il settore antitrust spicca in modo particolare per la circostanza – più volte richiamata - che accanto a cognizioni proprie della scienza economica, anche i concetti giuridici sono espressi in termini generici²³⁹.

Assodato, dunque, che l'organo giurisdizionale in assenza di un'adeguata specializzazione attraverso una formazione mirata, ovvero per effetto di "settorializzazione" o ancora grazie all'assistenza di un esperto, incontra dei limiti oggettivi nell'individuazione del concetto tecnico oggetto del proprio giudizio, il problema è ancora più evidente rispetto al sindacato di merito sulla proporzionalità e l'opportunità della sanzione irrogata dall'Autorità da parte dello stesso giudice; comprendere fino in fondo il significato della fattispecie punita non può che essere il presupposto indispensabile per la corretta formazione del proprio giudizio.

Un giudice competente ma sprovvisto delle conoscenze proprie delle scienze economiche con le quali l'Autorità ha ricostruito il *quantum* sanzionatorio, non sarà infatti in grado di verificarne l'opportunità né tanto meno di seguire l'iter di calcolo esplicitato nel provvedimento.

I dubbi avanzati dalla dottrina circa la sufficienza del metodo della specializzazione, attualmente privilegiato nel nostro ordinamento, hanno portato a ritenere addirittura inutile la previsione di una giurisdizione di merito; anche a parere di chi scrive,

²³⁹Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur.comm.*, 1998.

infatti, non appare indispensabile a correggere l' eventuale sproporzione della misura adottata dall'Autorità una sostituzione all'AGCM nella quantificazione della stessa, dal momento che il medesimo risultato potrebbe raggiungersi esercitando la giurisdizione di legittimità nella forma dell'eccesso di potere.

L'*excursus* sui temi sensibili che caratterizzano la materia in esame, porta a concludere nel senso della permanenza, sebbene in modo latente, di problematiche ancora vive intorno al tema del sindacato sulle sanzioni, in particolare con riguardo al pericoloso difetto di garanzie processuali, - e in alcuni casi anche procedurali²⁴⁰- che scaturisce dal fenomeno del c.d. *judicial reference*²⁴¹.

In un settore così cruciale per l'ordine pubblico economico, come quello della tutela della concorrenza, può dirsi che parecchi sforzi sono stati compiuti dall'AGCM nel senso di assicurare che l'accertamento dell'infrazione avvenga nel pieno contraddittorio tra le parti e l'eventuale irrogazione della sanzione segua un iter il più chiaro e trasparente possibile.

Invero, sia pure entro i margini concessi dal sistema organizzativo interno all'Authority, l'AGCM è nel tempo intervenuta facendo tutto quanto in suo potere per ossequiare ai parametri CEDU sul piano procedurale.

Pertanto, allo stato attuale, affinché il nostro ordinamento possa dirsi perfettamente allineato ai principi CEDU restano da giocare essenzialmente due carte. La prima, nel campo dei controlli ad opera del giudice, rafforzando contestualmente ai poteri di valutazione da

²⁴⁰I. PAGNI, *Competenze e specializzazioni*, cit.

²⁴¹CEDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, p.117 e ss.. Il caso si riferiva al procedimento innanzi alla Consob che violerebbe il principio del contraddittorio.

parte del giudice anche le misure necessarie ad assicurare un supporto adeguato nei giudizi di carattere tecnico; l'altra, sul piano procedurale, a patto però di un ripensamento radicale del sistema delle Authority, necessario a colmare l'unico *deficit* ancora permanente sul piano dell'equo processo, ovvero la terzietà del decidente²⁴².

Sul punto si rimanda a quanto già detto²⁴³ sulle conseguenze di uno scorporo strutturale dell'organo amministrativo giudicante e di quello inquirente come avviene in diverse realtà angloamericane.

Riflessioni Conclusive

Con il presente lavoro si sono affrontate in modo problematico alcune delle questioni che sorgono all'atto pratico per l'operatore del diritto nel settore antitrust o di tutela del consumatore, così come per le stesse istituzioni, al fine di -se non risolvere-, quanto meno proporre spunti di riflessione e possibili soluzioni percorribili in un'ottica pragmatica.

