

**Università degli Studi di Sassari**  
**Scuola dottorale di diritto ed economia dei**  
**sistemi produttivi.**

Tesi di ricerca - Dottorato di Ricerca XXVII ciclo  
in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

**IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**  
**NEI CONFRONTI DEI**  
**PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITA' GARANTE**  
**DELLA CONCORRENZA**  
**E DEL MERCATO.**

**Candidato:**  
Dott. Emmanuele Govoni

**Tutor:**  
Chiar.mo Prof. Domenico D'Orsogna

## **Abstract**

After drawing relatively brief remarks to some general aspects concerning the competition, the private economic initiative and the importance of these concepts within the market, the survey object of this work has focused on the development of judicial review in the antitrust matters. The division of jurisdiction is dealt in the Article 33, comma 1 and 2 of the Law n.287/1990.

In Italy, even before the Antitrust Law of 1990 and its establishment of the AGCM, was in force a system that was based on the provisions of the Civil Code (primarily in the Book V Title X entitled "the discipline of competition and consortia", articles 2595 - 2620 Civil Code). According to this ancient model in the past it was resorted to the ordinary courts on the basis of allotment of the courts ruled in Articles 102 and 103 of the Constitution. Also deduced from the nature of the legal situations of individual right that arose from such legislation.

Before the 1990s, therefore, the lesions on competition could come about only through legal situations of individual rights.

In light of this brief exposition concerning jurisdiction of the ordinary courts, we understand how the law n. 287 of 1990 had an impact on the protection of competition and on the market, not only in terms of distribution of powers, but also with regard to subjective legal situations involved. In fact, currently if the Authority which is charged with the protection in this area is an administrative authority, this means that for develop that protection its evaluation should result in an administrative measure. Against this decision is competent the administrative courts and the legal situation for protection, against a possible injury suffered by that measure, falls into the category of a legitimate interest.

Below, we will examine the judicial orders to which is entrusted the new division of jurisdiction for disputes pertaining to the subject matter of this work.

At first, according to a part of the doctrine, it could share the knowledge between the ordinary courts and the administrative courts taking as a criterion of reference the type of subjective legal injured situations.

Indeed, as stated in the art. 33 of the Law 287/90 is assigned to the administrative judge (namely the Lazio TAR at first instance and the Consiglio di Stato in the appeal) an exclusive jurisdiction (only) on appeals against the actions taken by the Competition Authority (art. 33, paragraph 1) , as also supported by the administrative law over the years. It should be noted, therefore, as with this legal provision has not been given exclusive jurisdiction to the administrative judge for the entire antitrust matter, in fact, as regards the nullity actions and the disputes between private parties which relate to claims for damages or contractual cognition is entrusted to the ordinary courts, namely the Court of Appeals with territorial jurisdiction (art. 33, paragraph 2 of the Law 287/90).

The Antitrust Authority exercises a circumscribed power based on undetermined legal situations and on technical standards, these rules provide the abstract cases that need to be punished.

The Authority in the exercise of its powers performs the complex technical evaluations, case by case, aimed at understanding whether the situations that occur in the factual reality of the relevant market are or are not coming under competitive practices.

This control must be examined by the administrative judge, who through an appealing judgment shall verify, through an *ex post* evaluation, the work of the Authority.



*Alla mia famiglia*

## INDICE

### CAPITOLO I – ANTITRUST E MERCATO: CONCETTI GENERALI

1. Introduzione: la simmetria di risultati tra Autorità Antitrust e la Costituzione alla luce del pensiero di Piero Calamandrei.....5
2. Legittimazione costituzionale delle Autorità indipendenti e concetto di “regolazione”.....11
3. Alcuni elementi esplicativi sul perché le Autorità indipendenti debbano ritenersi di natura amministrativa e non politica o giurisdizionale.....24

### CAPITOLO II – MODELLO ORGANIZZATIVO E FUNZIONI DELL’AGCM

1. I compiti di garanzia e vigilanza delle Autorità Indipendenti. Brevi cenni sugli aspetti relativi al procedimento delle Autorità Garanti ..... 28
2. L’AGCM come Autorità amministrativa indipendente dotata di un modello organizzativo “moderno” e la sua attività di regolazione ..... 37
3. Monopolio e concorrenza: due modelli a confronto ..... 49
4. Le situazioni anticoncorrenziali e i vari poteri dell’Antitrust ..... 59
5. Funzione e natura amministrativa dell’AGCM: brevi cenni sul procedimento, la posizione di “supremazia” e di responsabilità della stessa ..... 65

### CAPITOLO III – IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI PROVVEDIMENTI DELL’AGCM

1. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale in materia antitrust. Il riparto di giurisdizione *ex art. 33 comma 1 e comma 2 della L. 287/1990*..... 72

2.	L'intensità e la discrezionalità nel sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti .....	77
3.	Brevi cenni sulle Autorità Indipendenti e la discrezionalità tecnica ed amministrativa .....	97
4.	La consulenza tecnica d'ufficio: mezzo che permette l'accesso al fatto.....	105
5.	Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e il conflitto di competenza tra le Autorità Indipendenti.....	115
6.	Abuso del processo, della regolazione e dei procedimenti amministrativi: le nuove frontiere degli illeciti antitrust. Conclusioni.....	129
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>135</b>

# **IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEI CONFRONTI DEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.**

## **CAPITOLO I – ANTITRUST E MERCATO: CONCETTI GENERALI**

### **1. Introduzione: la simmetria di risultati tra Autorità Antitrust e la Costituzione alla luce del pensiero di Piero Calamandrei.**

Prima di esporre il lavoro di tesi si farà brevemente cenno ad alcuni aspetti generali che riguardano la concorrenza, l'iniziativa economica privata e l'importanza di tali nozioni all'interno del mercato.

La concorrenza è un concetto polisemantico che è stato oggetto di numerosissime definizioni da parte di autorevoli giuristi di ogni tempo, ma solo di recente ha cominciato a interessare anche gli studiosi di diritto amministrativo, in ragion del fatto che dal 1990 con la legge n. 287, è stata istituita l'Autorità (pubblica) indipendente dell'Antitrust: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>1</sup>. La concorrenza secondo una visione dinamica può essere definita come “rivalità” in un ambito nel quale i molti operatori del mercato cercano di agire in modo da ottenere posizioni sempre migliori rispetto ai loro concorrenti; ma andiamo con ordine.

Il mercato è il luogo naturale nel quale si manifesta l'incontro tra domanda e offerta e, grazie al modello della concorrenza, gli operatori al suo interno hanno la possibilità di esercitare l'attività economica nel modo meno

---

<sup>1</sup> S. CAVATORTO - A. LA SPINA, *Le Autorità indipendenti in Italia*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2009; G. TESAURO - M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, 2000.



gravoso possibile e senza restringimenti all'ingresso o durante la permanenza nello spazio mercato.

Alla base del modello concorrenziale<sup>2</sup> di mercato si trova l'art. 41 della nostra Costituzione<sup>3</sup>, che recita:

*"L'iniziativa economica privata è libera.*

*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."*

La libertà economica privata dunque è libera e incontra come limiti l'utilità sociale, la libertà e la dignità umana; tutti concetti che si ricollegano ai confini posti a fondamento del nostro ordinamento, ossia ordine pubblico e buon costume.

Il controllo dell'attività economica pubblica e privata è stato affidato con la legge n.287 del 1990 all'AGCM, che controlla, vigila, ispeziona e nei casi più gravi sanziona, le situazioni contrarie alla libera concorrenza nel mercato.

---

<sup>2</sup> Si per quanto attiene la concorrenza nel panorama economico italiano: G. NARDOZZI, *Miracolo e declino. L'Italia tra concorrenza e protezione*; in *STORIA DEL PENSIERO ECONOMICO* (2005); P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2004.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sul tema della tutela della concorrenza all'interno della Costituzione Italiana si rimanda allo scritto di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005. Si veda, inoltre, per una lettura critica I. MUSU, *Gli aspetti economici della costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in *Note di Lavoro*, 2008.

Le situazioni sanzionate sono le intese, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione che restringano o falsino la concorrenza e la libertà d'ingresso nel mercato.

Prima di entrare nello specifico delle tematiche che si affronteranno in questa trattazione, si è scelto di citare in quest'introduzione la Costituzione per un motivo specifico.

Alla base della scelta del modello concorrenziale, lo scrivente ritiene vi sia uno stretto collegamento con le sagge parole di un celeberrimo giurista e padre costituente, Piero Calamandrei, di cui di seguito si riporta un breve estratto:

*"L'art.34 [della Costituzione] dice: "i capaci ed i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi."*

Il commento al succitato articolo enfatizzava l'importanza del diritto di realizzare i più alti gradi degli studi anche in mancanza dei mezzi necessari, intendendo in tal modo dimostrare come il modello adottato, già dalla redazione della Carta Costituente, era un modello democratico di concorrenza e di un mercato libero in cui tutti gli operatori potessero realizzare i propri scambi e proporre i propri prodotti, in condizioni di parità e libertà di trattamento.

Calamandrei proseguiva sostenendo che: *"... nella nostra Costituzione c'è un articolo, che è il più importante di tutta la Costituzione, il più impegnativo; non impegnativo per noi che siamo al desinare, ma soprattutto per voi giovani che avete l'avvenire davanti a voi. Dice così: "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva*

*partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". E' compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Quindi dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare la scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell'articolo primo "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro" corrisponderà alla realtà.*

Dalla lettura delle parole appena riportate si vuole prendere spunto per cercare di tracciare un percorso che giunga ad una "simmetria giuridica" che contempi una lettura complessiva delle norme, anche in combinato disposto tra loro, al fine di fornire una interpretazione oltre che letterale – in ossequio all'art. 12 delle preleggi del Codice Civile - anche logico sistematica per poter meglio comprendere la *ratio legis*.

La simmetria giuridica che qui s'intende evidenziare poggia su due pilastri fondamentali: da un lato la Repubblica che (tra gli altri) ha il compito di "*rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale, che, limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini*<sup>4</sup>"; dall'altro l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il compito, laddove ne ravvisi l'opportunità, di esprimere un parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni<sup>5</sup> della concorrenza nel mercato<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 3 u.c. Cost.

<sup>5</sup> Art. 21 comma 3 della L. 287/1990 - Norme a tutela della concorrenza e del mercato.

<sup>6</sup> Al riguardo si cita ciò che si intende per "politica" della concorrenza (in considerazione della influenza comunitaria) G. TESAURO- M. TODINO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enc. Dir.*, pp. 114 e ss., 2002, ove si afferma che "*la disciplina di tutela della concorrenza costituisce anche uno strumento di democrazia, nel senso che è finalizzata a tutelare gli interessi generali della collettività e ad impedire l'affermarsi del potere privato nelle*

Ponendo in essere un ragionamento logico deduttivo alla luce delle suesposte premesse, possiamo meglio comprendere, utilizzando la chiave di lettura di Piero Calamandrei, il perché della necessità di un'Autorità amministrativa indipendente a tutela della concorrenza.

La legge n.287 di istituzione dell'AGCM, infatti, tramite un esplicito richiamo all'art.1 della medesima, attua il principio della libertà d'iniziativa economica enunciato nell'art.41 Cost., reinterprelandolo dandogli un respiro più innovativo, grazie anche all'influenza comunitaria.

Vi è dunque un ribaltamento di prospettiva nell'impianto della legge in parola, ove il bene oggetto di tutela diviene il mercato, superando in tal modo una visione più tradizionale.

La legge 287/90 oltre ad ancorarsi ai principi della nostra Carta fondamentale, presenta marcate affinità filo-comunitarie riscontrabili sia sugli aspetti procedurali, che sull'assetto delle norme materiali.

Sotto il primo profilo, il legislatore ha voluto realizzare il sistema di *enforcement* delle norme antitrust di tipo amministrativo, con il conseguente accentramento in capo all'AGCM dei poteri istruttori e decisorii.

Anche negli aspetti più squisitamente normativi, la legge n.287 ricalca fedelmente le norme comunitarie, ponendo a fondamento di tali norme il principio della *par condicio* tra le imprese pubbliche e private sul piano concorrenziale.

---

*sue forme deteriori, ossia il monopolio"*; cf. nello stesso senso: A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, op. cit. pp. 131 e ss.

Altra considerazione che si deduce dalle sagge parole del Maestro è la grande importanza e nobiltà del lavoro che deve svolgere la Autorità Antitrust, che garantisce la permanenza di un modello concorrenziale meno falsato possibile ed equilibrato; compito reso ancor più difficile dalla situazione di crisi che impernia l'economia nazionale ed internazionale, dalla cui morsa, lentamente, ci si sta liberando.

Il lato positivo che si evince delle parole di Calamandrei è che la Costituzione è *viva*<sup>7</sup>, il compito della Repubblica di rimuovere quegli ostacoli oggi è agevolato e possiamo dire veicolato, per quanto attiene la sfera dell'antitrust e della concorrenza, dall'Autorità stessa.

Vista in quest'ottica l'Autorità in questione ha una funzione sociale ancor prima che economica e con il suo operato può rimuovere tanti ostacoli che si presentano talvolta con intese, abusi di posizione dominante o operazioni di concentrazione, risultando così di riflesso il "braccio" operativo (se pur indipendente) ed attuativo della Repubblica che mira al raggiungimento di uno dei risultati più ambìti: *il pieno sviluppo della persona umana*.

Tale breve introduzione, con cui si è cercato di avvicinare le ancora attualissime parole del celebre giurista al presente lavoro di tesi, permettono ora di dare alcuni cenni in merito alla legittimazione costituzionale delle Autorità indipendenti.

---

<sup>7</sup> In dottrina P. Cavalieri parla di Costituzione "vivente" nel seguente testo: P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione" vivente": contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, CEDAM, 1978.

## **2. Legittimazione costituzionale delle Autorità indipendenti<sup>8</sup> e concetto di “regolazione”.**

Diversi orientamenti dottrinali si sono scontrati fin dall'istituzione delle Autorità indipendenti in relazione alla legittimazione del loro modello di amministrazione, differente rispetto al modello più conservatore fino a quel momento presente in Italia.

Brevemente, si accenna al fatto che al momento della loro formazione si cominciava già a sentire la diffidenza e la sempre minor fiducia nei confronti del potere politico e delle soluzioni da esso prospettate e ci si iniziava ad avviare verso un nuovo modello, maggiormente volto all'autonomia soprattutto grazie alle spinte comunitarie che sono sfociate nella riforma del Titolo V della Costituzione<sup>9</sup>, avvenuta nel 2001, in cui tutte le pubbliche amministrazioni venivano messe sullo stesso piano. Tale panorama legislativo presentava una sovranità dello Stato non più coincidente con la Repubblica, ma lo Stato diveniva, al pari di Città metropolitane, Province e Regioni, parte di essa<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e conseguenze*, in Convegno organizzato da Nexus, Roma, 27 febbraio 2006.

<sup>9</sup> Per un approfondimento sulla tematica della Riforma del Titolo V della Costituzione si vedano B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, in *Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, G. Giappichelli, 2002; V. CERULLI IRELLI – C. PINELLI, *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, 2004; F. PICA, *L'autonomia finanziaria dei comuni e l'attuazione della riforma del titolo V della Costituzione*, Giappichelli, 2011.

<sup>10</sup> Per analizzare una visione dei modelli di amministrazione dopo la riforma del titolo V del 2001 si veda M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001.

Come già detto in merito alla legittimazione costituzionale di tali Autorità, si vuole qui richiamare un autorevole Maestro della dottrina italiana: Mario Nigro, il quale riteneva che nel disposto costituzionale vi fosse un indiretto riferimento alle Autorità indipendenti, nella sua tassonomia dei vari modelli di amministrazione<sup>11</sup>. Egli ravvisava nell'art. 95 comma 2 della Carta fondamentale una Pubblica Amministrazione attuatrice degli indirizzi di governo, mentre nell'art. 5, una Pubblica Amministrazione autonomistica e orientata al modello comunitario.

Infine, nell'art. 97 e 98 Cost., Nigro riteneva fosse delineata dal costituente un'amministrazione autocefala, disgiunta dalla politica e legittimata sull'imparzialità ed efficienza.

Tale ultima prospettazione parrebbe un modello tecnocratico di amministrazione, dunque più avanzato rispetto al precedente, ciò si evince da quanto detto in precedenza, con particolare riferimento agli aspetti storico-sociali.

I cittadini (gli amministrati) necessitavano dall'apparato amministrante delle risposte che esigevano di volta in volta una conoscenza sempre più tecnica, mirata e specialistica di cui i semplici addetti o dirigenti delle Pubblica Amministrazioni non erano in grado di fornire; sebbene fossero dotati di buone capacità e conoscenze tecniche, queste ultime mal si attagliavano alle questioni così settoriali come quelle che attualmente si pongono all'attenzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito per brevità: AGCM, Autorità Antitrust o Antitrust) ma di questo tratteremo più avanti.

---

<sup>11</sup> P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Vol. 180, Il mulino, 1978.

In conclusione, un modello come quello delle Autorità indipendenti ha una forma organizzativa da un lato avanzata e composta da professionisti dotati di grande conoscenza tecnica e autonomia, dall'altro avente caratteristiche di neutralità ed indipendenza, svincolato dal potere politico e dai suoi indirizzi.

Con la scelta di creare delle Autorità di garanzia e delle Autorità di regolazione di importanti settori del mercato o addirittura una garante dell'equilibrio del mercato stesso, si sposta il baricentro dei poteri dai centri collegati o influenzati dai poteri politici, verso delle tecnostrutture pluripersonali caratterizzate da una forte competenza specialistica che le garantisce, inevitabilmente, una grande discrezionalità tecnica.

A questo punto sorge uno dei quesiti principali di questo scritto: il giudice nei confronti dei provvedimenti di un'amministrazione così specialistica, fino a che punto può spingersi a giudicare e a valutarne i provvedimenti che la stessa emana? A tal quesito si cercherà di rispondere nel modo più esauritivo possibile, tenendo presente gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguiti nel tempo.

In sede di introduzione, si è voluto avviare un lavoro di tesi orientato e sorretto da cenni e fundamenta di tipo costituzionale, a tal fine si coglie l'occasione di esporre brevemente gli eventi che si sono verificati in seguito all'emanazione della Carta Costituzionale nel 1948, per delineare i tratti essenziali dell'evoluzione del mercato e della sua affermazione normativa.

Nell'ordinamento italiano, infatti, il mercato veniva relegato per un lungo periodo di tempo ad un ruolo piuttosto marginale da parte della dottrina giuridica e ancor meno interesse destava nel legislatore.



Quanto detto è avvalorato dal fatto che nelle discipline di settore, pur comparendo il termine "mercato", non fu tipizzata la sua definizione; ciò è dovuto ad una particolare evoluzione storica e culturale, nonché ai modelli di mercato adottati, che nei vari decenni del secolo scorso si sono susseguiti e hanno avuto dei risvolti significativi su ciò che è l'attuale oggetto di riflessione, come più avanti verrà più compiutamente analizzato.

La vera svolta giunse con l'influenza sempre maggiore del diritto comunitario e di quel sistema sovranazionale che ancora oggi sta orientando e fortemente influenzando il diritto interno di ciascuno Stato membro dell'Unione Europea, sotto diversi punti di vista, anche in considerazione del principio del primato del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri.