Giunti al termine della trattazione si intende ripercorrere brevemente i temi affrontati onde fissare i punti fermi cui si è pervenuti rispetto alle singole problematiche sollevate.

Circa il primo aspetto, quello inerente la definizione dei confini di intervento delle Autorità amministrative indipendenti, in un momento nel quale, a seguito delle intervenute liberalizzazioni, l'attività di esse va intensificandosi, la definizione dei rispettivi margini di intervento non è un problema solo di principio, ma è una questione che si pone pressoché all'ordine del giorno con ripercussioni per tutti gli operatori del mercato.

²⁴²Cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, in *Foro Amm.* 2015.

²⁴³Cap. III, §I.

Invero, la confusione in merito alle competenze delle varie Autorità, da un lato disorienta le imprese, creando dei problemi di certezza del diritto, ovvero di violazione del *ne bis in idem*; dall'altro può creare vuoti di tutela per consumatori e utenti, dovendosi considerare anch'essi parte del mercato secondo l'accezione moderna.

Avviare un procedimento contro un'impresa che abbia tenuto un comportamento contrario alla normativa di settore, ovvero alla disciplina generale di tutela della concorrenza o del consumatore, comporta infatti un ingente impiego di risorse umane ed economiche, dunque mettere sistematicamente in discussione la competenza dell'Autorità che vi ha proceduto, oltre a provocare un intasamento in sede giurisdizionale, si traduce in un'inefficienza amministrativa nel momento stesso in cui il provvedimento conclusivo venga ad essere cancellato a seguito dell'intervento del giudice.

Il proliferare di contenziosi vertenti quasi esclusivamente sull'eccezione di incompetenza da parte delle imprese sanzionate dall'Antitrust nell'ultimo periodo, in particolare a seguito delle Plenarie del Consiglio di Stato, e soprattutto la diversità di orientamenti assunti dai giudici di primo e secondo grado, evidenziano la presenza di un "cortocircuito" nel sistema normativo relativo ai rapporti tra Authorities.

La conferma di ciò risiede nel fatto che, anche dopo le pronunce del giudice amministrativo di ultima istanza, si rendono necessari protocolli d'intesa fra Authorities, quale possibile risposta ad un'esigenza di chiara definizione dei propri confini operativi attraverso anche la costituzione di gruppi di lavoro per l'interpretazione condivisa delle norme disciplinanti i rispettivi ambiti di competenza.

Ebbene, questi dubbi operativi, con l'impugnazione dei provvedimenti, vengono semplicemente spostati dall'organo

amministrativo a quello giurisdizionale, ma non definitivamente risolti.

Un'altra possibile forma di intervento è senz'altro quella normativa, introducendo legislativamente norme che possano chiarire, se non correggere, le ambiguità del sistema.

Un esempio in questo senso è il d.lgs. 21.2.2014, n. 21, intervenuto a modifica dell'art. 27 del Codice del Consumo, ma -come detto²⁴⁴- anche tale tentativo ha sollevato perplessità da parte della dottrina e della giurisprudenza, dimostrandosi insufficiente a dirimere i contrasti nel settore della tutela del consumatore; residua dunque l'opzione concertativa come la più proficua sul campo.

Relativamente a questo aspetto si è precisato²⁴⁵ che solo apparentemente il pericolo di sconfinamento di competenze interessa il solo campo della tutela del consumatore, non dovendosi sottovalutare il carattere proprio della normativa antitrust, ovvero l'esistenza di concetti giuridici indeterminati che necessitano di contestualizzazione all'atto della loro applicazione da parte dell'Autorità, attraverso l'uso di cognizioni tecniche, specialmente economiche, che possono portare a una attività creatrice di regole.

Non sono mancati casi in cui, specialmente nella fase di accettazione degli impegni, l'Autorità antitrust è stata accusata di compiere vera e propria regolazione nella valutazione degli stessi.

Il secondo aspetto, concerne i rapporti tra le autorità di controllo dei mercati e il giudice chiamato a "controllare i controllori".