La motivazione cardine che ha dato origine ad un ordine sovranazionale europeo<sup>12</sup> era la volontà di evitare il verificarsi di ulteriori conflitti, giungendo alla conclusione che il miglior modo per consolidare i rapporti pacifici tra gli Stati era la redazione di accordi economici e politici.

Si ritenne opportuno, dunque, mettere in comune la produzione francese e tedesca delle due materie prime all'epoca più importanti per i due paesi: il carbone e l'acciaio.

Il Ministro degli Affari Esteri francese Robert Schuman, il 9 maggio del 1950, fece la prima mossa. Conscio dell'importanza che avrebbero potuto produrre degli accordi economici tra Stati come la Germania e la Francia propose di sottoporre la produzione comune delle suddette materie prime al controllo e la vigilanza di un'Alta Autorità Comune.

---

<sup>12</sup> Si veda lo storico scritto sulla nascita e l'evoluzione dell'idea d'Europa: F. CHABOD - E. SESTAN - A. SAITTA, *Storia dell'idea d'Europa*, Vol. 16, Bari, Laterza, 1961.

Dal luglio del 1952, con l'entrata in vigore della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) sei Stati rinunciavano ad una parte della propria sovranità, dando così origine alla prima organizzazione sovranazionale che costituì il primo modello di organizzazione, di tale tipo, comunitaria.

Gli Stati appartenenti a tale organizzazione furono il Belgio, la Francia, la Germania, l'Italia, il Lussemburgo e i Paesi Bassi.

Gli obiettivi espressi nell'art. 2 del Trattato istitutivo della CECA erano quelli di contribuire, attraverso un mercato comune, all'espansione economica, all'aumento dell'occupazione e del tenore di vita.

Per poter realizzare il mercato comune, vennero previste delle agevolazioni di carattere fiscale quali l'eliminazione di tutte le tasse e dei diritti doganali, sperimentando in tal modo se tale potere sovraordinamentale fosse vantaggioso come si era prefigurato, preparando l'Europa alla forte immissione del potere comunitario sulla sovranità interna di ciascun Stato membro.

A pochi anni di distanza, nel 1957 a Roma, si firmarono due ulteriori trattati: il celebre trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) ed il trattato istitutivo della Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEA o Euratom).

In meno di un decennio si erano gettate le basi pattizie dell'Ordinamento sovranazionale europeo<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Per una lettura specifica sul tema esposto si rimanda a N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Giuffrè, 1957.

Il crescente interesse per il concetto di "mercato" e l'avvicinamento del medesimo all'ambito giuridico ha avuto diverse evoluzioni pratiche di grande rilevanza, così come è singolare che nel sistema del diritto amministrativo italiano attuale venga trattato il tema della disciplina antitrust<sup>14</sup>.

Nel panorama legislativo nazionale il momento genetico di tale evoluzione può essere ravvisato nella legge 287 del 1990, con cui è stata istituita la normativa antitrust italiana, (in cui per la prima volta emerge anche il termine "consumatore"); in un momento successivo sono intervenute le liberalizzazioni che hanno interessato i settori strategici del mercato, precedentemente gestiti dai pubblici poteri o dai loro concessionari; la terza evoluzione è ravvisabile nella privatizzazione delle imprese pubbliche<sup>15</sup>. Questi cambiamenti occorsi nell'arco di una decina d'anni hanno portato all'istituzione di peculiari soggetti amministrativi definiti Autorità amministrative indipendenti<sup>16</sup>, ossia Autorità di garanzia o di regolazione<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. A. POLICE, Tutela della concorrenza e pubblici poteri, 2007. L'Autore rievoca il padre della Scuola italiana del diritto amministrativo, Vittorio Emanuele Orlando, osservando che "*se ... fosse ancora tra noi forse chiederebbe ragione del perché, nell'ambito di un Sistema del diritto amministrativo italiano si affronti anche il tema della disciplina antitrust*".

<sup>15</sup> Per approfondire la tematica delle privatizzazioni in Italia prevalentemente da un punto di vista economico, cfr. L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, 1995, Milano; M.BALDASSARRI - A. MACCHIATI, *The privatization of public utilities: the case of Italy*, Edizioni Diego Piacentino, 1997; C.A. FAVERO, *Privatizzazione e stabilizzazione del debito pubblico in Italia*, in *Politica economica*, 1992. Per un'analisi teorica volta a dimostrare il benessere sociale che le privatizzazioni sono in grado di produrre, cfr. C. KRUSICH - A. LOTTI - M. ROSSI, *Le privatizzazioni italiane: un'analisi*, Studi e note di Economia n. 1/1998.

<sup>16</sup> Per approfondire cfr. C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della "regolazione" indipendente del mercato*, Bari, 2005.

Le Autorità indipendenti hanno compiti di vigilanza e controllo in diversi settori più o meno ampi del mercato. La regolazione del mercato<sup>18</sup> è di difficile definizione univoca, vista la molteplicità di approfondimenti della dottrina che si sono susseguiti nel corso di oltre un ventennio ormai intercorso dalla istituzione della Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il sintagma di "regolazione del mercato" è dato dalla combinazione di due concetti che pur essendo fortemente utilizzati nel contesto giuridico hanno un ampio numero di accezioni ovvero un elevato grado di polisemia<sup>19</sup>.

Per arrivare a definire il mercato, si ritiene utile per maggior armonia di trattazione partire dalla esplicazione del significato di regolazione.

Regolazione, nella sua accezione più ampia, viene utilizzata per indicare qualunque ingerenza del potere pubblico nell'economia, ma questo tipo di accezione non è ben vista dalla dottrina perché dando un significato di così ampio respiro si giungerebbe ad inglobare all'interno del termine "regolazione" tutto il diritto pubblico dell'economia<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo II Edizione*, Giappichelli Editore, 2011, Torino.

<sup>18</sup> Per quanto attiene il tema della regolazione, si rimanda alla lettura di G. AMORELLI, *Amministrazione con funzioni regolatorie: le Autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991; M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, 2006; S. NICCOLAI, *Mercato come valore o come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991.

<sup>19</sup> Cf. Voce A. ZITO,  *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>20</sup> S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, in *Regolazione e Concorrenza* a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI, Ed. Il Mulino, 2001.

Per dare invece un significato più limitato, dunque più specifico, di regolazione, si è ritenuto introdurre l'argomentazione che pone a confronto l'attività di regolazione e la disciplina antitrust.

Preliminarmente si consideri che l'attività di regolazione si dispiega in situazioni di fallimento del mercato (esistente pur in assenza di mercato), mentre la disciplina antitrust interviene (presupponendo la necessaria esistenza del mercato) per correggerne le imperfezioni<sup>21</sup>.

L'attività di regolazione esercitata dall'Autorità Antitrust (AGCM) è volta ad eliminare le asimmetrie tra ciò che è il rispetto del modello concorrenziale, seguendo le linee guida normative e diffidando gli operatori del mercato, che si allontanano da quei principi o non li rispettano, dal compiere illeciti antitrust.

Dunque, l'attività di regolazione pare si possa definire un'attività di conformazione, ossia di regolazione dei rapporti tra il pubblico potere e i privati.

La conferma che l'attività di conformazione sia presente già da tempo nel nostro ordinamento giuridico si evince dall'art. 41 comma 2 della Costituzione che ne rappresenta il fondamento costituzionale. Nel suddetto articolo, tramite il concetto di "utilità sociale" si limita la libertà di iniziativa economica che trova come ulteriore ed implicito limite esterno l'ordine pubblico ed il buon costume.

Secondo tale tipo di impostazione, il concetto di regolazione risulterebbe però solo un sinonimo di conformazione, escludendo perciò che possa intendersi come una nozione utile ad arricchire il panorama dei principi giuridici o che possa portarvi qualche innovazione.

---

<sup>21</sup> A. ZITO, *op. cit.*

Tuttavia nel caso della regolazione e dell'Autorità amministrativa indipendente è quest'ultima ad essere maggiormente in grado di portare innovazioni al panorama dei principi giuridici, proprio in virtù del fatto che la regolazione o la garanzia si affidi ad una Autorità indipendente, con tutte le sue peculiarità e le particolari caratteristiche di cui è dotata.

Giunti a questo punto, pare chiaro come la regolazione goda di una rilevanza connotativa nel momento in cui venga trattata in relazione ad un'Autorità amministrativa indipendente, come l'Autorità Antitrust.

In merito alla collocazione dell'attività di regolazione, parte della dottrina ha ritenuto che quest'ultima non possa essere inserita nella disciplina antitrust, ponendo alla base del proprio convincimento la motivazione che l'Autorità Antitrust ha il compito di arginare i comportamenti anticoncorrenziali, cercando di mantenere il mercato libero e privo di vizi in entrata ovvero di evitare situazioni di concentrazioni, intese e abusi che limitino la libera concorrenza.

Una volta eliminati i comportamenti anticoncorrenziali, secondo tale dottrina, l'attività di regolazione non avrebbe più la *raison d'être* all'interno della disciplina antitrust.

Questo in ragione del fatto che per esservi regolazione dovrebbe compiersi un'attività di conformazione o regolazione del comportamento degli attori economici al fine dell'ottenimento di risultati che tramite il mercato non si realizzerebbero.

Mentre nel caso della disciplina antitrust si vigila sull'operato degli attori del mercato per poter riportare la situazione al mercato naturale ogni qualvolta venga distorto il gioco della concorrenza, secondo il modello adottato.

L'origine concettuale del modello delle Autorità indipendenti italiane si rinviene nel sistema anglosassone<sup>22</sup>; basti ricordare che l'istituzione dell'*Authority* doveva fungere come correttivo o soluzione allo strapotere delle grandi *lobbies* economiche che rendevano estremamente difficoltoso o addirittura impossibile l'ingresso o la permanenza nel mercato degli operatori più deboli.

Così, con lo Sherman Act<sup>23</sup>, nel 1890 (ben cento anni prima rispetto alla legge istitutiva dell'Antitrust italiana), in America si riuscì a garantire una possibilità di tutela anche per le realtà minori quali utenti e consumatori, in quanto anch'esse meritevoli di tutela.

Il paradosso è che nel sistema anglosassone l'avvento di tali Autorità e tale modello ha portato alla nascita del diritto amministrativo, mentre in Italia ha prodotto un effetto diametralmente opposto, generando un allontanamento dal diritto amministrativo tradizionale<sup>24</sup>.

Per un verso, tale situazione speculare ha determinato un massimo comune divisore sul piano del diritto amministrativo (nello specifico delle Autorità indipendenti) tra il modello italiano e quello anglosassone.

Con l'istituzione delle Autorità indipendenti, oltre a ridursi in modo sostanziale l'ingerenza dell'intervento pubblico, si è voluto agevolare il principio enunciato nell'art. 41 Cost. ossia il principio di libertà di iniziativa economica privata.

---

<sup>22</sup> M. VITO, *La vicenda dell'Antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in Riv. Dir. Ind., vol. I, 1995.

<sup>23</sup> Per un commento allo Sherman Act si rimanda a F. M. SCHERER, *Predatory pricing and the Sherman Act: A comment*, in *Harvard Law Review*, 1976.

<sup>24</sup> G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997.

L'organizzazione amministrativa oggetto della presente trattazione risponde ad una domanda di ripristino dei valori appartenenti allo Stato di diritto; grazie alle Autorità indipendenti infatti si è riusciti a riconquistare gli spazi che l'amministrazione "tradizionale" stava perdendo e che non avrebbe potuto garantire né tutelare, quali l'esigenza di fornire risposte tecniche alle problematiche della società<sup>25</sup>, o più semplicemente sopperire all'eccessiva lentezza burocratica ed organizzativa interna.

L'adeguamento delle funzioni pubbliche all'apertura dei mercati è dovuta alla spinta del diritto comunitario e al fatto che quest'ultimo rivesta una posizione preminente rispetto alle disposizioni normative degli Stati membri in ambito della tutela della concorrenza.

Alla luce di ciò è determinante che vi sia una limitazione della sovranità dello Stato membro con conseguente riduzione dell'area di intervento pubblico per adempiere alla necessità di realizzare un mercato libero, aperto e senza frontiere; dall'altro canto si realizza una ripercussione sulla riduzione della spesa pubblica<sup>26</sup>.

In conclusione, la struttura dello Stato imprenditore nel momento dell'avvento delle Autorità indipendenti era ormai divenuta obsoleta ed incompatibile con le nuove esigenze nell'ambito nazionale in un'ottica di globalizzazione.

Il modello delle Autorità indipendenti è stato scelto per soddisfare le esigenze di solidarietà ed efficienza dei servizi che dovevano essere forniti ai cittadini, anche in termini qualitativi, avendo come conseguenza una

---

<sup>25</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

<sup>26</sup> G. GUARINO, *La grande rivoluzione: l'unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Convivenza e Libertà*, scritti in onore di G. Abbamonte, pp. 769-770 e ss.



rafforzamento degli operatori del mercato che vedevano di volta in volta soddisfatte le proprie richieste.

Nell'ambito discrezionale delle Autorità indipendenti, la funzione amministrativa deve limitarsi a tutelare, garantire e vigilare su fattispecie determinate "a monte" *ex lege*, visto che l'ambito di intervento è sempre imperniato di interessi, valori e libertà o più generalmente da situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento giuridico e costituzionalmente garantite.

Per iniziare a dare dei cenni risolutivi in merito al quesito prima esposto su come si deve porre il giudice nei confronti dei provvedimenti di un'amministrazione così specialistica e fino a che punto egli possa spingersi nel giudicarne i provvedimenti, si può affermare che a seconda dell'intensità delle situazioni giuridiche coinvolte, il giudice nel valutare il provvedimento dell'Antitrust potrà svolgere esclusivamente una previsione sulla correttezza, congruità e legittimità del provvedimento emanato dall'Autorità indipendente.

Si giunge dunque al cuore e nucleo centrale del lavoro di tesi, concernente il sindacato giurisdizionale del giudice nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM nella sua veste di Autorità indipendente, poiché rappresenta un elemento di garanzia in uno Stato di Diritto la necessità che i controllori del mercato debbano a loro volta poter essere controllati<sup>27</sup>.

Importante e di rilievo è inoltre la scelta di evitare che i settori della vita sociale ed economica che coinvolgono valori personali e situazioni giuridiche rilevanti vengano affidate ad organismi dotati di grande

---

<sup>27</sup> Volendo citare una deliziosa locuzione latina di Giovenale: *Quis custodiet ipsos custodes?* - *Chi sorveglierà i sorveglianti stessi?* - VI Satira.

autonomia e distanti dalle pressioni della politica e dei forti gruppi economici c.d. organizzati<sup>28</sup>. Sembra proprio che per sopperire alla debolezza dello Stato di fronte alle forti pressioni dei gruppi organizzati, si sia tentato di superare tale morsa tramite un riassetto sia istituzionale, che sociale, che ha permesso all'amministrazione di svolgere il proprio ruolo ed essere più efficiente, efficace ed autonoma; ottenendo un buon successo ad avviso di molti.

---

<sup>28</sup> SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1990, pp. 379 e ss.

### **3. Alcuni elementi esplicativi sul perché le Autorità indipendenti debbano ritenersi di natura amministrativa e non politica o giurisdizionale.**

La motivazione principale che ha condotto alla scelta della tesi che vedeva le Autorità indipendenti come amministrative, non come invece istituzioni politiche così come sostenuto da parte della dottrina, è da ravvisarsi nel fatto che intendendole come istituzioni politiche non ci sarebbe la possibilità di sindacare sul loro operato.

Per tali motivi è stato previsto un sindacato generale di legittimità esteso ai profili funzionali dell'operato pubblico<sup>29</sup>.

Tale orientamento si esplica nella fondamentale esigenza di sottoporre ad un controllo i provvedimenti delle Autorità indipendenti e di incasellarli nella disciplina amministrativa generale partendo dai principi enunciati nella legge 241/1990 - sul procedimento amministrativo - ai principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (cf. art. 113 Cost.)

Pertanto, ciò che la storia amministrativa italiana ha insegnato è che per il corretto esercizio delle funzioni pubbliche è necessario esautorare le vecchie strutture cui prima era stato assegnato il potere, in modo da evitare sdoppiamenti di funzioni ed il relativo appesantimento della macchina amministrativa, dando finalmente vita, in ossequio ai principi sopra enunciati, ad una struttura organizzativa più snella ma soprattutto più efficiente.

La funzione di garanzia attribuita alle Autorità indipendenti è infatti volta alla cura dell'interesse pubblico e deve essere temperata alle varie

---

<sup>29</sup> A. PREDIERI, Op. cit.

esigenze senza comprimere la sfera delle altre situazioni giuridiche soggettive con cui può intersecarsi, realizzandosi in tal modo il minor sacrificio possibile anche nell'eventuale condizione di reciproca tensione<sup>30</sup>.

A tal fine sarà necessario comprendere quanto e in che misura i provvedimenti delle Autorità indipendenti siano discrezionali, e se questi siano ricompresi nella sfera della discrezionalità tecnica, così come sostenuto da una parte della dottrina, ovvero rientrino nell'alveo di quelle decisioni che tengano conto dei vari interessi in gioco; dunque non solo garantiscano il rispetto delle regole ma ne valutino eventuali costi o benefici per gli operatori del mercato e dei consumatori.

Seguendo quest'ultimo filone interpretativo, le Autorità indipendenti sarebbero in grado di compiere una sintesi comparativa tra gli interessi in gioco e alla luce di tale analisi stimerebbero l'anti concorrenzialità o meno della situazione oggetto della loro valutazione.

Per sgombrare il capo da eventuali dubbi sulla natura dell'Autorità Antitrust che ha assunto dei caratteri differenti rispetto al passato, si vuole ricordare in questa sede la funzione che quest'ultima svolge nel mercato.

La medesima esercita un ruolo strumentale e secondario, proprio come quello svolto dal giudice ed è, al pari di esso, dotata di indipendenza e neutralità, caratteristiche che ancora una volta richiamano il ruolo giurisdizionale. Questi sono alcuni degli elementi su cui si fondava la teoria secondo cui l'Autorità indipendente poteva ritenersi una *species*

---

<sup>30</sup> Forse anche per questo nobile ruolo che le Autorità Indipendenti svolgono Sabino Cassese le ha definite espressione di un "quarto potere" in S. CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C.

FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

appartenente al *genus* di Autorità paragiurisdizionale, con tutte le conseguenze pratiche che ne sarebbero potute scaturire in relazione all'impugnabilità, alla forma dei provvedimenti stessi, ect.

Riguardo alla strumentalità e secondarietà, si ribadisce che il compito delle Autorità indipendenti è quello di ripristinare l'equilibrio, laddove fosse necessario, nel mercato secondo i dettami del modello concorrenziale. A tal fine risulta fondamentale controllare e, finanche reprimere, quelle condotte illecite o lesive poste in essere dalle imprese, le quali si vedranno diffidate dal reiterare comportamenti lesivi nei confronti degli altri operatori del mercato e dei consumatori.

Tali nozioni non sono esplicitamente disciplinate *ex lege*, vanno dunque valutate caso per caso dall'Autorità che, per poter appurare e comprendere l'effettiva sussistenza di una situazione anticoncorrenziale si serve delle sue capacità tecniche, esercitando quella che il celeberrimo Giannini aveva definito come "*la sostanza più squisita dell'attività amministrativa*" ossia la discrezionalità<sup>31</sup>.