All'indomani del decentramento comunitario e della conseguente armonizzazione nella sua applicazione da parte degli Stati membri, può dirsi che anche i giudici siano coinvolti

²⁴⁴*Supra* Cap. I, §1.1.

²⁴⁵*Supra*, Cap. I, § 2.1.

nell'europeizzazione dell'attività di vigilanza dei mercati, attraverso il sindacato esercitato sugli atti delle Autorità a ciò direttamente preposte.

Il problema dell'equilibrio tra l'indipendenza e la discrezionalità proprie delle Authorities e le esigenze di tutela piena ed effettiva degli interessi degli operatori del mercato (imprese o consumatori), è stato avvertito in modo particolare nel settore antitrust.

Le ragioni si annidano senz'altro nell'alto tasso di tecnicismo della disciplina da applicare e nel conseguente elevato margine di opinabilità e quindi di discrezionalità tecnica nell'accertamento delle fattispecie.

L'attribuzione della competenza esclusiva al giudice amministrativo ha visto diverse posizioni della dottrina, ma il vero problema è stato il grado di penetrazione del sindacato, e la sua evoluzione ha seguito quella parallela dalla Corte di Giustizia.

Dalla previsione di limiti stringenti volti ad evitare la sostituzione del giudice nei poteri dell'autorità si è passati alla necessità di un sindacato pieno ed effettivo sugli atti c.d. atipici dell'antitrust, tramite l'accesso illimitato ai fatti e un controllo relativo anche alla contestualizzazione delle norme da applicare dominate da concetti giuridici indeterminati.

Relativamente a queste seconda fase, il problema si acuisce là dove l'organo giurisdizionale ha dei limiti oggettivi nella individuazione del concetto tecnico di cui poi dovrà verificare la corretta applicazione al caso di specie.

In questo, la possibilità astratta di rivolgersi a un CTU è suggerita dallo stesso ordinamento comunitario, tuttavia anche in tale sede si fa scarso uso di questo strumento istruttorio.

Sempre sul piano teorico, anche in sede comunitaria si è accolto un sindacato pieno ed intrinseco ma mai sostitutivo del giudizio

tecnico dell'autorità: il giudice ripercorre la valutazione tecnica dell'autorità per verificarne la correttezza non per sostituire la propria a quella della Commissione. Si è quindi auspicata cautela della censura delle valutazioni altamente specialistiche compiute dalla Commissione.

Un altro dubbio rispetto al sindacato di merito risiede nella definizione dei suoi concreti limiti, dal momento che in sede comunitaria al giudice è attribuita espressamente la facoltà anche di un aumento della sanzione (art. 23 Reg /2003), nel nostro ordinamento ciò non è esplicitato.

Tuttavia, per coerenza, se in armonia con il diritto comunitario si ammette la capacità di verifica con riduzione della sanzione senza per ciò solo usurpare l'esercizio di poteri attribuiti all'Autorità, allora lo stesso dovrebbe dirsi nel caso di aumento.

In proposito, ci si è chiesti se il sistema attualmente vigente nel nostro ordinamento sia al passo con le garanzie del giusto processo che si rendono necessarie all'indomani della CEDU.

La risposta è stata solo parzialmente positiva. Sebbene, la Corte di Strasburgo si sia pronunciata in tal senso relativamente ad un unico caso concretamente affrontato (Caso Menarini), restano punti deboli che in un prossimo futuro giudizio non mettono al riparo il nostro Paese da una possibile pronuncia negativa.

Infine, quest'ultimo interrogativo ha aggiunto sul piatto della bilancia anche l'ulteriore questione della sufficiente "specializzazione" dei giudici, quale obiettivo auspicato dal legislatore là dove ha previsto la competenza esclusiva per materia della Sezione del Tar del Lazio o del Consiglio di Stato addetta ai giudizi in materia antitrust.

Sul punto sembra possa pretendersi qualcosa in più, ad esempio una soluzione come quella già adottata in Scozia, dove è previsto un consigliere economico che affianchi il giudice.

In senso diametralmente opposto parte della dottrina ha addirittura osservato che la previsione di una giurisdizione di merito non appare indispensabile al fine di correggere l'eventuale sproporzione della misura adottata dall'Autorità, dal momento che lo stesso risultato potrebbe raggiungersi esercitando la giurisdizione di legittimità nella forma dell'eccesso di potere.

In questo caso, si otterrebbe l'effetto di investire ancora una volta l'Autorità del compito di rideterminare la sanzione tenendo in considerazione quanto statuito dal giudice, al contempo facendo salve le competenze tecniche necessarie alla tutela del settore e sventando il pericolo che all'organo preposto si sostituisca un giudicante privo delle competenze tecniche necessarie.

Per altro verso, sarebbe invece auspicabile un'adeguata formazione da parte dei giudici, affinché possano dimostrarsi all'altezza del potere collegato all'esistenza di un sindacato di merito sulle sanzioni, e, secondo coerenza con il sistema CEDU, dell'intero provvedimento.

Il giudizio sulle sanzioni, dunque, si presenta ancora parzialmente inesplorato e ricco di spunti di riflessione che portando ad un'interpretazione piuttosto che ad un'altra possono fare la differenza rispetto alla pienezza ed effettività della tutela, oltre che rendere auspicabili soluzioni poste su fronti diametralmente opposti.

BIBLIOGRAFIA

A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2012, p.13 e ss.

A. BACCHIEGA e altri, *Johnson & Johnson/Guidant: Potential Competition and Unilateral Effects in Innovative Markets*, in *Competition Policy Newsletter*, N. 3, 2005.

A. CATRICALÀ, *L'Antitrust fra regolazione e mercato*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.29 e ss.

A. FRIGNANI - E. GENTILE- G. ROSSI, *La devolution dell'antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, p.197.

A. HEIMLER, *Direttiva Servizi, analisi di impatto concorrenziale e ruolo dell'Autorità: una visione di insieme, relazione presentata all'incontro di discussione sulla direttiva servizi*, Roma 30 novembre 2007, in www.agcm.it.

A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del Mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 358;

A. LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2006, p.648.

A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir.amm.*,1994.

A. POLICE, *Il parere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in P. BARUCCI – C. RABITTI BEDOGNI, *I vent'anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust: Quanto self restraint?*, in *Merc., Conc., Reg.*, 2003, 239 ss.

A.A.V.V., *Il Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze a cura del Ce.R.D.E.F* - Centro Ricerche Documentazione Economica e Finanziaria p.11 e ss.

B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, p. 28.

B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, 2006, 1993 e ss.

C. BARTOLI, *Processo amministrativo (Considerazioni introduttive)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Milano, 1964, p. 1082.

C. CAFFARRA, *The Competition/Investment Trade-Off Revisited? Lessons from Hutchison 3G / Orange Austria*, in *CRA Competition Memo*, 2003.

C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, Roma, 1941, p. 136.

C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità Garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI- P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.173 e ss.

D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 2002, pp. 683 e ss.

D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; pp.121 e ss.

E. CHITI - C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002;

E. FRENI, *Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, p. 853, 2011.

E. LANZA, *Public enforcement a presidio della libertà di concorrenza: i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010, pp. 1791 e ss.

F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione e tutela davanti al giudice amministrativo*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, p.357.

F. BENVENUTI, in F. BENVENUTI – G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Milano, 1969, p. 206.

F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; pp.199 e ss.

F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti"*, Roma, 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it, 30 gennaio 2012.

F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2006, p.947.

F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'autorità e il controllo giurisdizionale*, in *20 Anni Di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI- P. BARUCCI (a cura di), Torino, 2011, p.260 e ss.

F. GHEZZI, *Il libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato* 2000, p.164.

F. GHEZZI, *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione CEE in materia Antitrust*, in *Riv.soc.*, 1993, 685;

F. JENNY, *Autorità amministrative indipendenti e tutela della concorrenza: esperienza del Conseil de la Concurrence*, in *Atti del Convegno Internazionale*, Roma novembre 1995, in www.agcm.it.

F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi giallo"*, Bologna, 2000.