Le Autorità indipendenti, secondo autorevole dottrina<sup>32</sup>, hanno prodotto una distribuzione del potere pubblico, assicurando un modello policentrico

---

<sup>31</sup> Per una lettura ragionata ed approfondita del pensiero del Giannini, precipuamente in merito alla discrezionalità tecnica e allo sviluppo della stessa nozione in dottrina, si permetta di rimandare al seguente scritto: F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successive, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000.

<sup>32</sup> S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in Riv. Soc., 1994, pp. 422 e ss.

superando in tal modo quel modello accentrato di Pubblica Amministrazione presente fino ad allora in Italia<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Il modello dell'amministrazione accentrata era stato principalmente voluto per poter mantenere l'Italia unita, infatti successivamente all'unificazione ed alla cosiddetta piemontesizzazione si era mantenuto il potere accentrato a livello nazionale, ma vista la crescente esigenza di tutelare un sempre maggior e complesso interesse pubblico ed interessi collettivi, si è cominciato a delegare il potere ad enti ed organismi sussidiari e decentrati fino ad arrivare al culmine di questa inversione di tendenza nel 2001 con la già citata c.d. Riforma del Titolo V della Costituzione.

## **CAPITOLO II – MODELLO ORGANIZZATIVO E FUNZIONI DELL'AGCM**

### **1. I compiti di garanzia e vigilanza delle Autorità Indipendenti. Brevi cenni sugli aspetti relativi al procedimento delle Autorità Garanti.**

La tesi dottrina che afferma la natura amministrativa delle Autorità indipendenti fa conseguire l'assoggettamento della funzione da esse svolta ai principi generali sul procedimento amministrativo, su un diverso piano, è inoltre garantita la tutela giurisdizionale, nei confronti delle medesime Autorità così come avviene nella tutela avverso la Pubblica Amministrazione (artt. 113 e 24 Cost.)<sup>34</sup>. Inoltre, non di poco momento è l'espressa previsione normativa dell'art. 1 della legge istitutiva dell'AGCM (L. 287/90) secondo cui la disciplina interna deve essere interpretata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee. Questo rimando non meraviglia, visto che la normativa italiana in materia deriva da quella comunitaria.

I procedimenti delle Autorità garanti sono caratterizzati dall'iniziativa d'ufficio e da una fase istruttoria che segue il principio inquisitorio.

Sulla iniziativa d'ufficio si specifica che l'Autorità ha il potere di azionare il procedimento *motu proprio* senza cioè necessità di alcuna prodromica domanda di parte (come invece avviene per il giudice, che segue il principio della domanda cf. art. 99 c.p.c.).

Sullo svolgimento dell'istruttoria, l'Autorità dunque aziona il procedimento, raccoglie le prove in modo autonomo e decide le misure più opportune da adottare caso per caso nel pieno esercizio della discrezionalità.

---

<sup>34</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, 2001, Edizioni Cedam.

La funzione dell'AGCM, secondo il Consiglio di Stato, è una attività amministrativa e come tale ispirata a concretezza, spontaneità e discrezionalità.

L'AGCM ha il compito di curare l'interesse alla regolazione dell'iniziativa economica privata costituzionalmente garantita ex art 41 Cost. in funzione della tutela della concorrenza e del mercato (Cons. St. 1998 sul compito dell'AGCM).

Il contemperamento dei vari interessi in gioco (che potenzialmente possono essere lesi dalle situazioni anticoncorrenziali) deve essere quindi valutato dall'Autorità Antitrust alla luce della tutela di quella situazione giuridica quale è l'iniziativa economica.

L'AGCM deve valutare se il comportamento o il fatto, in primo luogo, possa intendersi incasellabile nella categoria giuridica di un comportamento anticoncorrenziale, ed eventualmente se ritiene sia lesivo del gioco del mercato e dunque lesivo per gli altri operatori del mercato e in tal caso, diffidare l'impresa ovvero il soggetto esercente l'azione non consentita ad interromperla.

Solo successivamente all'infruttuoso tentativo di diffida potrà, scaduto il termine concessogli, sanzionare l'operatore inadempiente.

Anche alla luce di quanto appena accennato, si nota che teleologicamente il fine delle Autorità di garanzia è il mantenimento del giusto equilibrio ed ordine del settore di riferimento (*rectius*, il settore del mercato) tramite una gestione che porta ad un risultato concorrenziale che potrebbe definirsi maggiormente in linea con la c.d. democrazia economica.

Il modello delle Autorità Indipendenti ha evidenziato una svolta nell'impostazione della gestione dell'interesse pubblico. Con il loro



avvento, infatti, non ci si trova più a ritenere l'amministrazione come intermediario necessario tra quello che è l'interesse pubblico e gli altri interessi in gioco; ciò che traspare è un modello maggiormente garantista per la pluralità di interessi in un'ottica che mira alla convivenza delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela nel rispetto delle libertà, contemperando altresì le varie posizioni senza perdere di vista l'interesse pubblico.

Dal punto di vista teleologico, risulta chiaro come l'allontanamento dal modello dirigitico dello Stato sia volto al raggiungimento di un mercato in cui le scelte degli operatori economici, dei consumatori e degli utenti rappresentino un'attività di regolazione dell'attività economica.

Un tale mercato concorrenziale sotto il controllo vigile dell'Autorità Antitrust riuscirebbe a realizzare una convergenza tra efficienza e democrazia, senza alcun accentramento di potere monopolistico o di oligopolio, anzi potrebbe permettere la redistribuzione del reddito, realizzando il benessere economico<sup>35</sup>.

Ciò che cambia sono le circostanze di intervento dell'amministrazione; nel precedente modello essa interveniva in modo principale a tutela della concorrenza con ingerenza nel mercato, attualmente opera solo laddove il mercato stesso non riesca ad assicurare un assetto concorrenziale. L'amministrazione si attiva, dunque, solo in modo strumentale ed

---

<sup>35</sup> M. MOTTA, M. Polo, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005. Cfr. altresì per quanto attiene la ricerca del benessere dei consumatori dopo le liberalizzazioni, AGCM, *IC 24 Dinamiche Tariffarie del Trasporto Aereo Passeggeri*, 2002.

eccezionale, secondo un'interpretazione liberale del principio di sussidiarietà<sup>36</sup>.

Per quanto attiene la sfera comunitaria del diritto antitrust o più in generale delle Autorità Indipendenti, preme sottolineare che le stesse sono disciplinate secondo lo schema e le funzioni del loro organo corrispondente a livello europeo, ossia la Commissione Europea.

Quest'ultima, in persona del Commissario alla concorrenza<sup>37</sup> è l'Autorità adibita al controllo ed alla garanzia del mercato europeo, le cui funzioni

---

<sup>36</sup> Sul principio generale di buona amministrazione e sussidiarietà si veda il contributo di D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e Storia*, n.9/2010; si veda inoltre G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e Stato*, 2004 in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, pp. 253-264. Cfr inoltre, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 ed A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 73.

<sup>37</sup> A norma dell'art. 85 del Trattato la Commissione europea vigila e controlla che si rispettino i divieti posti dagli artt. 81 e 82 (artt. 101 e 102 del TFUE dopo il Regolamento 1/2003). Si è giunti a tale regolamento, fondamentale per il rispetto e il corretto ordine del mercato, dopo un lungo periodo di tentativi di riforma. Lo scopo principale era quello di semplificare le formalità amministrative per riuscire a realizzare un'azione amministrativa il più celere ed efficace possibile contro le situazioni anticoncorrenziali. Prima di arrivare al regolamento 1/2003 tale intento di semplificazione era stato avviato con la pubblicazione del libro bianco nel 1999 ad opera della stessa Commissione.

Il 2004 fu dunque l'anno che segnò un punto di svolta nel panorama della concorrenza europea e degli Stati membri perché con il regolamento n.1/2003 si è giunti ad una riorganizzazione strutturale della responsabilità tra la Commissione e le varie Autorità antitrust degli Stati membri. Il modello in vigore è caratterizzato da un sistema decentrato di applicazione del diritto europeo della concorrenza, tramite un modello di competenze parallele.

Per realizzare tale modello sia la Commissione sia le varie Autorità antitrust nazionali possono applicare le norme comunitarie che tutelino il sistema concorrenziale (Vedi artt. 4, 5, 6 Reg. n.1/2003) dunque ci si può trovare di fronte a situazioni anticoncorrenziali che vengono

sono finalizzate a neutralizzare tutte quelle situazioni anticoncorrenziali all'interno del mercato comune.

Il nuovo ruolo dello Stato all'interno dell'economia del Paese comporta una riduzione degli interventi amministrativi "primari" nel senso di interventi allocativo-redistributivi con un consequenziale aumento dell'azione amministrativa di tipo "secondario" in funzione di garanzia e rispetto delle regole.

---

sottoposte a procedimento in tre differenti soluzioni: 1) il caso viene trattato parallelamente da due o più Autorità antitrust nazionali; 2) il caso viene trattato solo da una Autorità nazionale (eventualmente con assistenza o scambi di informazioni con altre Autorità di altre nazioni interessate); 3) il caso, avente forte rilievo europeo, viene trattato direttamente dalla Commissione europea.

In linea di principio, ciò che con questo nuovo modello policentrico e decentrato si vuole raggiungere è la soluzione più efficiente ed efficace possibile, analizzando caso per caso la miglior via procedimentale che lo consente, secondo il criterio del c.d. *best placed authority*. Cf. a riguardo, A. ADINOLFI, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2007.

Per poter realizzare il suddetto decentramento è stato necessario operare diversi strumenti volti a definire un uniformità tra i vari ordinamenti degli Stati membri, viste le differenze tra i vari ordinamenti.

In sintesi, la riforma introdotta dal regolamento su citato trasforma il precedente sistema centralizzato basato sulla notificazione preventiva (ad opera della Commissione) in un sistema decentrato in cui tutte le Autorità antitrust nazionali possono applicare direttamente le norme e le regole del diritto comunitario e viene potenziato il controllo c.d. *ex post* che riduce il carico di procedimenti della Commissione europea, aumenta i poteri delle Autorità garanti nazionali ed ottenendo, inoltre, un uniforme, efficace ed effettiva applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

Per questo motivo, il delicato ruolo di garanzia attribuito alle Autorità Indipendenti può sfociare in abusi di potere, visto che ad esse vengono affidati interi settori del mercato o il mantenimento dell'ordine dello stesso.

Il sindacato giurisdizionale ha un ruolo fondamentale nell'evitare dunque che un'Autorità, per quanto legittimata possa essere, oltrepassi il limite dei compiti ad essa attribuiti *ex lege*, trasformando la propria discrezionalità in potere arbitrario, assoluto e come tale illegittimo.

Alla luce di quanto sopra, le Autorità di garanzia sono state istituite per poter rendere l'azione amministrativa maggiormente idonea ad assicurare la convivenza pluralistica dei valori e dei diritti costituzionalmente garantiti.

In tal modo viene superata la prevalenza dell'interesse pubblico sugli altri interessi in gioco, in favore del contemperamento di tutte le situazioni giuridiche coinvolte, al fine di addivenire ad un sistema maggiormente democratico e un assetto pluralistico.

Pertanto si è reso necessario, ai fini della realizzazione di tale assetto, l'istituzione di un'Autorità imparziale e neutrale la quale si basava su un nuovo modello di amministrazione, caratterizzata da professionisti dotati di alta conoscenza e competenza tecnica e indipendenti dalla politica<sup>38</sup>.

Infatti, il precedente sistema normativo non era più in grado di tutelare adeguatamente il singolo (cittadino, consumatore o utente); in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale espresso nell'art. 3 della Costituzione, si è ritenuto doveroso procedere alla rimozione degli ostacoli che

---

<sup>38</sup> G. GUARINO, *Le Autorità Garanti nel sistema giuridico*, (Atti convegno di Sorrento 30.5.1997 - Associazioni Italiana Costituzionalisti), 1997; cf. inoltre BEDOGNI, C. RABITTI, P. BARUCCI, *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli Editore, 2010.

limitavano di fatto la libertà dei cittadini o ne impedivano il loro sviluppo e partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale.

La dottrina ha avuto modo di enfatizzare che l'avvento di queste Autorità non sia sfociato solo in una riduzione dell'area del pubblico, ma abbia prodotto una ridefinizione sostanziale e formale determinando una riallocazione della sfera pubblica e dell'azione amministrativa. Quest'ultima, pertanto, esprime sempre più un ruolo di garanzia e di controllo degli interessi meritevoli di tutela, permettendo la realizzazione collettiva, mantenendosi nel rispetto dei dettami del mercato.

La riduzione dell'intervento (diretto) nel mercato, nella sua economia e il conseguente alleggerimento delle funzioni operative economiche statali, permettono un migliore risultato dal punto di vista qualitativo nelle altre attività amministrative, nei procedimenti e dunque nei provvedimenti finali.

Va sottolineato riguardo al modello organizzativo che la definizione di Autorità indipendente non è univocamente espressa in una disciplina specifica, ma è stata tracciata secondo criteri generali o linee guida che tentano di indicare una sorta di "cornice esterna" allo sfuggente modello di amministrazione indipendente, tenendo comunque conto delle differenti tipologie di Autorità istituite.

Tali criteri sono frutto di intuizioni dottrinarie e scaturiscono da modelli di *authority*<sup>39</sup> presenti in altri Stati come sopra delineato. Alla luce di tali criteri generali, si ribadisce che i caratteri essenziali delle Autorità Indipendenti sono l'indipendenza e la neutralità.

---

<sup>39</sup> Si rimanda a quanto detto nelle precedenti pagine introduttive in merito all'origine storica di tale modello di matrice anglosassone.

Il primo dei due citati è riferito alla posizione di indipendenza nei confronti del Governo e dunque dagli orientamenti e dalle influenze della politica; tale carattere risulta fondamentale per l'espletamento di un compito delicato come quello affidato alle Autorità Indipendenti.

Dal punto di vista teleologico, questo tipo di indipendenza è realizzabile in quanto le Autorità, oggetto di disamina, ricercano un risultato individuato "oggettivamente" dalla norma, senza alcuna necessità di "sollecitazioni" provenienti da fattori esterni o da qualsivoglia contaminazione interpretativa; ma si evince come tale posizione con una così forte connotazione discrezionale, renda necessaria un livello di garanzia e vigilanza da concretarsi ad opera dell'attività giurisdizionale.

Di convesso, il requisito della neutralità richiama la non appartenenza, in qualità di operatore, a quel determinato settore rispetto al quale l'Autorità è chiamata a vigilare, predisponendone la regolazione.

Per quanto attiene le situazioni anti concorrenziali e in quanto tali illecite e sanzionabili, la norma enuclea tre tipologie di situazioni vietate: intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni.

Le prime, restrittive della concorrenza, si possono riscontrare in accordi formali concordati tra imprese o deliberazioni istitutive di consorzi o associazioni, aventi come effetto la riduzione dell'incentivo ad operare con efficienza all'interno del mercato nazionale.

Le posizioni dominanti di per sé non sono vietate, tuttavia vi sono dei limiti comportamentali per le imprese, che non devono mai sfruttare la loro posizione di vantaggio per alterare le regole del mercato.

Per quanto riguarda le operazioni di concentrazione, le imprese interessate non devono superare determinate soglie di fatturato, e nel caso lo superino,

hanno l'obbligo di comunicarlo preventivamente all'Autorità che valuterà l'impatto sulla concorrenza e sul mercato.

Dunque, l'Autorità Antitrust ritrova tipizzate nella norma le situazioni vietate, esercitando una scelta discrezionale e valutando se la situazione che si concreta in quel momento storico all'interno del mercato, sia riconducibile o incasellabile nella categoria predeterminata dalla legge. Stessa sorte nel caso della discrezionalità della Pubblica Amministrazione che esercita il suo potere soprattutto in una "fase di mezzo" nel procedimento. Per meglio comprendere, questo tipo di sequenza procedimentale è stata creata la seguente formula felice "*norma - fatto - potere sull'an - effetto*"<sup>40</sup>; in tale sequela si evidenzia come vengano predeterminate *ex lege* sia le situazioni vietate, sia gli effetti che ad esse conseguono.

---

<sup>40</sup> PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991.

## **2. L'AGCM come Autorità amministrativa indipendente dotata di un modello organizzativo "moderno" e la sua attività di regolazione.**

In dottrina si è tentato di racchiudere il modello di amministrazione delle Autorità Indipendenti definendole <<*organizzazioni, costruite per lo svolgimento di funzioni di tipo pubblicistico, sostanzialmente "atipiche"*>><sup>41</sup>.

F.G. Scoca parla di amministrazioni indipendenti o Autorità di regolazione descrivendole come "*espressione della generale esigenza di garantire il corretto funzionamento e la stabilità di un settore di mercato*". Dunque, tale tipo di amministrazione non agisce *nel* mercato, erogando un determinato servizio, bensì agisce *per* il mercato come garante del corretto funzionamento del modello concorrenziale, e dunque, come garante del mercato stesso.

Per la miglior riuscita di tale funzione di garanzia e per far sì che il mercato sia stabile e permetta la realizzazione della libertà di iniziativa economica privata, l'Autorità Indipendente, adibita a garanzia di determinati settori del mercato, è stata dotata di poteri che le permettono di stabilire le regole che essa ritiene maggiormente adatte alla sua materia di competenza, nel rispetto delle stesse da parte di tutti gli operatori di quel determinato settore di mercato.

Ad ulteriore rafforzamento del potere amministrativo e di garanzia che le viene affidato, l'Autorità Antitrust, per "gestire" il corretto svolgimento della vita economica del Paese, possiede anche un importante potere di

---

<sup>41</sup> G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1996.



risoluzione delle controversie; quest'ultimo è stato ad essa affidato in un'ottica deflattiva, per evitare che ogni singola controversia sfoci in un contenzioso giurisdizionale.

Per quanto attiene la distinzione tra tipologie di Autorità Indipendenti, si evidenziano le Autorità di garanzia e le Autorità di regolazione, inglobando nelle prime quelle operanti in regime di esclusiva e nelle seconde quelle che agiscono in regime concorrente con il Governo; ulteriore criterio distintivo individuato dalla dottrina risalente in riferimento alla bipartizione suddetta riguarda l'elezione dei membri che compongono tali Autorità.

Infatti, secondo tale tesi, nel caso delle Autorità di garanzia i componenti sono scelti dai Presidenti di Parlamento e del Senato<sup>42</sup>; invece nelle Autorità di regolazione il Governo ha un ruolo "attivo" degno di nota, in quanto si ricorda, queste ultime Autorità operano in concorrenza con il Governo, non in esclusiva. Nel caso dell'AGCM, (anche denominata "Autorità Garante") i caratteri di indipendenza e garanzia trovano il loro fondamento nell'art. 10 della L.278/1990 (c.d. legge antitrust) che prevede la nomina dei suoi componenti ad opera dei presidenti delle due Camere. Si delinea in tal modo un nuovo organismo recalcitrante all'inquadramento nell'ambito dei poteri tradizionali dello Stato e dotato di funzioni "piene" che, a norma dell'art. 10 al comma 4 della citata legge, ne fanno un'Autorità competente per la tutela della Concorrenza e del Mercato.

Per quanto attiene i compiti e le funzioni delle due tipologie di Autorità Indipendenti appena delineate, da un lato si osserva come le Autorità garanti abbiano il compito di agire tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive in gioco in quel particolare settore, rispettandone la loro tutela in

---

<sup>42</sup> A. CIANCIO, *Riforma elettorale e ruolo garantistico del presidente di Assemblea parlamentare: un modello in crisi?*, in Dir. E Soc., 1996.

base alla rilevanza e meritevolezza (che si può desumere dalla Costituzione e dalle norme comunitarie) senza avere come fine ultimo il raggiungimento del pubblico interesse.

D'altro canto, si ritiene invece che alle Autorità regolatrici spetterebbe il compito di contemperare e bilanciare i vari interessi in gioco con l'interesse pubblico, e secondo quest'ultima impostazione tali Autorità sarebbero quelle dotate di maggiore affinità con l'amministrazione tradizionale.

In sintesi, l'attività affidata alle Autorità regolatrici, secondo tale definizione, sarebbe improntata ad un esercizio di una discrezionalità amministrativa<sup>43</sup> e non di una discrezionalità tecnica.

La bipartizione Autorità di Garanzia e di Regolazione è stata comunque ritenuta spesso non esaustiva e non aderente alla reale situazione delle varie Autorità presenti in Italia, basti pensare al fatto che la funzione di regolamentazione affidata alle Autorità di regolazione può essere riscontrata anche in alcuni dei compiti svolti da un'Autorità garante, come la Consob.

---

<sup>43</sup> La distinzione tra discrezionalità tecnica ed amministrativa in dottrina è stata anticipata da celebri Maestri del diritto amministrativo, in un clima dottrinario in cui spesso si tendeva a ritenerle sovrapponibili, Ranelletti espresse il suo pensiero, affermando che debbano essere distinti questi due tipi di discrezionalità, in quanto se si parla di contemperamento tra ciò che è l'interesse pubblico e le situazioni giuridiche soggettive o gli interessi privati in gioco, non si possa essa definire una discrezionalità tecnica, che invece è solo volta al rispetto delle regole. Si ricorda che l'assimilazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa è venuta meno con la celebre sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 601 del 1999, che ha segnato una delle prime tappe dell'evoluzione dal sindacato giurisdizionale di tipo estrinseco ad uno di tipo intrinseco (nascendo da questa pronuncia l'utilizzo della dicotomia sindacato giurisdizionale "di tipo forte" o "debole"). Quest'ultimo punto verrà approfondito nel proseguo del presente scritto.

Vi è un punto fondamentale che invece accomuna le due tipologie di Autorità: l'elemento unificante ovvero il punto di partenza proviene dal basso e non dall'alto, ossia dalle esigenze di mercato o del settore su cui devono vigilare. Dunque, tale elemento unificante per il *genus* delle Autorità indipendenti è rinvenibile nel compito di tutela dei diritti di libertà, che nel caso dell'Autorità Antitrust è rappresentato dal diritto di libertà economica privata, che ne costituisce la *species*.

Si osserva inoltre come parte della dottrina ritenga che le Autorità di garanzia dovrebbero solo attenersi a garantire e far rispettare le regole agli operatori del mercato a tutela delle situazioni giuridiche soggettive (sia che siano appartenenti a consumatori, utenti o realtà associative, quali ad esempio le associazioni di consumatori). Tale controllo del rispetto delle regole sembra rientrare nel concetto di un'attività caratterizzata da discrezionalità tecnica, in quanto scevra da qualsivoglia contemperamento con qualsiasi fenomeno socio-politico o comunque sottratta alla ponderazione del miglior risultato volto all'interesse pubblico amministrativo.

La distinzione appena descritta non è l'unica ad essersi fatta strada nelle numerose opinioni che si sono susseguite in merito alle Autorità indipendenti. Infatti, un filone interessante interpretativo elenca una tripartizione di Autorità con compiti di: aggiudicazione; amministrative attive ed una terza Autorità avente compiti che la pongono "a metà strada" tra le prime e le seconde<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, op. cit. pp. 647-648 e ss.

In questa tripartizione, l'AGCM verrebbe collocata nella prima tipologia di Autorità, ossia quella con compiti di "aggiudicazione" e dunque non di regolazione del mercato.

Il legislatore, vista la molteplicità di tesi dottrinali sulla natura delle Autorità indipendenti in relazione ai compiti ed al tipo di struttura organizzativa, per evitare che si potesse dubitare della natura amministrativa di tali Autorità, intervenne mediante la legge n. 205 del 21 luglio del 2000. In particolare all'art. 4, è stato istituito un rito dinnanzi al giudice amministrativo, in materia di ricorsi avverso i provvedimenti delle Autorità Indipendenti.

Dinnanzi al concetto di "regolazione" si avverte subito l'ampiezza della sua portata. Premettendo brevi cenni a ciò che sarà oggetto di disamina, si può tentare di darne una definizione, citando una breve proposizione avanzata da Zito, ossia "*qualsiasi ingerenza di un pubblico potere nella sfera dell'economia*"<sup>45</sup>.

Interpretando<sup>46</sup> la regolazione sotto un ampio spettro - come già anticipato nelle pagine introduttive - si può azzardare un'interpretazione che vede inglobata in tale concetto la totalità dell'ingerenza dei pubblici poteri all'interno dell'ambito economico.

Dall'altra, parte della dottrina, per evitare di ridurre la connotazione di tale concetto, ha cercato di poter giungere ad una sua "specificazione" individuando la "regolazione" in senso (tendenzialmente) stretto.

Per poter procedere su questo cammino, è necessario analizzare la distanza che intercorre tra l'attività di regolazione e la disciplina della concorrenza.

---

<sup>45</sup> A. ZITO, v. cit.

<sup>46</sup> A. ZITO, voce " *Mercati (regolazione dei)* ", Giuffrè, 2010.

Secondo autorevole dottrina, tale tratto che intercorre tra di esse è riconducibile alla prodromica esistenza del mercato per quanto riguarda la disciplina della concorrenza e l'irrelevanza della sua esistenza per quanto attiene l'attività di regolazione.

Per maggior chiarezza espositiva si specifica che nel caso dell'attività di regolazione si mira ad ottenere risultati ed obiettivi che pur in assenza di un mercato vengano comunque garantiti; oppure in sua presenza, si continuerebbe a perseguire i medesimi fini.

Nella disciplina antitrust, invece, si ricerca una ottimizzazione del mercato, andando ad intervenire ed operare in quelle situazioni di fallimento<sup>47</sup> dello stesso, neutralizzando le eventuali distorsioni del modello economico concorrenziale<sup>48</sup>.

Per voler tracciare una linea maggiormente essenziale della difficoltosa distinzione in questione, prendendo in prestito dalla disciplina civilistica, e nello specifico dalla materia contrattualistica, si potrebbe citare analogicamente, la distinzione tra gli elementi essenziali o accidentali del contratto<sup>49</sup>. Per quanto attiene l'attività di regolazione, il mercato sarebbe

---

<sup>47</sup> RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di CASSESE, V, Milano, 2006.

<sup>48</sup> Nel caso dell'Italia, trattasi del modello concorrenziale.

<sup>49</sup> Cf. artt. 1325 e ss. Cod. Civ. Lo stesso si potrebbe fare utilizzando come riferimento gli elementi essenziali o accidentali dell'atto amministrativo.

Per chiarezza espositiva, si rammenta che per elemento essenziale (nel caso ad esempio del contratto: l'accordo delle parti [1326]; la causa [1343]; l'oggetto [1346]; la forma) si intende quell'imprescindibile "atomo" senza cui non si può parlare di contratto valido, mancando, dunque, un elemento essenziale siamo in presenza di un contratto nullo. Per "accidentale" si intende quell'elemento non necessario per la validità di un atto o di un provvedimento (nel caso del contratto sono elementi accidentali il termine ed il modo).

un "elemento accidentale" di quella determinata attività, ove la sua presenza non è d'obbligo per potersi esercitare l'attività di regolazione; per quanto riguarda la disciplina antitrust, invece, il mercato ne costituisce l'elemento essenziale senza il quale la disciplina antitrust non avrebbe una valida ragion d'essere.

Elemento comune tra i due tipi di concetti (o attività) può essere rinvenuto nell'elemento teleologico, ossia il fine comune di ottenere dei risultati che (in presenza o meno di un mercato) conducano ad un equilibrio economico e sociale.

In buona sostanza, l'attività di regolazione consisterebbe nella conformazione di determinate attività volte al raggiungimento di obiettivi che solo in tal modo possono essere raggiunte<sup>50</sup>.

L'attività di conformazione, che a prima vista potrebbe essere confusa con l'attività di regolazione, è rievocata nelle parole della nostra Costituzione all'art. 41 comma 2, ove si sostanzia nel limite esterno dell'utilità sociale per l'iniziativa economica privata<sup>51</sup>.

Se si dovesse accogliere la visione per cui l'attività di regolazione sia un'espressione dell'attività di conformazione, la prima perderebbe di

---

<sup>50</sup> A. ZITO, V. Cit.

<sup>51</sup> Principio costituzionalmente garantito e sempre più forte alla luce dell'abbandono del modello del c.d. Stato "imprenditore" ed operatore diretto in ambito economico. Per alcuni rimandi sul modello appena citato: E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Vol. 18. Mursia, 1977; e per un excursus storico del modello economico italiano cf. V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia: dall'Ottocento ai giorni nostri*, (Vol. 619) Einaudi, 1995; F. AMATORI e A. COLLI, *Impresa e industria in Italia: dall'Unità a oggi*, Marsilio Editori, 1999.

autonoma utilità semantica e sarebbe solo un'espressione priva di consistenza propria.

Tale difficoltà viene superata dall'argomentazione secondo cui l'attività di conformazione si incasellerebbe nella dialettica tradizionale dell'amministrazione, ossia nel costrutto giuridico "Autorità-libertà" e l'attività di regolazione verrebbe affidata a soggetti amministrativi dotati di indipendenza e neutralità.

In conclusione, l'attività di regolazione in quest'ottica assurge ad autonoma collocazione giuridica (discostandosi dalla posizione che la farebbe apparire come *species* del *genus* "attività di conformazione") in ragione della tipologia di istituzione pubblica preposta al suo esercizio ovvero l'Autorità indipendente<sup>52</sup>.

In buona sostanza, per meglio capire come si possa avvicinare la disciplina antitrust alla (fin'ora apparsa "distante") attività di regolazione, è necessario specificare il concetto di mercato traendo dalla dottrina i migliori spunti per poter cogliere gli aspetti maggiormente rilevanti.

Punto di partenza imprescindibile è rappresentato dalla definizione di mercato come "sistema" dell'economia nel quale coesistono rapporti economici e sociali che nascono grazie all'iniziativa economica privata<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> M. MANETTI, *Le Autorità indipendenti*, Editori Laterza, 2007; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo: Rivista Trimestrale* n. 4, pagg. 703-778, 2007; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, pagg. 265-285, 2006.

<sup>53</sup> Il mercato è dunque rappresentazione concettuale "unica" dell'insieme dei rapporti economici e sociali. Non esiste infatti un sistema alternativo al mercato, che può definirsi l'unico sistema "contenitore" di tutte le relazioni e dei rapporti economici e sociali. Verrebbe quasi da essere creativi ed ipotizzare la possibilità di definirlo come contenitore concettuale in situazione di

L'attuale modello di riferimento, c.d. naturale, è connotato da un'organizzazione volta a rimuovere le differenze tra i vari operatori, con il fine di realizzare una piattaforma “aperta” anche grazie all'influenza dei dettami comunitari, infatti quando si è in presenza di una situazione ben regolamentata e concorrenziale, il risultato che ne deriva è la miglior allocazione possibile delle ricchezze e dei beni oggetto di consumo che esalta la più volte citata libertà di iniziativa economica privata per gli operatori e la libertà di scelta per i consumatori.

Stante ciò, l'equilibrio ed il corretto andamento del mercato naturale (*rectius*: mercato regolato<sup>54</sup>) creano una situazione di libertà per tutti i soggetti interessati e tutelano le varie situazioni giuridiche economiche, evitando in tal modo che si falsi il regolare svolgimento del *gioco* della concorrenza<sup>55</sup> impedendo altresì che la libertà costituzionalmente garantita dall'iniziativa economica privata divenga un pretesto per la realizzazione di eccessi di potere.

Infatti, perché si realizzi un corretto bilanciamento tra l'interesse dell'operatore economico e la libertà di scelta del consumatore, preme ricordare che all'aumento eccessivo del potere del primo corrisponde un restringimento della libertà del secondo<sup>56</sup>. L'AGCM e la relativa disciplina

---

monopolio (in quanto unico sistema); ma è preferibile non allontanarsi dall'oggetto di tale scritto.

<sup>54</sup> C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.

<sup>55</sup> S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 4(2), pp. 265-276, 2002.

<sup>56</sup> GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997.



antitrust sono dunque poste a presidio della garanzia di un'equa allocazione delle risorse.

In conclusione di questa breve trattazione in merito alla regolazione e all'attività antitrust, preme sottolineare un ultimo aspetto richiamando le recenti pronunce del TAR nonché quelle del massimo consesso Amministrativo nei quali si statuisce come l'AGCM non possa sostituire un assetto regolatorio (che considera anticompetitivo) con un altro assetto che ritiene migliore, stabilendo dei limiti che l'Antitrust deve rispettare nell'esercizio delle sue funzioni, ivi compresi i poteri di diffida e di accettazione degli impegni.

Per quanto concerne il potere di diffida, esso dev'essere volto a riportare l'equilibrio nel mercato, non già a modificarne l'assetto; in linea allo svolgimento di quella attività con funzione ripristinatoria che ha il fine di proteggere il corretto andamento del mercato dalle distorsioni provocate dagli illeciti antitrust. Si ristabilisce in tal modo un rinnovato equilibrio, riportando il mercato a quelle condizioni presenti prima dell'accadimento di situazioni anticoncorrenziali e distorsive<sup>57</sup>.

Dunque, non si può in questa sede ritenere in alcun modo che l'AGCM assuma "connotazioni dirigistiche" perché le medesime snaturerebbero la sua stessa istituzione e la ragione per cui è stata posta a garanzia del mercato<sup>58</sup>. Se così non fosse si rischierebbe di lasciare all'AGCM un potere che tramite l'esercizio della sua funzione, porterebbe la tutela di singoli concorrenti e non invece dell'intero assetto concorrenziale e del mercato.

---

<sup>57</sup> Cons. di St., Sez. VI, 6 novembre 2006, n. 6522.

<sup>58</sup> Si vedano a riguardo il Cons. di St., Sez. VI, 12 agosto 2004, n.5638.

Per quanto attiene invece, all'accettazione degli impegni da parte dell'Autorità Antitrust, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo un provvedimento di approvazione impegni<sup>59</sup>, in quanto con quest'ultimo era stato modificato profondamente l'assetto del mercato in materia di soccorso autostradale. Nel caso *de quo*, con tale provvedimento veniva introdotto un sistema di gare per poter accedere al mercato, in luogo del precedente assetto che si concretava in un mercato aperto a tutte le imprese dotate di autorizzazione. In questo caso l'Antitrust stava oltrepassando i limiti delle sue funzioni, eccedendo la sua sfera di competenza.

Nel 2009, il TAR Lazio<sup>60</sup> ha ribadito il concetto, sottolineando come l'approvazione degli impegni poteva portare l'Autorità Antitrust ad esercitare un potere regolatorio finalizzato a decidere le "*prescrizioni orientative dell'agere degli operatori*". Con ciò l'Antitrust aveva realizzato, a parere del TAR, un intervento "manipolativo", modificatore delle coordinate di accesso al mercato (come già avvenuto nel provvedimento relativo all'autosoccorso del 2008 su citato) eccedendo i propri poteri di vigilanza, controllo e verifica del corretto andamento del mercato e della concorrenza.

Alla luce degli espressi orientamenti giurisprudenziali, si può dunque ritenere corretto il seguente assunto: l'AGCM per svolgere correttamente il proprio compito, deve esercitare la sua funzione arbitrale e ripristinatoria,

---

<sup>59</sup> Si veda il caso A391 e il relativo provvedimento AGCM n. 19021, 23 ottobre 2008, Servizi di soccorso autostradale, in Boll. N. 40/2008. Per approfondire la tematica dello strumento degli impegni ed il controllo giurisdizionale sullo stesso si veda M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), 20 anni di Antitrust, cit., pp. 385 e ss.

<sup>60</sup> TAR Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994 e si veda inoltre la pronuncia del TAR Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2013, n.1742, in tema di commercializzazione delle arte SIM.

senza mai eccedere in determinazioni "regolatorie" che trasformerebbero il suo intervento da strumento di riequilibrio a strumento di regolazione e conformazione del mercato<sup>61</sup>.

Alla luce di quanto esposto sulla scia delle autorevoli pronunce ivi richiamate, non pare troppo audace asserire che l'Autorità Antitrust sia un'Autorità prevalentemente di garanzia con alcune funzioni di regolazione.

---

<sup>61</sup> L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma 25-26 settembre 2013.cit.

### **3. Monopolio e concorrenza: due modelli a confronto.**

Le considerazioni appena trattate sulla definizione del tipo di attività svolta dall'AGCM, ci consentono di descrivere il modello concorrenziale e i motivi per cui quest'ultimo venga preferito a quello monopolistico. In entrambi i modelli è presente la posizione giuridica di autonomia privata, ma è interessante notare come questi abbiano un andamento diametralmente opposto.

Iniziando la nostra analisi dal modello concorrenziale si evince come in quest'ultimo venga rispettata l'autonomia decisionale sia degli operatori che dei consumatori, è dunque un'autonomia efficace con delle ricadute concrete sugli operatori che producono effetti giuridici autonomi e non condizionati o soggetti a lesioni da parte dei poteri forti del mercato (almeno tendenzialmente parlando).

Secondo il modello monopolistico, invece, avviene una sorta di "svuotamento" di quella autonomia che è concessa ai privati ed agli operatori tutti, proprio per la presenza di poteri predominanti che decidono sostanzialmente le determinazioni che formalmente spettano a ciascun operatore del mercato ed interferiscono orientando le volontà dei consumatori, determinando autoritativamente la sorte degli interessi economici delle parti<sup>62</sup>.

Può sorgere spontaneo l'interrogativo per il quale il modello concorrenziale debba essere quello preferito, a ciò si adduce come prima constatazione che

---

<sup>62</sup> Per approfondire il modello monopolistico si segnalano: S. LOMBARDINI, *Il monopolio nella teoria economica*, Società Editrice "Vita e pensiero", 1953; F.Y. EDGEWORTH, *La teoria pura del monopolio*, in *Giornale degli economisti* (1897); P. BARCELLONA, *Stato e mercato: fra monopolio e democrazia*, in Vol. 10. De Donato, 1976.

tale modello è più efficace in un'ottica di redistribuzione delle ricchezze<sup>63</sup>, e pure maggiormente democratico e aderente ai principi costituzionali (*in primis*, artt. 3 e 41 Cost.).

Riprendendo le fila sulle considerazioni relative al ruolo regolativo affidato ad una Autorità indipendente, piuttosto che ad una amministrazione tradizionale, questa scelta pare giustificata dal fatto che l'Autorità amministrativa indipendente sia dotata di una forma organizzativa e di funzioni differenti che permettono di poter sviluppare un'attività maggiormente efficiente ed efficace rispetto a quell'amministrazione *classica*, sottoposta ad influenze politiche o governative.

A ben vedere, il compito dell'Autorità Antitrust si sostanzia nell'evitare che si verifichino situazioni anticoncorrenziali che lederebbero la capacità relazionale degli attori del mercato, la loro autonomia decisionale e ne orienterebbero le decisioni producendo un mercato oligopolistico o monopolistico.