G. AMATO, *Autorità semi indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 645.

G. BORRÉ - G. PETRELLA, *La specializzazione del giudice*, in *Il Ponte*, 1968, p.866 e ss.

G. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2000, p.605 e ss.

G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

G. CORAGGIO, voce Merito, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVI, Milano, 1976, p.139.

G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in AA.VV., *Il giusto processo. Accademia nazionale dei Lincei*, Roma, 2003, pag. 51 ss.

G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 18 ss.

G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1993, 1105 ss.

G. DENOZZA, *Discrezione e Deferenza: il controllo giudiziario sugli delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Merc.Con.Reg.*

G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M. CHITI- G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p.387 e ss.

G. GHIDINI - V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Merc.Conc.Reg.*, 1999, 317 e ss..

G. MORBIDELLI, *Il procedimento sanzionatorio*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, p.843.

G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust - L'esperienza italiana nel sistema di modernizzazione*, Bologna, 2008, p. 223 e ss.

G. NAPOLITANO, *La riforma delle Autorità Indipendenti alla prova dell'esame parlamentare, intervento al seminario ASTRID, La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, Roma 18 giugno 2007.

G. P. CIRILLO - ROBERTO CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in *Foro It.*, 2002, III, p. 488.

G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *VOL.XLI Trattato Di Diritto Amministrativo*, Padova 2010

I. PAGNI, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e "sistema ordinamentale"*, atti 6° Convegno nazionale S.I.S.D.C., 31 marzo/1-2- aprile 2011, Napoli, 2012, pp. 398 e ss.

K. VEROHEST - B. PETERS - G. BOUCKAERT - B. VERSCHUERE, *The study of Organisational Autonomy: a conceptual review*, in *Public Administration and Development*, 24, 101-118.

L. CAVALLO - G. MAZZANTINI, *Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel promuovere la crescita e il benessere dei consumatori: il ruolo dell'airc e dell'agcm*, in *i paper*

dell'osservatorio, osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, in www.osservatorioair.it, settembre 2013, p.5

L. CAVALLO (2010b), *L'analisi delle decisioni con impegni: un esempio di Analisi di impatto della regolazione (informale) sulla concorrenza (AIRC)?*, in *Osservatorio AIR*, «Rassegna trimestrale», Luglio 2010, Anno I, n. 3, p.51 e ss.

L. COSSU, *Autorità Indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, p.5 e ss.

L. F. PACE (a cura di), *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, In *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, 155.

L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e concorrenza: teoria economica ed esperienze recenti*, Relazione alla XXXIV Tavola rotonda di diritto comunitario, Università cattolica del Sacro Cuore, 25 gennaio 2002.

L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, pag. 9.

L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, spec. 357 ss..

M. ALLENA, Art. 6 CEDU, *Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pag. 38 ss.

M. CLARICH - G. CORSO - V.ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità Indipendenti: problemi e prospettive*, in *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Roma, 27 febbraio 2006, p. 10 e ss.

M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato, trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Bologna, 1992.

M. E. SCHINAIA, in *Cons. Stato*, 2002, II, p.1861

M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p.466 e ss..

M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur.comm.*, 1998.

M. LIBERTINI, *Judicial review of Antitrust decisions: Q & A in Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1 del 2015, p.149.

M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust, a seguito di impegno delle imprese interessate (art.14ter, legge 10 ottobre 1990, n.287)*, in *Giornale dir.amm.*, 2006, n.12.

M. SHAPIRO, *Who guards the guardians?*, Athens (GA), University of Georgia Press, 1988.

M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione Europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli 2013, p. 80.

M. TRAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.

M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *www.Federalismi.it*, 2010, 8.

N. RANGONE, *La qualità della regolazione indipendente*, in *w.ww.osservatorioair.it*, 2010, p.1 e ss.

N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *www.treccani.it*, 2010, p.30 e ss.

P. FUSARO, *Il riparto di competenze fra Autorità Amministrative Indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, p.2

P. MILAZZO, *Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, a cura di P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*.

P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979, pp. 415 e ss.