Tramite l'AGCM si realizza un mercato "regolato"<sup>64</sup> e in quanto tale scevro (per quanto possibile) dalle disuguaglianze derivanti dalle differenze economiche degli operatori, in quanto essa svolge una funzione organizzativa<sup>65</sup> di rimozione degli ostacoli economico-sociali, sempre

---

<sup>63</sup> Consapevole che nel presente scritto non si possa tracciare esaustivamente un quadro dell'argomento, si rimanda ad importanti contributi che descrivono e analizzano i modelli di mercato sottolineando l'importanza di una distribuzione ottimale delle ricchezze all'interno del mercato: cf. O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies*, New York, 1975; G. HOFSTEDE, M. MINKOV, *Cultures and organizations*. New York: McGraw-Hill, 1997.

<sup>64</sup> GUARINI, *op. cit.*

<sup>65</sup> Rientrando nella categoria dell'attività amministrativa, cf. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998.

limitata dalla preliminare determinazione *ex lege* delle situazioni da dover interdire ed eventualmente sanzionare.

Appare opportuno rilevare come nel nostro sistema vi sia la possibilità, per i soggetti interessati, di opporsi ai provvedimenti antitrust innanzi al giudice stante la legittimazione ad agire riconosciuta sia agli imprenditori che ai consumatori<sup>66</sup>.

Secondo la teoria della scuola neoclassica, la concorrenza perfetta era raggiungibile tramite la presenza di condizioni concomitanti che garantissero la possibilità di raggiungere un equilibrio ove le risorse -o, se si preferisce, i beni e servizi presenti nel mercato- fossero allocate nel miglior modo possibile.

Per potersi realizzare tale tipo di teoria, dunque, si dovrebbe ipotizzare un contesto ideale non concretizzabile di fatto nell'economia "reale", un contesto nel quale vi sia la presenza di un'elevata uniformità di tutti i prodotti offerti, senza l'esistenza di operatori che tentino di attuare un restringimento o impedire l'ingresso nel mercato a nuovi concorrenti.

Purtroppo quanto appena delineato appartiene ad una sfera ideale, spesso, infatti, l'Autorità Antitrust si trova a diffidare quelle imprese che creano contrazioni o sbarramenti nel mercato, o qualsiasi altra azione che renda difficoltoso l'ingresso nel mercato stesso di nuovi operatori, tutto ciò al fine

---

<sup>66</sup> A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, 1998; per quanto riguarda la giurisprudenza rilevante, si veda: Cons. St. Sez. VI 27 dicembre 2006, n.7972; Cons. St. Sez VI, 29 maggio 2006, n. 3272.

di mantenere il miglior equilibrio possibile, pur in presenza di un contesto di concorrenza, che a tal punto non può quindi definirsi perfetta<sup>67</sup>.

D'altro canto vi è una tipologia del modello concorrenziale che pare convincente sotto il profilo della realizzabilità, la c.d. "Concorrenza Efficace" "*workable competition*" è un concetto assai interessante che apre alla possibilità di ritenere una imperfezione del mercato come non sempre dannosa.

Questo tipo di concorrenza sembra aver ispirato il legislatore nel momento in cui ha concesso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quel potere discrezionale che, in particolari casi, può consentire delle operazioni, che normalmente sarebbero diffidate o sanzionate, affinché vengano permesse per un certo lasso di tempo, in un'ottica di risultato a favore dei consumatori.

All'interno della "concorrenza efficace", si ha dunque quella possibilità di ritenere un'imperfezione del mercato o una situazione anticoncorrenziale, come una situazione non oggettivamente dannosa per il funzionamento del mercato.

Infatti, è possibile che un comportamento anticoncorrenziale di concentrazione tra due società di grande rilevanza operanti a livello

---

<sup>67</sup> La pura concorrenza nella dottrina economica è risultata "impossibile", a conferma di ciò si veda: J.K. GALBRAITH, *American Capitalism*, 1952.

A. POLICE, op. cit. richiama il celebre scritto di J. M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, in *The American Economic Review*, vol. XXX, n.2, 1940 pp. 241 e ss. L'Autore parla di concorrenza efficace (*workable competition*) secondo cui per correggere un'imperfezione del mercato non sia sempre necessario ricorrere alla politica della concorrenza, ma si possa neutralizzare le imperfezioni per opera di altre imperfezioni agenti in modo congiunto.

nazionale, che si concreta in una perdita di indipendenza di uno dei due attori economici, possa essere occasione di miglioramento dell'offerta nel mercato (*rectius*: per il consumatore). A scopo esemplificativo, si pensi, alla scoperta di una procedura che porti allo snellimento di un processo di realizzazione di un prodotto o alla creazione dello stesso in un modo più innovativo. La naturale conseguenza di un tale cambio di rotta determinerà necessariamente un risparmio in termini di tempo e risorse che inciderà positivamente sul prezzo finale del prodotto, a beneficio del consumatore finale.

Altro elemento di rilievo ai fini della trattazione in oggetto è l'analisi dell'ordine naturale del mercato. Quest'ultimo non sempre è sinonimo di efficienza o benessere per i consumatori, anzi, si rinvengono, già negli scritti degli economisti di fine Ottocento<sup>68</sup>, delle tesi in cui si evidenzia la debolezza di tale assunto, osservando come al crescere delle dimensioni delle imprese non corrisponda una congrua allocazione delle risorse ed un giusto equilibrio tra gli operatori del mercato, ma al contrario possa verificarsi una riduzione delle possibilità di competizione per gli altri operatori.

Alla luce degli attuali progressi in campo economico, non si può quindi ritenere, pur essendo la concorrenza strettamente legata al concetto di mercato, che il mercato naturale sia "automaticamente" libero e garantista della iniziativa economica privata, anche perché laddove venga concesso alle imprese di compiere ogni attività (senza un debito controllo o un'attenta vigilanza) possano verificarsi delle situazioni di concentrazione di potere produttive di oligopoli o monopoli. Per il miglior andamento del

---

<sup>68</sup> A. MARSHALL, *Principles of Economics*, 1890, tradotto in italiano (Utet), *Principi di Economia*, Torino, 1905.



mercato, un criterio chiave per l'operato dell'AGCM è l'efficienza. La disciplina antitrust e l'attività svolta dalla suddetta Autorità è finalizzata a conciliare due scopi principali che devono essere sapientemente commisurati e bilanciati tramite delle scelte "politiche"<sup>69</sup>.

Tuttavia, non si vuole dare adito a ritenere che il funzionamento della concorrenza preveda una forma di bilanciamento "assistenzialista" per quelle imprese che non riescano a perdurare nel mercato, vero è che il compito dell'AGCM è quello di garantire che venga concessa l'iniziativa economica e la possibilità di ingresso nello stesso a tutti gli attori, ma è altresì vero che il corretto funzionamento della concorrenza permetterà alle società meglio organizzate ed efficienti di sfruttare in modo produttivo le economie di scala e di riflesso determinerà la scomparsa di quelle imprese meno efficienti.

In un mercato in cui viene permesso ed incentivato lo sviluppo delle imprese più innovative, organizzate e particolarmente capaci (con sempre più elevati standard di qualità ed economicità) deve essere comunque garantita la salvaguardia del sistema concorrenziale al fine di evitare che si creino delle situazioni anticoncorrenziali e lesive dell'iniziativa economica privata.

Per questo, l'attività svolta dalle Autorità Garanti e nello specifico dall'Autorità Antitrust si concreta in una attività "politica" che sotto alcuni aspetti sembra prendere le distanze dallo svolgimento della funzione amministrativa di garanzia che le è affidata<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> A. POLICE, op. cit.

<sup>70</sup> A. POLICE, op. cit.

Tale attività si può enucleare in due passaggi fondamentali di intervento: il primo riguarda la produzione di regole, le linee guida e i criteri volti a conservare il sistema concorrenziale e a rafforzarlo, evitando in tal modo quei comportamenti distorsivi e anticoncorrenziali. Il secondo tipo di intervento si concreta in un'attività di tutela e di vigilanza sulla reale applicazione dei predetti criteri e regole disposte dalla medesima Autorità, diffidando quegli operatori che pongono in essere dei comportamenti devianti, e nel caso questi non ottemperino, sanzionandoli<sup>71</sup>.

La disciplina antitrust e la concorrenza sono quindi divenute un'esigenza *in crescendo*, considerato lo sviluppo della produzione industriale e degli scambi commerciali tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Infatti, a seguito dell'istituzione della disciplina antitrust (appena 3 anni dopo) si realizzò il mercato unico europeo, nel quale tutte le imprese dell'Unione Europea operavano in concorrenza tra loro senza soffrire più la presenza delle barriere e dei limiti che impedivano il libero svolgimento degli affari tra i vari Stati.

In questo modo, nel giro di pochi anni, ci si è trovati ad osservare una evoluzione delle imprese che sempre più crescevano di dimensione e che all'aumentare della concorrenza si trovavano gioco forza a dover affrontare un processo di innovazione e di miglioramento della propria organizzazione, cercando di fornire un'adeguata offerta alla sempre più esigente domanda dei consumatori ed evitare così di vedersi relegate tra quelle imprese inadatte, destinate prima o poi a soccombere.

---

<sup>71</sup> Per un'analisi delle sanzioni amministrative si veda: R.GIOVAGNOLI e M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrine e giurisprudenza. Con CD-ROM*. Giuffrè Editore, 2009.

Alla luce di quanto esposto, si comprende come la disciplina antitrust sia fondamentale per il rispetto del modello concorrenziale all'interno del mercato. Modello atto ad assicurare un gioco imparziale produttivo di ricchezza incentivando in tal modo la crescita economica del Paese, garantendo un miglioramento delle prestazioni e dei prodotti oggetto di scambio, assicurando efficienza ed efficacia dei servizi offerti dagli operatori del mercato ed ottenendo conseguentemente l'equa ripartizione delle risorse per il benessere sia degli operatori che dei consumatori.

Per queste ragioni meglio si comprende il motivo e l'importanza dell'alto tasso di "politicità" che spesso si rinviene nelle decisioni e nei provvedimenti afferenti l'ambito antitrust<sup>72</sup>.

Come già ampiamente argomentato, il ruolo svolto dall'AGCM incide in modo decisivo nelle sorti economiche del Paese e non meraviglia il fatto che tale Autorità istituita *ad hoc* per tale compito, abbia diversi aspetti di particolarità, come una forte indipendenza, una neutralità quasi assoluta ed una componente di professionalità tecnica di alto livello.

Per le peculiarità della sua composizione, le funzioni ed il ruolo di garante del mercato, tale Autorità viene categorizzata come una tipologia di amministrazione "nuova" non incasellabile negli ordinari organi giurisdizionali o amministrativi, differente persino rispetto alle altre Autorità Indipendenti.

Le situazioni che si concretano nel mercato vengono vagliate dall'Autorità che verifica la bontà delle operazioni poste in essere alla luce degli illeciti

---

<sup>72</sup> A. POLICE, op. cit. pp. 4 e ss.

antitrust, valutando caso per caso lo svolgimento dei fatti e prendendo le opportune iniziative quali la diffida, laddove necessario<sup>73</sup>.

La discrezionalità nell'esercizio dell'operazione di valutazione delle situazioni su indicate è particolarmente complessa, non univoca e suscettibile di variare in relazione alle evoluzioni della scienza economica e della giurisprudenza, anche per questa ragione, come già accennato, è necessario che l'AGCM (che tra le altre rappresenta un modello più puro di Autorità Indipendente)<sup>74</sup> abbia degli elevati standard in termini di conoscenze tecniche.

Il tipo di valutazione discrezionale affidata all'Autorità mostra come ad essa sia affidata la determinazione di una situazione giuridica ed una risoluzione di diritti di una controversia, ma ancor più si evince come essa sia investita di una cura di più ampio spettro come l'interesse pubblico primario, ovvero la tutela della concorrenza e del mercato<sup>75</sup>. Da ciò si

---

<sup>73</sup> Come rilevato da autorevole giurisprudenza: *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2199, *RCAuto*; Cons. St. 2 marzo 2004, n.926 *Pellegrini/Consip*; l'Autorità esegue la fase della "contestualizzazione" delle norme e regole poste a tutela della concorrenza. Le norme si esprimono tramite "concetti giuridici indeterminati", spetta dunque all'AGCM verificare la corrispondenza tra gli elementi caratterizzanti l'illecito contestato e le regole espresse nella disciplina antitrust. La decisione o il provvedimento finale dell'AGCM è frutto di tale valutazione "politica" (nell'ottica di politica della concorrenza) e discrezionale.

<sup>74</sup> M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, p.78 e ss. ove riferisce la quasi assolutezza della neutralità delle funzioni ed una corrispondente indipendenza quasi totale sia dal potere politico governativo che dal potere economico.

<sup>75</sup> Tale affermazione si ricollega alla parte introduttiva del presente scritto, ove si citano brevemente le ragioni dell'istituzione dell'AGCM e l'importanza di tale Autorità in un contesto sociale che ha sempre meno fiducia nella politica e nella "macchina burocratica" dell'amministrazione tradizionale. In merito alla cura dell'interesse primario affidato all'AGCM

comprende l'importanza della discrezionalità affidata all'Autorità che deve valutare, per la cura dell'interesse primario, quali siano le situazioni lesive o quelle che alterino il già citato "gioco della concorrenza", altresì quale sia o cosa si possa concretamente intendere per "mercato rilevante", e all'interno di tale mercato, quale sia l'equilibrio ottimale tra domanda e offerta.

Tale esercizio della discrezionalità comporta una serie di complesse valutazioni di merito sfocianti in decisioni che sono il risultato (anch'esse) di scelte "politiche"<sup>76</sup>.

---

si veda autorevole dottrina: M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante*, op. cit.

<sup>76</sup> Cf. a favore di tale tesi, Cons. St., Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2199, *RCAuto*.

#### **4. Le situazioni anticoncorrenziali e i vari poteri dell'Antitrust.**

I poteri a disposizione dell'Autorità Antitrust utili per il miglior espletamento delle proprie funzioni e per il raggiungimento e l'attuazione dei propri scopi, si avviano con i poteri istruttori altamente penetranti che consistono nel chiedere in qualsiasi momento informazioni e documenti ad imprese, enti o persone; poteri di effettuare accertamenti ispettivi presso le imprese parti del procedimento anche con l'ausilio della Guardia di Finanza; nonché disporre perizie ed analisi economiche avvalendosi della collaborazione di esperti; può accadere che le imprese omettano di trasmettere i documenti richiesti ovvero di trasmettere informazioni non veritiere, in tal caso, l'Autorità ha i poteri di irrogare delle sanzioni pecuniarie; i poteri di indagine le permettono di agire, anche d'ufficio, e di disporre se del caso misure cautelari. A questi si affiancano, se la circostanza lo richiede, i poteri di diffida nei confronti di quelle imprese che pongono in essere situazioni anticoncorrenziali, un'attività che si conclude, nel caso l'impresa non voglia ottemperare alle indicazioni assegnatele, con l'irrogazione di una sanzione.

Un importante compito assegnato all'Autorità Antitrust è quello di "promozione" della concorrenza, con lo scopo di sollecitare nelle attività legislativa, regolamentare ed amministrativa, l'indicazione degli adeguamenti necessari sia nelle regole antitrust che nei principi concorrenziali, per una miglior realizzazione del "gioco della concorrenza".

Le situazioni che il legislatore ha tipizzato come categorie di illeciti antitrust su cui l'AGCM deve vigilare sono: le intese restrittive della libertà

di concorrenza<sup>77</sup>, gli abusi di posizione dominante<sup>78</sup>, e le operazioni di concentrazione<sup>79</sup>.

Per quanto attiene le prime si possono sostanziare in accordi formali tra imprese oppure in pratiche concordate di intese vietate, deliberazioni che istituiscono associazioni o consorzi con il risultato che gli operatori coinvolti armonizzano le loro azioni anziché competere tra loro, ad es. tramite la fissazione concordata dei prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali all'interno del mercato nazionale o in una parte

---

<sup>77</sup> Cf. Art. 2 comma 2 L. 287/1990, che descrive cosa si intende per intese restrittive della libertà di concorrenza: *"Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante"*.

<sup>78</sup> Cf. Art. 3 comma 1 L. 287/1990, che così delinea l'abuso di posizione dominante: *"È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante"*.

<sup>79</sup> Cf. Art. 5 comma 1 lett. a, b, c, che così recita: *"L'operazione di concentrazione si realizza:*

*a) quando due o più imprese procedono a fusione;*

*b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;*

*c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune."* . Ciò che emerge è che il precetto indicato negli articoli suddetti non permette una semplice individuazione del parametro legale cardine per poter compiere il controllo conformità/difformità delle condotte poste in essere dagli attori del mercato (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, op. cit.). Il parametro legale su cui effettuare la valutazione di conformità o difformità, ossia il sindacato (discrezionale) dell'Antitrust è indicato nelle locuzioni "il gioco della concorrenza", "le intese", "il mercato rilevante", "l'abuso di posizione dominante" e "le operazioni di concentrazione"; tali locuzioni non sono altro che "concetti giuridici indeterminati". Sulla base di tali concetti indeterminati l'Antitrust valuta discrezionalmente cosa è vietato e cosa non lo è.

rilevante di esso, ovvero quelle attività che impediscono o limitano diversi aspetti determinanti per gli attori del mercato come la produzione, l'ingresso al mercato, gli investimenti, l'innovazione, lo sviluppo tecnico o tecnologico, al fine di spartire porzioni di mercato tra loro.

Inoltre, si possono verificare intese restrittive anche nei rapporti commerciali nel momento in cui vengono poste condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; tali disequaglianze producono, dunque, ingiustificati svantaggi per alcuni operatori o persino situazioni in cui la conclusione del contratto è determinata dall'accettazione degli altri contraenti di prestazioni supplementari estranee (o anomale rispetto) all'oggetto del contratto stesso.

Ognuna di queste condizioni può determinare una lesione del "gioco della concorrenza" e di quell'equilibrio *ottimale* del mercato.

Riguardo l'abuso di posizione dominante, prima di circoscrivere tale categoria anticoncorrenziale, si ritiene necessario analizzare *in primis* l'impresa in posizione dominante; quest'ultima può essere definita come quell'operatore del mercato che si può comportare in maniera significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori, in quanto detiene quote elevate di mercato rilevante o del mercato nazionale.

Possiamo dunque affermare che la posizione dominante di per sé non è vietata, infatti, ciò che è vietato è il suo abuso, che si verifica quando l'attore del mercato sfrutta il suo potere a danno dei consumatori o dei concorrenti impedendo o limitando gli accessi al mercato, la produzione o lo sviluppo dei concorrenti anche tramite contratti più onerosi del dovuto,



ad esempio, quelli aventi al loro interno richieste di prestazioni supplementari<sup>80</sup> rispetto al reale oggetto del contratto.

Per concludere questa breve disamina sulle condotte anticoncorrenziali, si richiama l'ultima categoria ossia le operazioni di concentrazione. Queste si verificano quando due o più imprese procedono a fusione o acquisizione dando vita in tal modo ad un'impresa<sup>81</sup> ovvero quando un'impresa acquisisca il controllo di un'altra esercitando un'influenza determinante sull'attività di quest'ultima.

La lesione dei consumatori o delle imprese concorrenti può essere perpetrata da un'impresa non solo con le intese e gli abusi di posizione dominante attraverso la determinazione indiscriminata dei prezzi di mercato o con azioni che rendano particolarmente difficoltoso l'ingresso ad altri operatori nello stesso, ma può avvenire altresì, come già detto, attuando operazioni di concentrazione tra più imprese<sup>82</sup>. Una volta realizzata una operazione di concentrazione, l'impresa potenzialmente interessata è fortemente in grado di ridurre la concorrenza, in quanto la

---

<sup>80</sup> Ferma restando l'applicazione dell'art. 3 sull'abuso di posizione dominante, l'AGCM può intervenire anche quando ritenga una condotta rientrante nella categoria di "abuso di dipendenza economica" rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato (cf. art. 11 L. 5 marzo 2001, n. 57). Si intende abuso di dipendenza economica quando un attore del mercato è in una situazione tale da poter determinare nei propri rapporti commerciali con un altro imprenditore un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi; tale situazione di "dipendenza economica" è ritenuta tale, dopo un'attenta analisi delle altre eventuali alternative (qualora ve ne fossero) che la parte "dipendente" potrebbe reperire nel mercato (cf. art. 9 L. 18 giugno 1998, n.192).

<sup>81</sup> Cf. Art. 7 L. 287/90.

<sup>82</sup> La concentrazione si concreta come un'attività di "crescita esterna" differentemente dalle ipotesi esposte finora che rappresentano esempi di "crescita interna".

nuova "entità" realizzata può compiere attività riconducibili all'abuso di posizione dominante.

Per il miglior raggiungimento del proprio scopo, l'Antitrust nello svolgimento delle sue funzioni dev'essere agevolata dagli operatori del mercato; infatti, il legislatore ha disposto che tutte le operazioni di concentrazione che riguardino imprese con un fatturato totale che superi una determinata soglia<sup>83</sup> debbano essere comunicate preventivamente all'Antitrust secondo il disposto dell'art. 16 (L.287/90) per poterne valutare l'impatto sulla concorrenza, salvo che sia competente la Commissione Europea. Nel caso tale operazione possa comportare la costituzione ovvero il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale e venga dunque ritenuta suscettibile di essere vietata, l'Autorità avvierà un'istruttoria entro 30 giorni dal ricevimento della notifica o da quando ne abbia avuto conoscenza.

Può anche avvenire che un'operazione venga autorizzata, subordinandone la realizzazione a determinate condizioni, volte ad evitare le possibili alterazioni ed effetti restrittivi della concorrenza che potrebbero scaturirne.

Grazie all'influenza comunitaria si è approdati ad una visione innovativa anche sotto il profilo sanzionatorio. Infatti, è prevista la possibilità per le imprese di beneficiare di alcune "attenuanti" o addirittura vedersi completamente "assolte"<sup>84</sup>. Dal canto suo l'Antitrust, per poter garantire al meglio la concorrenza nel mercato, ha adottato un programma di clemenza,

---

<sup>83</sup> Per l'anno 2013, la soglia del fatturato totale realizzato a livello nazionale dalla totalità delle imprese interessate (per le operazioni di concentrazione) era di € 482 milioni; mentre il fatturato (nazionale) dell'impresa soggetta ad acquisizione era di € 48 milioni. Tali soglie vengono aggiornate annualmente dall'Autorità Antitrust.

<sup>84</sup> I termini "attenuanti" ed "assolte" sono usati in senso sostanziale, mutuati dal diritto penale.

applicabile alle imprese più virtuose, ossia quelle che, nel caso vi fosse un illecito antitrust, prontamente denunciano le proprie condotte anticoncorrenziali (tramite la c.d. autodenuncia) fornendo gli elementi probatori per far sì che l'AGCM accerti tale condotta lesiva e la neutralizzi. Tale programma di clemenza permette, che si possa ridurre o persino non applicare la sanzione pecuniaria prevista<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Per la determinazione della riduzione (o la non applicazione) delle sanzioni pecuniarie l'AGCM valuta la tempestività e la qualità delle informazioni che l'imprenditore o l'impresa "pentita" le forniscono (cf. art. 15 comma 2 *bis* L. 287/90).

## **5. Funzione e natura amministrativa dell'AGCM: brevi cenni sul procedimento, la posizione di “supremazia” e di responsabilità della stessa.**

Per quanto attiene le funzioni e l'esercizio dei poteri che sono assegnati all'Antitrust, nella prospettiva del perseguimento dell'interesse pubblico, la stessa compie delle scelte sul merito "tecnico" per assicurare il rispetto e l'effettività della disciplina antitrust. Su questa scia, non può che considerarsi obsoleta quella tesi che riteneva l'Antitrust come un ente para-giurisdizionale, sia per quanto già argomentato, sia per il fatto che il giudice mira all'applicazione del diritto relativamente ad una controversia tra soggetti determinati, mentre l'Antitrust mira al rispetto delle regole, come valore riferibile alla tutela dell'intera collettività<sup>86</sup>.

Per rendere chiaro il perché di una consolidata convinzione della natura amministrativa dell'Antitrust<sup>87</sup> è sufficiente ricordare che il procedimento antitrust è svolto in difetto del fondamento di "parità delle armi". Infatti, l'Autorità avendo come interesse da perseguire la cura della concorrenza e del corretto svolgersi del mercato, gode di una posizione di supremazia a cui spetta l'attività di garanzia e regolazione del mercato<sup>88</sup> ed è investita di un potere pieno e completo in tutte le fasi del procedimento. D'altro canto, gli operatori del mercato, all'interno del suddetto procedimento, ricoprono una posizione di soggezione rispetto all'AGCM; tale situazione è comunque rispettosa delle garanzie partecipative e di trasparenza proprie del sistema

---

<sup>86</sup> G. TESAURO- M. TODINO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, op. cit., pp. 114 e ss.

<sup>87</sup> G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, a cura di A. PREDIERI, Firenze, 1997.

<sup>88</sup> A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, op. cit.

amministrativo. Viene infatti assicurata al privato la possibilità del diritto alla difesa (costituzionalmente garantito<sup>89</sup>) ma in un'ottica e con criteri differenti rispetto alla sfera giurisdizionale<sup>90</sup>. Tale supremazia si evince anche dalla coincidenza nel medesimo collegio del potere istruttorio e del potere decisorio (tipica delle amministrazioni pubbliche "classiche").

Una così distinta concentrazione di poteri e un'ampia discrezionalità, rendono necessario che vi sia un'attenta vigilanza del giudice sui provvedimenti di tale Autorità.

Alla luce di ciò, si sottolinea come l'imparzialità amministrativa<sup>91</sup> rinvenibile nell'art. 97 Cost., trovi la sua massima espressione all'interno del procedimento amministrativo, nel quale devono essere garantiti dei diritti imprescindibili, come l'integrità del contraddittorio tra le parti, la completezza dell'istruttoria, la motivazione degli atti e l'adeguata pubblicità e comunicazione degli stessi. Lo stesso principio di imparzialità impone che l'amministrazione prima di giungere alla propria decisione, ossia al provvedimento, debba porre in essere una sequenza di atti ordinati che le permettano di comprendere l'esistenza dei presupposti di fatto in

---

<sup>89</sup> Art. 24 Cost.

<sup>90</sup> La supremazia dell'AGCM, sfocia nel suo potere sanzionatorio e tale concetto è cristallizzato nella pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte il quale definisce la sanzione AGCM come "*espressione della funzione pubblica, adottato nell'esercizio di un potere di supremazia ... nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato (non dalla posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema privatistico diritti-doveri, ma) da una relazione asimmetrica sintetizzata nella formula potere-soggezione*" (Cass. S.U. 9 novembre 2009, n. 23667).

<sup>91</sup> Per un approfondimento su cosa sia l'imparzialità amministrativa si rimanda alla lettura del seguente testo: G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, in Vol. 4. Cedam, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in Riv. It. Sc. Giur., 1968.

modo da valutarne al meglio tutti gli interessi in gioco. In tal modo, i portatori di interessi diventano “parti” e saranno protagonisti di un trattamento imparziale da parte della pubblica amministrazione.

Richiamando in questa sede l’attività di regolazione, essa è connotata dal carattere fondamentale di elasticità che traspare anche nelle decisioni adottate dalla pubblica amministrazione; tale elasticità è necessaria stante il costante evolversi della situazione economico-sociale del mercato e della relatività di certe definizioni e concetti giuridici indeterminati e mutevoli. Premesso ciò si comprende meglio il perché ci si possa trovare ad osservare delle variazioni del grado di "tollerabilità" dell'Autorità Antitrust, relativamente a ciò che è lecito e ciò è illecito.

Dunque, non sembra eccessivo spingersi fino al punto di foggare come “creativo” quel modello, riscontrabile sia nella sua funzione<sup>92</sup> che nell’omonima giurisprudenza, connesso all’evoluzione dei provvedimenti dell’amministrazione indipendente.

Le Autorità indipendenti come si è detto incarnano un tipo di amministrazione diverso rispetto al modello cavouriano<sup>93</sup> (quest'ultimo

---

<sup>92</sup> Il riferimento è al sistema di *civil law*, vigente in Italia, in cui non essendovi un precedente vincolante, è possibile che la giurisprudenza evolva e si sviluppi una "giurisprudenza creativa", in quanto non vincolata dal giudicato di un precedente caso. Sulla "giurisprudenza creativa" si rimanda a M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, 1982.

<sup>93</sup> Tale modello è stato tipizzato nell'art. 95 della Costituzione e riguarda quel tipo di amministrazione come apparato dipendente dal Governo, sottoposto dunque agli indirizzi politici del medesimo. Una Pubblica Amministrazione autoritativa che poteva fortemente comprimere gli interessi dei cittadini giustificata dal perseguimento del fine dell'interesse collettivo.

rinvenibile nell'art. 95 Cost.). Tali Autorità non hanno una natura rappresentativa, ma hanno un rapporto diretto con il Parlamento che le ha istituite e trovano la loro legittimazione nelle competenze<sup>94</sup> professionali e tecniche che ne caratterizzano i componenti.

I membri che compongono tali Autorità sono dunque ritenuti adatti per poter realizzare la miglior cura dell'interesse pubblico che viene loro affidato.

Dunque, il modello dell'Antitrust gode di un'indipendenza dal Governo, ma non per questo sfugge ad un sistema di responsabilità e controlli che possono concretizzarsi in verifiche parlamentari in relazione all'operato dell'Autorità ed in un penetrante sindacato giurisdizionale<sup>95</sup>.

Per quanto attiene la responsabilità civile della Pubblica Amministrazione si ritiene opportuno rammentare che il relativo principio cardine è di espressione costituzionale (art. 28 Cost.), tuttavia nel caso delle Autorità

---

I limiti esterni a tale potere autoritativo si ritrovano nell'art. 97 Cost., ossia il principio di buon andamento, legalità ed imparzialità. Tale modello autoritativo "lontano" dall'attuale Pubblica Amministrazione visti anche i nuovi sviluppi in tema di trasparenza "crescente" e partecipazione, trovava la sua legittimazione democratica *ex ante* ottenuta tramite il circuito politico-elettivo. Si veda in proposito: F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, Vol. I, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, MONDUZZI, 2001, pp. 380 e ss.

<sup>94</sup> Questo tipo di legittimazione basata sulla competenza professionale, pur non trovando un origine *ex ante* tramite il sistema elettivo, sembra ottenere dei buoni risultati ed un buon rendimento, anche se parte importante della dottrina non aderisce a tale orientamento.

<sup>95</sup> A.POLICE, Tutela della concorrenza e pubblici poteri, op. cit., l'Autore ritiene che "potrebbe giocare un ruolo assai significativo anche la Commissione parlamentare bicamerale per le politiche della concorrenza, la cui istituzione è contemplata nelle recenti proposte di riforma del funzionamento delle Autorità indipendenti".

Indipendenti si riscontra una deroga<sup>96</sup> ai principi caratterizzanti la responsabilità civile extracontrattuale (o aquiliana). Tale deroga si concreta in una limitazione della responsabilità dell'AGCM, dei suoi componenti e dei suoi dipendenti che rispondono quindi dei danni cagionati solo se compiuti con dolo o colpa grave; tale attenuazione della responsabilità è dovuta proprio alla natura dell'attività esercitata da tale Autorità, infatti la complessità dei problemi tecnici che vengono sottoposti alla sua attenzione porta necessariamente ad innalzare il grado di punibilità dell'Autorità per eventuali danni cagionati, che sono dunque sanzionabili solo in regime attenuato rispetto al generale grado di responsabilità tipizzato nell'art. 1176 C.C. (c.d. diligenza del buon padre di famiglia).

Tale tipo di attenuazione non è prevista esclusivamente per le Autorità Indipendenti, ma è tipizzata anche nell'art. 2236 C.C. in merito alla prestazione d'opera del professionista che "*implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*".

In sintesi, si può dunque confermare la rispondenza della responsabilità civile della AGCM *ex art. 28 Cost.* in un regime di "diligenza qualificata" (o specifica).

Per quanto attiene la piena giustiziabilità garantita dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. è necessario tenere a mente che il sindacato del giudice sull'Antitrust non può concretizzarsi in un intervento sostitutivo nella determinazione delle scelte discrezionali, né può valutare quali sarebbero le scelte più

---

<sup>96</sup> Tale deroga è stata disposta dall'art. 19 comma 6 bis della L. 262/05 introdotta dall'art. 4 del D.lgs. 303/06 in cui è disposto che nell'esercizio delle funzioni di controllo del mercato l'AGCM, i suoi componenti e dipendenti "rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave".



corrette da applicare in quanto si verificherebbe un grave *vulnus* al principio di separazione dei poteri<sup>97</sup>.

Vista dunque la difficoltà di sottoporre l'Antitrust ad un controllo efficace del giudice, è stata ipotizzata la possibilità di farla soggiacere a forme di autocontrollo e di autovalutazione del proprio operato, convertendo le relazioni che vengono redatte con costanza dall'Autorità in veri e propri "impegni".

Sebbene tali proposte non siano facilmente applicabili e, per un verso, potrebbero persino portare a dubitare della compatibilità del modello antitrust con la nostra Costituzione, è possibile ipotizzare, a parere dello scrivente, che in merito all'"autocontrollo" ci sia stata una concreta applicazione da parte dell'Antitrust tramite la redazione del proprio Codice Etico<sup>98</sup>, che potrebbe ritenersi un primo passo verso tale direzione. Tramite tale Codice, l'Antitrust esprime i principi che devono guidare il comportamento dei propri componenti e dei propri dipendenti, assegnandone la vigilanza ad una persona di "notoria indipendenza".

---

<sup>97</sup> Il principio di separazione dei poteri in legislativo, esecutivo, giudiziario è uno dei principi cardine del costituzionalismo liberale e dello stato di diritto. Si può rinvenire un modello di separazione dei poteri come "cura" contro gli abusi di potere persino nella *Grecia Classica* con gli scritti di PLATONE, in *La Repubblica*, o nelle parole di ARISTOTELE, in *La Politica*.

Si rinviene, invece, la tripartizione moderna della separazione dei poteri nel Montesquieu (MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, 1748) il quale esprimeva l'importanza, per il mantenimento della libertà, del mantenere separati tali poteri, affidandoli ad organi diversi e in reciproca indipendenza. Per maggior completezza si rimanda alla Enciclopedia Treccani Voce "Separazione dei poteri"; F. CHABOD - E. SESTAN - A. SAITTA, *Storia dell'idea d'Europa*, Vol. 16, Bari, Edizioni Laterza, 1961; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto* (2004).

<sup>98</sup> AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Codice Etico*, in *Bollettino* n. 30/1995, p.69.

Se si volesse trovare l'applicabilità "moderata" di quanto poc'anzi detto sull'autocontrollo, considerando la medesima in "combinato disposto ideale" con il perseguimento del risultato ad opera dell'Antitrust (in un'ottica in linea con la cosiddetta "amministrazione di risultato"<sup>99</sup>), si potrebbe rinvenire nel Codice Etico uno strumento di applicazione per l'ottenimento di un autocontrollo.

Tuttavia, l'opinione generale considera che tale Codice sia connotato da "eccessiva vaghezza e genericità"<sup>100</sup>, ma ad avviso di chi scrive, si potrebbe replicare a tale eccezione rendendo lo stesso uno strumento di attuazione più efficace ed efficiente, uno strumento di ulteriore garanzia dell'operato dell'Autorità, su un livello differente rispetto a quello secondario ed esecutivo del sindacato giurisdizionale. Alla luce di ciò, per poter realizzare al meglio tale scopo, si potrebbe modificare il Codice rendendolo maggiormente utilitaristico e più rispondente alle esigenze pratiche, con la concreta ricaduta deflazionistica del contenzioso, vista la possibilità di anticipazione delle controversie. Tale modifica ed "affinamento" teleologico del Codice Etico potrebbe *a fortiori* "nobilitare" ulteriormente il ruolo del suo vigilante.

---

<sup>99</sup> L. IANNOTTA, *Principio di legalità e Amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità: fonti normative ed ordinamenti*, Milano, 2000, Giuffrè Editore. Si rimanda inoltre alla lettura di L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*. L'Autore sottolinea come a livello legislativo stia crescendo l'idea di amministrazione di risultato misurata tramite la soddisfazione dei bisogni dei singoli e della collettività. A conferma di ciò si veda il D. Lgs 27.10.2009 n. 150 c.d. decreto Brunetta.

<sup>100</sup> A. POLICE, op. cit. p.123.

## CAPITOLO III – IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM

### **1. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale in materia antitrust. Il riparto di giurisdizione ex art. 33 comma 1 e comma 2 della L. 287/1990.**

In Italia, ancor prima della più volte citata Legge Antitrust del 1990 e la relativa istituzione dell'AGCM, vigeva un sistema che si basava sulle norme del codice civile<sup>101</sup> (precipuaemente nel Libro V Titolo X rubricato "*Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*", artt. 2595 - 2620 C.C.). Secondo questo modello più risalente, si ricorreva al giudice ordinario sulla base di criteri di riparto delle giurisdizioni statuito negli artt. 102 e 103 Cost., desumibile inoltre dalla natura di quelle situazioni giuridiche di diritto soggettivo che scaturivano da tale incardinazione normativa.

Prima del 1990, dunque, le lesioni in tema di concorrenza non potevano concretarsi che in situazioni giuridiche di diritti soggettivi.

Già alla luce di questo breve cenno relativo alla competenza del giudice ordinario, si comprende come la legge n. 287 del 1990 abbia inciso sulla tutela della concorrenza e del mercato, non solo in un'ottica di riparto delle competenze, ma anche per quanto attiene le situazioni giuridiche soggettive interessate. Infatti attualmente se l'Autorità a cui viene affidata la tutela in tale ambito è una Autorità amministrativa, ciò significa che per l'espletamento di tale tutela le sue valutazioni debbano sfociare in un

---

<sup>101</sup> Si rimanda per un'analisi approfondita sul tema a F. CIOFFI, *Artt. 2595-2642: concorrenza, consorzi, disposizioni penali*, in Vol. 2595. Giuffrè Editore, 2009; L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Appendice di(2003).

provvedimento amministrativo. Avverso tale provvedimento, è competente il giudice amministrativo e la situazione giuridica oggetto di tutela, avverso un'eventuale lesione subita da tale provvedimento, rientra nella categoria dell'interesse legittimo.

Di seguito, verranno esaminati gli ordini giurisdizionali a cui è affidato il nuovo riparto di giurisdizione per le controversie che attengono la materia oggetto di disamina.