R. BALDWIN - M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 2011.

R. BARATTA - S. GIROLAMO - A. ORECCHIO, *The regime of merger control introduced by regulation 139/2004 and the new substantive test – an inevitable change or a revolution? Analysis and focus on the TLC market, Working paper for “2014 Competition and Regulation in Network Industries”*, p.2. e ss.

R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur comm.*, 2003, 170 e ss.

R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2004, p. 1060.

R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), VOL.XLI *Trattato Di Diritto Amministrativo*, Padova 2010.

R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 254 e ss..

R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale, Relazione al Convegno Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 28 febbraio 2013, p.15-16, in www.giustizia-amministrativa.it.

R. GIOVAGNOLI, *Judicial review of Antitrust decisions: Q & A*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1 del 2015, p. 144-145.

R. GIOVAGNOLI, *La giurisdizione di merito e la giurisdizione esclusiva*, in G. CORAGGIO (a cura di), *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna 2012, p. 531.

R. INGRASSIA, *L'analisi e la valutazione dell'autonomia organizzativa delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rassegna italiana di valutazione*, a. XV, n. 51, 2011.

S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 221.

S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), Bologna 2000, p.170 e ss.

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

V. MORTARA, *Contributo*, in *Giur. It.*, 1897, p. 1033 e ss.

V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc.*

Giurisprudenza

TAR LAZIO

TAR Lazio, 2 dicembre 2009, n. 12319

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, VI, 18 settembre 2015, n.4352

Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1104

Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 11- 16 del 2012.

Cons. Stato, Ad Plenaria 9 febbraio 2016 n. 3 e 4

Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348.

Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, Rc Auto.

Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247.

Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864

Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2016, n. 4048.

Cons. di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671.

Cons. St., 14 marzo 2000, n. 1348.

Cons. St., Sez. VI, 20 marzo, 2001, n.1671

Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199

Cons. St., 24 maggio 2002, n. 2869

Cons. St., Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362

Cons. St., Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368

Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104

Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050

Cons. St., Sez. VI, sentenza 29 dicembre 2010, n. 9565

Cos. Stato, Sez. VI 2 marzo 2001, n.1191

Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652

Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2002, n. 3700

Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 1998, n. 936.

Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., 20 luglio 2012, n.200

Corte Cost., 27 luglio 2011, n.235

Corte Cost. sentenze 27 giugno 2012, n. 162

Corte Cost., 15 aprile 2014, n. 94

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO UE

Trib. di primo grado UE, 12 dicembre 2000, T-296/97

Trib. primo grado UE, 21 marzo 2002, T- 131/99)

Trib. primo grado UE, 21 marzo 2002, T-231/99)

Trib. primo grado UE, 28 febbraio 2002 , T-395/94),

Trib. di primo grado UE, 6-6-2002, T-342/99

Trib. di primo grado UE, 25-10-2002, T-5/02

Trib. di primo grado UE, 12 dicembre 2007, T-101/05

Trib. di primo grado UE, 11 dicembre 1996, T-49/95

Trib. di primo grado UE, 5 ottobre 2011, T-11/06

Tribunale di primo grado UE, 5 ottobre 2011, T-11/06

Trib. di primo grado UE, 29 giugno 1995, T – 30/91,

Trib. di primo grado UE, 29 giugno 1995, T – 36/91

CORTE DI GIUSTIZIA UE

Corte giust. UE, 15 giugno 1993, C-225/91,

Corte di Giust. UE, 5 maggio 1998, C- 157/96

Corte di Giust. UE, 29 giugno 2010, C-441/07

Corte di Giust. UE, 16 novembre 2000, C- 291/98

Corte di Giust. UE, 8 dicembre, C-272/09

Corte di Giust. UE, 8 febbraio, C-3/06 P

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013

Cass. S.U., 5 gennaio 1994, n. 52

Cass. Sez. I, 20 maggio 2002, n.76341

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, ric.
18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

CEDU, 8 giugno 1976, ric.n. 5100/71, Engel v. Holland

CEDU, 18 maggio 2010, ric. n.38532/02 Ozverov c. Russia

CEDU, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini
Diagnostics s.r.l. c. Italia.