In un primo momento, secondo parte della dottrina, si poteva ripartire la cognizione tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo prendendo come criterio di riferimento il tipo di situazioni giuridiche soggettive lese.

Invero, come si legge nell'art. 33 della 287/90 viene attribuito al giudice amministrativo (ossia il TAR Lazio in primo grado ed il Consiglio di Stato in sede di gravame) una giurisdizione esclusiva (solo) sui ricorsi avverso i provvedimenti adottati dall'AGCM (art. 33 comma 1), come anche suffragato dalla giurisprudenza amministrativa nel corso degli anni<sup>102</sup>. Si sottolinea dunque come con tale disposizione normativa non sia stata attribuita una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo per l'intera materia *antitrust*, infatti, per quanto attiene le azioni di nullità e controversie tra privati che hanno ad oggetto pretese risarcitorie o contrattuali, la cognizione è affidata al giudice ordinario, ossia alla Corte d'Appello competente per territorio (art. 33 comma 2)<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Cf. TAR Lazio Sez. I 5 maggio 1994, n.652, *Italtel/Sit-Mistel*;

<sup>103</sup> Essendo oggetto di tale disamina il sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti antitrust ed i relativi profili di diritto amministrativo, si rimanda per quanto attiene la disciplina antitrust ed il riparto della giurisdizione tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo a P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il

L'Autorità Antitrust esercita un potere vincolato e basato su situazioni giuridiche indeterminate e su norme tecniche, queste ultime forniscono le fattispecie astratte che devono essere punite.

Nell'esercizio dei propri poteri l'Autorità compie delle valutazioni tecniche complesse, caso per caso, volte a comprendere se le situazioni che si verificano nella realtà fattuale del mercato rilevante rientrano o meno in una condotta anticoncorrenziale.

Tale controllo dev'essere vagliato dal giudice amministrativo, che attraverso un giudizio impugnatorio verifica tramite una valutazione *ex post* l'operato dell'Autorità.

Per quanto attiene il sindacato del giudice amministrativo, preme sottolineare come attualmente esso sia più penetrante rispetto al passato; dopo un'iniziale incertezza di autolimitazione ad opera della giurisprudenza amministrativa, il sindacato è divenuto sempre più pregnante ed oggi incontra come proprio limite il divieto di sostituirsi alle valutazioni che spettano all'amministrazione indipendente. Tale incisivo controllo giurisdizionale può persino spingersi a valutare la corretta analisi economica e la giusta interpretazione dei suddetti concetti giuridici indeterminati caso per caso (come ad esempio il concetto di "mercato rilevante"<sup>104</sup>).

In merito ai criteri adottati, con buona certezza il criterio del *petitum* prevale sul riparto di giurisdizione in materia e si mostra efficace, vista

---

Mulino, 2004; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Editore, 2011.

<sup>104</sup> G. GHIDINI - M. CLARICH - F. DI PORTO - P. MARCHET, *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Giuffrè Editore, 2011. Si veda in merito al penetrante sindacato descritto il Cons. St. Sez. VI, n. 550/2007.

l'assenza di contrasti in relazione alla devoluzione al giudice amministrativo di tutte le controversie che hanno ad oggetto l'annullamento di provvedimenti amministrativi (*rectius*: dell'Autorità Antitrust)<sup>105</sup>.

D'altro canto, l'illegittimità costituzionale di tale criterio è stata superata in relazione all'art. 103 Cost. con la pronuncia del supremo consesso costituzionale<sup>106</sup>, la quale ha fugato ogni dubbio ribadendo il concetto già espresso nella legge istitutrice dell'AGCM che nell'ambito della stessa pubblica amministrazione opera come Autorità Garante. Per questo motivo, i provvedimenti adottati da quest'ultima, se anche non fossero stati espressamente fatti rientrare nella giurisdizione esclusiva, farebbero comunque parte della "giurisdizione generale di legittimità" proprio in virtù della particolare materia (della concorrenza) in cui rientrano.

Infatti, in tale ambito, l'Autorità amministrativa esercita i propri poteri discrezionali che le vengono attribuiti per la cura di interessi pubblici (quali il corretto svolgimento del mercato e l'equilibrio *ottimale* del medesimo). Ulteriore motivo per cui è stata ritenuta infondata la menzionata questione di illegittimità costituzionale è rinvenibile nella particolare natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, infatti, nella peculiare materia oggetto di disamina, sussiste "*l'intreccio di situazioni qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi*" così come statuito nella pronuncia della Corte di Cassazione<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Si veda in favore di questa tesi M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro Amm.*, 2003.

<sup>106</sup> Sentenza Corte Costituzionale n.204/2004.

<sup>107</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 29 aprile 2005, n.8882, in *Foro Amm. - Cons. St.*, 2005, p. 2469 e ss.

Va inoltre sottolineato come, a giudizio di autorevole dottrina<sup>108</sup>, il criterio del *petitum* sia compatibile con i dettami costituzionali espressi negli artt. 24, 103 e 113 Cost., da ciò ne consegue che nelle azioni successive all'annullamento dei provvedimenti della Pubblica Amministrazione, ossia quelle di riparazione dei diritti patrimoniali subiti, ivi compreso il risarcimento dei danni scaturiti da attività provvedimentoale illegittima<sup>109</sup>, siano devolute alla giurisdizione ordinaria.

---

<sup>108</sup> A. POLICE, Tutela della concorrenza e pubblici poteri, op.cit.

<sup>109</sup> A. POLICE, Tutela della concorrenza e pubblici poteri, op.cit. che evidenzia saggiamente la relativa giurisprudenza ossia Sent. N. 204/2004; Corte Cost., 11 maggio 2006, n.191. La generale previsione normativa in relazione alle azioni di risarcimento dei danni che derivano da attività provvedimentoale illecita prevista nell'art. 7 comma 3 L.n.1034/1971 è stata modificata dalla l. n.205/2000 ed ora è citata nell'alveo di tale previsione generale anche la risarcibilità derivante da attività provvedimentoale illegittima della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

## **2. L'intensità e la discrezionalità nel sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti.**

Dopo aver delineato un quadro generale della disciplina antitrust e delle tematiche amministrative connesse, sarà ora necessario tracciare una linea "storica" dell'evoluzione della giurisprudenza, in modo da porre in rilievo lo sviluppo che ha avuto la tematica concernente il sindacato del giudice amministrativo sulle scelte tecniche affidate alle Autorità indipendenti.

L'innovazione, come spesso accade, è suscettibile di critiche e difficilmente si realizza in maniera omogenea, ciò si evince dalle differenti pronunce espresse nel corso degli anni che hanno sempre più teso al riconoscimento della pienezza del sindacato del giudice amministrativo.

Prima di procedere, appare doveroso rammentare che nel panorama nazionale, per risolvere le questioni giuridiche attinenti al settore della concorrenza, è d'obbligo fare riferimento al quadro normativo comunitario, così come recita l'art.1 comma 4 della L.287/1990 *“L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”*. Pietra miliare di tale importante assunto è rinvenibile nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (c.d. TFUE) all'art. 3 pgf. 1, lett. b), nel quale viene stabilito a chiare lettere che l'Unione Europea ha competenza esclusiva sulla definizione delle regole sulla concorrenza, fondamentali per il corretto svolgimento del mercato e lo sviluppo di quest'ultimo<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> Per chiarezza espositiva, si ricorda che è di notevole importanza per il diritto comunitario il "Trattato di riforma", ossia il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009. Con il Trattato di riforma si è realizzato il passaggio dall'Unione Europea alla Comunità Europea;



Tale impostazione appare rilevante proprio alla luce del fatto che essendovi una regola così "ferrea", come quella appena descritta, tipizzata nel dettato normativo, si comprende come sia volontà comune agli Stati membri dar vita ad un orientamento "unitario" per tutti i Paesi aderenti all'Unione Europea. In buona sostanza, la scelta di ritenere lo scenario normativo comunitario come punto di riferimento in materia concorrenziale, allorquando si verifichi un pregiudizio che interessi scambi intercomunitari ovvero condotte che abbiano un'incidenza sul mercato comunitario, appare in perfetta sintonia con l'istituzione del mercato interno, avvenuta nel 1993. Per la applicazione della normativa comunitaria, viene delineata una cornice applicativa desumibile dagli artt. 101e 102 TFUE (ex art. 81, 82 TCE), secondo cui è rilevante, per il diritto comunitario della concorrenza, ogni condotta o intesa che abbia l'effetto di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

A sostegno di tale requisito, si è più volte espressa la giurisprudenza, osservando come si ritenga competente la normativa comunitaria, ogni qualvolta la condotta anticoncorrenziale possa *"influire, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, sulle correnti di scambio fra gli Stati membri ed ostacolare in tal modo la compenetrazione economica voluta dal Trattato"*<sup>111</sup>.

Si sottolinea, come la condotta anticoncorrenziale non debba necessariamente sostanziarsi in un pregiudizio completo, ma sia sufficiente

---

inoltre, è stato modificato sia il Trattato sull'Unione Europea (c.d. TUE), sia il citato Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Quest'ultimo, successivamente a tale riforma, prende il nome di "Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea" (c.d. TFUE).

<sup>111</sup> Ci si riferisce al caso *Alsattel* innanzi alla Corte di Giustizia, Sent. 5 ottobre 1988, C- 247/86.

un pregiudizio anche solo potenziale ovverosia si manifesti l'idoneità a produrre un effetto anticoncorrenziale tra gli Stati membri<sup>112</sup>.

Tornando a lambire le coste nazionali<sup>113</sup>, si intende di seguito indicare l'evoluzione della giurisprudenza dalla meno recente fino al di d'oggi.

A partire dai primi anni duemila, la giurisprudenza del Consiglio di Stato delinea un "sindacato di tipo debole", in cui il giudice amministrativo (autolimitandosi) si ritiene incaricato di una verifica della logica, congruità e ragionevolezza del provvedimento; tale verifica viene affrontata tramite la valutazione della correttezza della motivazione ed una adeguata istruzione. Tutto ciò deve avvenire evitando che il giudice si possa spingere fino a sostituirsi alla valutazione dell'AGCM nel merito, in quanto quest'ultimo tipo di attività è funzione esclusiva dell'Autorità, se così non fosse, si creerebbe uno squilibrio lesivo del principio di separazione dei poteri<sup>114</sup>.

Nella ormai celebre sentenza del 2002, il Consiglio di Stato<sup>115</sup> prosegue nel tracciare importanti determinazioni in merito al sindacato del giudice affermando che *"in via generale il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche con riferimento ai provvedimenti dell'AGCM, ha distinto le valutazioni tecniche in senso stretto dalle valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici*

---

<sup>112</sup> Cf. a riguardo: Tribunale I Grado CE, Sent. 7 ottobre 1999, T - 228/97, caso *Irish Sugar*.

<sup>113</sup> Si rimanda all'articolo di F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2007.

<sup>114</sup> F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, 2007, Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 5156, in *Foro it.*; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, op.cit.

<sup>115</sup> Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 5156, in *Foro it.*

*indeterminati, ed escluso, per queste ultime, la possibilità di un sindacato giurisdizionale di tipo "forte", volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione, risultando ammissibile nei confronti di esse soltanto un sindacato volto a controllare la ragionevolezza e la coerenza (cd. controllo di tipo "debole"<sup>116</sup>)".*

Le parole del Supremo Consesso aprono ad una lettura ermeneutica caratterizzata dalla distinzione tra il sindacato giurisdizionale "forte" e quello "debole"; per esprimere quel tipo di incidenza del controllo e della valutazione del giudice, avvicinando (come è intuibile) il sindacato "forte" a quello in cui il giudice amministrativo può sostituirsi alla valutazione della Pubblica Amministrazione, e accostando invece il sindacato di tipo "debole" alle valutazioni operate dal giudice sul provvedimento della Pubblica Amministrazione e sulla sua motivazione, verificando il rispetto dei criteri di logicità, ragionevolezza e coerenza, senza mai eccedere nell'avvicinarsi all'Autorità.

Nell'anno 2004<sup>117</sup>, per tentare di fugare i dubbi interpretativi riscontrati dalle imprese ricorrenti sull'effettività della tutela in tale ambito, viene dato un significato più preciso di "sindacato debole". Nell'operarsi a forgiare tale significato però, si verificava inaspettatamente un avanzamento interpretativo del concetto, riscontrandosi un ulteriore passo avanti sul tema del sindacato affidato al giudice amministrativo.

---

<sup>116</sup> L'orientamento secondo cui il giudice amministrativo può solo verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza, la motivazione del provvedimento, l'adeguatezza e la regolarità del medesimo, la completezza dell'istruttoria e la correttezza dei presupposti di fatto, che l'Autorità ha posto a fondamento della sua decisione, si ritrova in diverse pronunce anche recenti del Consiglio di Stato, cf. Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712.

<sup>117</sup> Decisione del Cons. St., Sez. VI, n. 926/2004 - caso *CONSIP*.

In primo luogo, la Sezione VI del Consiglio di Stato, nella sentenza in parola, si occupa di determinare con maggiore accuratezza come avvenga il riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo (nel caso di annullamento del provvedimento amministrativo ed i relativi risarcimenti) ed il giudice ordinario (per ciò che riguarda le controversie tra privati, ossia in materia contrattuale e delle relative nullità). Viene altresì confermata la natura impugnatoria del giudizio innanzi al giudice amministrativo e circoscritto il potere affidato all'AGCM come *"un potere vincolato, ma vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Autorità garante"*.

Al giudice amministrativo spetta dunque un controllo *ex post* sull'operato dell'Autorità Garante, senza limiti di cognizione, infatti, il Supremo Consesso, nello specificare cosa intenda con l'espressione sindacato "di tipo debole" così statuisce *"Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere"*.

In buona sostanza, il giudice amministrativo alla luce dell'orientamento imboccato dal Consiglio di Stato nel 2004, si ritiene investito di una valutazione sulla *plena cognitio* pur commisurata alla cornice dei suoi poteri valutativi ricoprendo poteri afferenti esclusivamente la sfera del controllo, mai sostitutivi dei poteri dell'Autorità, essendo la sua una valutazione riguardante il "complesso" operato dell'Antitrust. Il giudice

amministrativo osserva inoltre, che devono essere rispettate sia le regole tecniche applicate, sia la fase della "contestualizzazione" della norma e dev'essere valutato il raffronto tra fatti relativi al caso concreto e i parametri imposti dal legislatore.

In seguito all'armonizzazione con il sistema comunitario avvenuta con il Regolamento CE n.1/2003, il Supremo Consesso comincia a mostrare segni di *cedimento* della terminologia del sindacato ossia della bipartizione "forte" o "debole", ritenendo preferibile focalizzare l'attenzione sulle modalità di risoluzione delle problematiche antitrust, confermando una similitudine tra le "modalità" di intervento del giudice nazionale italiano ed il giudice comunitario, per quanto possibile, viste le differenze tra i primi giudici e la Commissione, la quale oltre ad agire in veste di giudice amministrativo ricopre anche diverse altre funzioni.

Va sottolineato inoltre, come con la decisione n. 926 del 2004 si sia verificato un graduale abbandono della terminologia "forte" o "debole" e si sia andati verso la ricerca di un sindacato maggiormente unitario possibile a livello comunitario, in modo da poter assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ed una maggior garanzia di uniformità di trattamento per casi simili.

A questo punto rimane però irrisolto il problema centrale afferente la possibilità del giudice amministrativo di potersi sostituire all'Autorità anche sotto il profilo tecnico (assistito da migliori mezzi istruttori rispetto al passato, come la consulenza tecnica d'ufficio<sup>118</sup>) ed eventualmente entro quali limiti.

---

<sup>118</sup> Inserita con la L. n.205 del 21.07.2000.

L'orientamento appena descritto è rimasto costante nella giurisprudenza amministrativa, in cui si trova conferma che un tipo di sindacato penetrante, ma non sostitutivo, può spingersi a valutare la correttezza delle applicazioni delle norme sia tecniche che procedurali e la congruità del provvedimento e della sua motivazione<sup>119</sup>.

Nel 2007, con la sentenza n. 29 del 10 gennaio 2007 il Consiglio di Stato sottolinea l'importanza del ruolo della fase dibattimentale del procedimento giudiziale, ritenendolo il luogo naturale nel quale viene definita la contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati. Alla luce di tale "processo", il giudice valuta (esercitando un sindacato pieno) l'eventuale correttezza della sottoposizione compiuta dall'AGCM di un fatto concreto alla "categoria" di condotta anticoncorrenziale vietata.

Punto cardine della pronuncia è la grande rilevanza che ricopre la parte processuale a mezzo di una più convincente attività istruttoria e dibattimentale. Il concetto può essere efficacemente espresso scomodando l'antico brocardo: "*iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*"<sup>120</sup> (il giudice deve giudicare secondo quanto allegato e provato). Il giudice amministrativo, infatti, pur essendo investito di un sindacato pieno, non può sostituirsi, neppure alla parte processuale sulla quale grava l'onere probatorio e di allegazione.

---

<sup>119</sup> Si veda il TAR Lazio, 7 marzo 2006 n.6629 che traccia i punti appena sottolineati.

<sup>120</sup> Tale brocardo latino, risalente al diritto romano, è tutt'oggi attuale ed è il corollario dell'attuale principio dispositivo che è il modello alternativo all'inquisitorio (quest'ultimo regola il procedimento dell'AGCM ed in generale l'attività amministrativa procedimentale ai sensi della L. n. 241/1990). Per un approfondimento del principio dispositivo si rimanda alla lettura di L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, 2005.

L'evoluzione giurisprudenziale prosegue, sempre nel 2007<sup>121</sup>, in una pronuncia in cui si giunge ad una ulteriore specificazione sul sindacato consentito e viene espressamente dichiarato che il giudice amministrativo nel sindacare in ordine alle valutazioni tecniche non trova alcun limite.

Quest'ultimo, infatti, è un sindacato particolarmente penetrante in quanto si può estendere fino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Antitrust.

Per quanto attiene la possibilità del giudice di rivalutazione delle scelte tecniche, sotto questa nuova lente interpretativa pare sia rinvenibile una risposta positiva, secondo la quale il giudice possa spingersi a sindacare su tali valutazioni, una volta verificata l'applicazione operata dall'Antitrust nella concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati.

Secondo autorevole dottrina<sup>122</sup>, l'orientamento della giurisprudenza si è modificato negli anni precipuamente riguardo il sindacato sulle valutazioni tecniche. Fin dal 1999, con la pronuncia n.601 (Cons. St., Sez. IV, 09.04.1999) la giurisprudenza ha riconosciuto possibile che il sindacato del giudice si potesse spingere a valutare sulla discrezionalità tecnica (c.d. sindacato "intrinseco"), verificando se la Pubblica Amministrazione (autrice del provvedimento) avesse applicato un criterio tecnico corretto.

La base logica di tale approdo ermeneutico è il fatto che la Pubblica Amministrazione giunga alla sua decisione finale - provvedimento - solo dopo aver svolto un accertamento ed una verifica di fatti complessi e un incasellamento (*rectius* una "contestualizzazione") avente come punto di

---

<sup>121</sup> Cons. St., Sez. VI, decisione del 8 febbraio 2007, n. 515.

<sup>122</sup> F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2007, op. cit. pp. 6 e ss.

riferimento *ex lege* dei "concetti giuridici indeterminati (c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe*<sup>123</sup>) o delle regole tecnico-scientifiche, che in quanto tali non sono connotate da correttezza inopinabile.

Alla luce di ciò, il giudice amministrativo deve poter valutare se l'Autorità amministrativa abbia o meno applicato un rigore metodologico congruo, evitando che la discrezionalità tecnica ecceda e si trasformi in "arbitrio specialistico"<sup>124</sup>.

Stante la possibilità del giudice di sindacare sulla discrezionalità tecnica sulla chiave di lettura dell'orientamento innovativo del 1999, si ritiene opportuno soffermarsi maggiormente sui concetti di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa.

In sintesi, ci si chiede - stante il ruolo cardine del giudice<sup>125</sup> - fino a che punto egli possa estendere il proprio sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica<sup>126</sup>?

---

<sup>123</sup> Per un approfondimento dei concetti giuridici indeterminati in Germania si consiglia S. DETTERBECK, *mit Verwaltungsprozessrecht*, 2011, ed il più risalente H. SCHULZE-FIELITZ, *Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, *Juristenzeitung* (1993), pp. 772 e ss.

<sup>124</sup> Si veda a favore di tale orientamento (e precipuamente per l'utilizzo della definizione riportata e annotata), la pronuncia del Cons. St. Sez. III, 2 aprile 2013, n.1856.

<sup>125</sup> Si rimanda per quanto attiene questo punto alle storiche sentenze Corte Cost. n. 204/2004 e n. 191/2006.

<sup>126</sup> Nella sentenza in parola il Supremo Consesso per quanto attiene il sindacato su provvedimenti connotati da "forte tecnicismo" così si esprime: Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale, infatti, sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la Pubblica Amministrazione, al pari e, anzi, più di ogni altro



Preliminarmente, si rammenta che prima dell'*apertura* del 1999, il giudice amministrativo poteva esercitare un sindacato limitato esclusivamente al piano formale, valutando dunque l'eventuale presenza di vizi di legittimità, senza poter in alcun modo pronunciarsi sulle scelte ed i criteri metodologici adottati dall'amministrazione.

A seguito invece dell'orientamento che prese forma nella pronuncia del Consiglio di Stato del 1999, si concretizza la possibilità per il giudice amministrativo di sindacare nel merito delle scelte tecniche operate dalla Pubblica Amministrazione e dunque, dando adito ad un vivo dibattito dottrinale circa l'evoluzione e l'intensità di tale sindacato sulle scelte tecniche. Si creano così due grandi linee giurisprudenziali di pensiero intorno al sindacato sfocianti nella dicotomia, oggi superata, del sindacato di tipo "forte" o "debole".

La parte della dottrina a sostegno del sindacato giurisdizionale "forte" riteneva che al giudice dovesse essere concessa la possibilità di valutare sulla scelta tecnica operata dall'amministrazione, senza soffermandosi esclusivamente sul controllo delle formalità e della legittimità del provvedimento della Pubblica Amministrazione e potesse sostituirsi in tal modo al provvedimento della stessa con la propria sentenza.

Di convesso altra parte della dottrina era orientata verso un sindacato di tipo "debole" connotato da un controllo che non avrebbe mai potuto sfociare in un potere sostitutivo del giudice. Quest'ultimo, infatti, doveva limitarsi al controllo del modello tecnico scelto dalla Pubblica Amministrazione e valutare se fosse stato coerentemente applicato, tenendo presente la correttezza dell'attività di "concretizzazione" e di attuazione dei

---

soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere.

concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta (si ricorda che tale attività di interpretazione e concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati è affidata tutt'oggi all'amministrazione).

In sintesi, il sindacato di tipo "debole", in linea con il principio di separazione dei poteri, attribuiva al giudice un ruolo di verifica che verteva esclusivamente su logicità, congruità, ragionevolezza e adeguatezza del provvedimento della Pubblica Amministrazione e della sua motivazione, garantendo altresì la corretta regolarità del procedimento e la completezza della fase istruttoria, valutando l'esistenza e l'esattezza dei presupposti fattuali su cui si basa la deliberazione<sup>127</sup>.

Con la pronuncia del 2008 la Sezione Terza del Consiglio di Stato supera anche la dicotomia troppo rigida di "forte" - "debole" anche in ragione del fatto che, stante l'astrattezza dei suoi schematismi, si rischiava (a dir del medesimo giudice) di *"smarrire il presupposto e il senso stesso del sindacato sulla discrezionalità tecnica"*<sup>128</sup>.

Si giunge così ad un nuovo approdo interpretativo in cui il controllo del giudice consiste in un *"esercizio di un sindacato comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato"*<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Si veda *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 21.3.2011, n. 1712.

<sup>128</sup> Cons. St. Sez. III, 2 aprile 2013, n.1856.

<sup>129</sup> Cons. St., sez. VI, 20.2.2008, n. 595.

Si vuole far notare come questa interpretazione sia successiva (anche ontologicamente) alle celebri sentenze della Corte Costituzionale<sup>130</sup> relativamente alla funzione del giudice; con tali pronunce infatti viene riconfermata ed espressamente chiarita l'importanza del suo ruolo e nello specifico del ruolo del giudice amministrativo. Viene quindi evidenziato come quest'ultimo, nell'esercizio delle sue funzioni, svolga un ruolo di garanzia vigilando sul rispetto della legalità dell'azione amministrativa, agendo quale "*giudice naturale*"<sup>131</sup>.

Alla luce di tali pronunce appare superata la predetta dicotomia e pare preferibile che il controllo del giudice verta sulla valutazione dell'intrinseca coerenza dell'*agere* dell'amministrazione investita del potere discrezionale; tale controllo non deve mai ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione o sfociare in sentenze sostitutive dei provvedimenti della stessa; ciò che il giudice amministrativo deve assicurare, dunque, è la legalità sostanziale dell'*agere* dell'amministrazione, visto che spesso - come nel caso dell'AGCM - le decisioni, gli atti e i provvedimenti in cui si sostanziano le scelte operate dall'amministrazione interessano e condizionano ampi e rilevanti settori del mercato.

Un'ulteriore conferma si rinviene nella pronuncia del Consiglio di Stato nel 2013 il quale avalla l'orientamento già espresso<sup>132</sup> secondo cui il giudice amministrativo possa garantire una tutela piena ed effettiva tramite un sindacato intrinseco, con l'unico limite esterno di non potersi sostituire alle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

---

<sup>130</sup> Le già citate Corte Cost. n. 204/2004 e 191/2006.

<sup>131</sup> Cons. St. Sez. III, 2 aprile 2013, n.1856.

<sup>132</sup> Con. St. Sez. III, n.896/2011.

A tal punto per cercare di dirimere una situazione di stallo giurisprudenziale si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite del Supremo Consesso civile<sup>133</sup>, in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM; si è tentato di delimitare l'estensione del sindacato del giudice amministrativo a fronte di provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti e, nello specifico, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nella suddetta pronuncia infatti le SS. UU. sono state chiamate ad esprimersi sulla eventuale violazione del Consiglio di Stato nella pronuncia del 2012 (Cons. St. n.5067/2012 dep. il 24.09.2012), nella quale autolimitava la propria latitudine di giudizio integrando, a parere dei ricorrenti, un vero e proprio "diniego di giurisdizione", infrangendo in tal modo i limiti esterni della stessa, in quanto affidata al giudice amministrativo. Avverso tale violazione, le parti sono legittimate a ricorrere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per denunciare tale diniego di giurisdizione così come disposto nell'art 362 comma 1 Cod. Proc. Civ. .

Le Sezioni Unite ricordano che *"è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato ... si deve tenere conto anche del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: onde rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia concretamente erogata e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (cfr., tra le altre, Sez. Un. n. 19048 del 2010 e n. 30254 del 2008)"*.

---

<sup>133</sup> Cass. Sez. Un. n. 1013/2014 del 20.01.2014.

La violazione a parere delle ricorrenti non poteva limitarsi ad essere racchiusa nell'alveo di un mero *error in iudicando* o *in procedendo* in cui il giudice amministrativo sarebbe incorso: l'errata interpretazione della legge (nella specie l'art. 33 comma 1 della L.n.287/1990) ha condotto il giudice amministrativo a negare una tutela giurisdizionale adeguata, seppur garantita *ex lege*.

La pronuncia delle Sezioni Unite, per quanto attiene il ricorso oggetto di disamina, verteva dunque sui limiti che separano i diversi plessi di giurisdizione e sulla miglior comprensione di cosa sia concretamente il potere - dovere giurisdizionale dello "*ius dicere*".

La questione su esposta è stata protagonista di numerose pronunce e fiumi d'inchiostro sono stati versati per tentare di dare la miglior interpretazione ad un così complesso quesito, in tale scenario le SS.UU. rammentano tramite un breve *excursus* storico come diverse decisioni, anche delle medesime Sezioni, hanno statuito che il giudice amministrativo avverso i provvedimenti dell'AGCM possa svolgere un sindacato sui vizi di legittimità, ma non di merito, ovvero sia (ricordando la dicotomia del "forte-debole") non abbia un potere di sindacato intrinseco di tipo "forte" su quelle valutazioni c.d. tecniche opinabili, in quanto tale intensità di sindacato si concretizzerebbe in una eccedenza del potere affidato al giudice, ovvero un potere sostitutivo in sovrapposizione alla decisione (contenuta nel provvedimento) dell'AGCM<sup>134</sup>.

Infine, la Suprema Corte ha colto l'occasione per sottolineare che pur non potendo il giudice sostituirsi all'Autorità Garante, non si possa comunque

---

<sup>134</sup> Si vedano le pronunce delle Sez. Un n. 8882 del 2005 e n. 7063 del 2008. In cui, si ricorda la Suprema Corte riteneva che sulle valutazioni tecniche, si ricorda, il sindacato giurisdizionale potesse concretarsi in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza.

ritenere che il sindacato giurisdizionale trovi il suo punto di arrivo nel controllo attinente esclusivamente ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo; anzi, stante la pienezza della tutela giurisdizionale, il giudice ogni qualvolta si presentino delle contestazioni attinenti ai presupposti di fatto da cui dipenda la legittimità del provvedimento ha l'onere di valutare e sindacare anche in relazione a tali profili, vista l'incidenza che il provvedimento potrebbe avere sulle situazioni giuridiche soggettive<sup>135</sup>. Tale pronuncia non andrà a collidere in alcun modo con il divieto di sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

Delineati gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul sindacato giurisdizionale amministrativo che si sono susseguiti dall'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad oggi, pare opportuno entrare nel merito di cosa si intenda per attività discrezionale ed approfondirne le problematiche, i limiti e gli aspetti maggiormente rilevanti che inevitabilmente si intrecciano.

Si rammenta che nella parte introduttiva del presente lavoro, si è fatto riferimento alla legittimazione delle Autorità indipendenti ed alle difficoltà che scaturirono dalla loro istituzione, stante la difficoltà di innestare tale modello, caratterizzato da un potere "acefalo" e "atipico" differente rispetto alla tradizionale Pubblica Amministrazione, nell'alveo costituzionale.

Il problema della legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti è stato superato secondo un'impostazione prevalentemente "tecnocratica", infatti, l'ordinamento può riservare a determinati organi complessi - anche se privi di una legittimazione elettiva - il potere di vigilare e garantire precisati settori sociali in cui è necessaria una specifica qualificazione e le

---

<sup>135</sup> Le stesse Sez.Un. richiamano gli artt. 24 e 101 Cost. per quanto riguarda la pienezza della tutela giurisdizionale.

relative competenze tecniche di cui un'ordinaria amministrazione non è in grado di disporre "direttamente".

Viene da meditare circa il meccanismo posto in essere dal nostro Legislatore, tramite l'istituzione di un modello di Autorità "anomalo" rispetto a quello tradizionale, che decide le sorti di un "gioco" a cui non partecipa e, a parere dello scrivente, questa attività possa rendere assimilabili le Autorità Indipendenti alla figura del Consulente Tecnico d'Ufficio, di cui la società e la Pubblica Amministrazione tradizionale beneficiano. Invero, sia la CTU che il provvedimento delle Autorità Indipendenti rientrano entrambe (la prima fisiologicamente, la seconda solo eventualmente) nel controllo garantito dal giudice in punto di legittimità. Questo accostamento non pare fuori luogo dal momento che le soluzioni richieste all'Amministrazione sono sempre più tecniche e necessitano dunque di una forte competenza tecnica ed indipendenza, stante la sempre crescente sfiducia nel potere politico.

Si sottolinea come nell'arduo percorso verso una Pubblica Amministrazione sempre più efficace verso i suoi concittadini, in risposta alle sempre più pressanti esigenze di trasparenza e celerità nelle riforme, sia necessario proseguire seguendo la scia del lungo processo evolutivo cominciato con l'ingresso partecipativo del privato all'interno del procedimento amministrativo, secondo il disposto della Legge n. 241/1990<sup>136</sup>, artt. 7 e ss.. che vede il cittadino quale ingranaggio fondamentale nella complessa macchina amministrativa.

Per quanto attiene le funzioni che vengono affidate a tali Autorità, a parere del Celeberrimo Cassese, esse servono a spezzare, sdoppiare e distribuire il

---

<sup>136</sup> Si veda R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2000;

"pubblico potere", infatti, esse assicurano un policentrismo, ove prima vi era una concezione organicistica del potere.

Stante tale ruolo redistributivo del potere pare si possa ritrovare nella funzione delle Autorità Indipendenti un'avanguardia di quel policentrismo (una sorta di anticipazione organizzativa) che si è concretata con la Riforma del Titolo V della Costituzione del 2001.

Tale modello di amministrazione ha ricevuto "l'investitura" di garante posto a tutela di determinati ambiti settoriali particolarmente complessi<sup>137</sup>. In ragione di tale complessità, il garante dev'essere sottratto alle influenze politiche e non soggetto (per quanto possibile) alle forti pressioni del mondo imprenditoriale ed economico. Caratteristica di particolare rilievo, al fine di garantire al meglio la tutela di settori "delicati" e rilevanti del mercato, è la "neutralità" necessaria per poter svolgere una funzione regolatrice che, in quanto tale, prescinde dalla titolarità di uno specifico "interesse pubblico".

In altre parole, l'Autorità Garante non svolge un ruolo volto al perseguimento di un interesse diretto o un interesse "personale"<sup>138</sup> dell'amministrazione; ciò che rileva ai fini della funzione Antitrust è infatti un differente fine, ossia, il mantenimento di un sistema di mercato equilibrato e dunque, un mercato stabile e bilanciato in relazione ai vari valori "in gioco".

---

<sup>137</sup> M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, op. cit.; si veda in senso analogo S. CASSESE, *Le Autorità indipendenti*, op. cit. pp 218 e ss.

<sup>138</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, 2001, op. cit.



Tramite il mantenimento di tale equilibrio, si raggiunge una sorta di interesse pubblico "oggettivo", così come rigidamente predeterminato dalle norme<sup>139</sup>.

Quanto fin qui argomentato potrebbe dare adito a ritenere che la tutela affidata all'AGCM possa intendersi come una funzione di tutela giurisdizionale o arbitrale, ma si è già ampiamente dimostrato che le Autorità Indipendenti sono categorizzabili come Autorità amministrative "di seconda generazione". Non si può quindi pensare che il giudice amministrativo, dovendo vigilare sull'operato del vigilante possa ricoprire un ruolo di "Autorità ultima della concorrenza"<sup>140</sup>, agendo come una sorta di giudice di "secondo grado" per le impugnazioni delle pronunce dell'AGCM, si arriverebbe ad una *reductio ad absurdum* nel considerare l'AGCM non più un'amministrazione indipendente bensì un giudice di prime cure.

A ben vedere, resta una problematica ancora aperta, ovvero, se effettivamente vi possa essere una connessione tra la funzione di tutela (*rectius*: garanzia) affidata all'AGCM ed un interesse pubblico specifico; se vi sia dunque la titolarità in capo all'AGCM di un "bene della vita" e se per "preservare" questo interesse specifico, debba verificare ed operare un bilanciamento tra quelli che sono gli altri interessi in gioco, oppure se tale Autorità debba esclusivamente compiere una funzione di semplice arbitro in posizione di terzietà e dunque estranea agli interessi in gioco.

---

<sup>139</sup> L'Autore che utilizza il termine "*interesse pubblico oggettivo*" è S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; si veda inoltre F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, N. 12, Giuffrè Editore, 2008, pp. 90 e ss.

<sup>140</sup> S. CASSESE, *Le Autorità indipendenti*, op. cit.

Ciò che rimane come punto "fermo" è la previsione del sindacato generale di legittimità esteso a profili funzionali dell'azione dell'organo amministrativo o dell'ente che svolge un ruolo pubblico<sup>141</sup>.

Infatti, l'investitura caratterizzata da criteri tecnocratici, per quanto attiene le funzioni di ambiti e settori distinti da una elevata complessità e rilevanza, non sembra privilegiare la tesi che ritiene il modello tecnocratico incompatibile con i modelli di amministrazione aventi copertura costituzionale, anche perché, come già trattato nelle pagine introduttive, la previsione costituzionale per così dire indiretta era stata colta dall'autorevole Mario Nigro.

L'investitura avente criteri di selezione tecnocratici, dunque, appare bilanciata sia in termini giuridici che formali e altresì dal principio di legalità e dalla tutela giurisdizionale che vigila e si pronuncia su "*tutti gli atti della pubblica amministrazione*"<sup>142</sup>.

L'impostazione prospettata appare preferibile poiché, da un lato la sua conformità aderisce ai principi costituzionali e mira al miglior risultato della funzione affidata a tali Autorità (visto anche il rilievo sempre crescente della c.d. "amministrazione di risultato"<sup>143</sup>), dall'altro per la

---

<sup>141</sup> La funzione pubblica deve trovare sempre il controllo e la supervisione di legittimità del giudice, si veda in relazione a questo punto il già citato testo di A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

<sup>142</sup> Art. 113 Cost., si ricorda inoltre il celebre risalente testo di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, 1966; si veda inoltre F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, 2013.

<sup>143</sup> Tale nozione è stata utilizzata da L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e Legalità - Fonti Normative e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999)*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, si veda inoltre G.

conseguenza positiva che ne deriva, rinvenibile nella possibilità di sottoporre ciò che l'Autorità Garante decide (ossia il provvedimento quale atto finale del procedimento amministrativo/antitrust) alla disciplina amministrativa generale ed ai principi in materia di tutela giurisdizionale avverso gli atti della Pubblica Amministrazione anch'essi dotati di caratura costituzionale (art. 113 Cost.), con tutto ciò che a cascata ne deriva per quel che attiene il sindacato del giudice e le relative tematiche "satellite".

Quanto finora rilevato è importante per meglio comprendere il ruolo primario del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust, infatti autorevole dottrina<sup>144</sup> ha ritenuto che considerata la matrice costituzionale di tali nuovi modelli organizzativi è necessario un importante controllo del giudice, considerato che tale modello non prevede né controlli politici, né controlli amministrativi. A conferma di ciò, si ricorda che tutte le leggi istitutive delle Autorità indipendenti prevedono espressamente il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti da esse emanati e nella medesima ottica si rileva che la Legge n. 205/2000 (sulle "Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa") ha previsto particolari regole per quanto attiene i procedimenti che hanno come oggetto l'impugnazione di un provvedimento emanato dalle Autorità indipendenti<sup>145</sup>.

---

SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Editoriale scientifica, 2003.

<sup>144</sup> G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, 1997, pp. 568 e ss.

<sup>145</sup> Si veda precipuamente l'art. 4 della L. n. 205/2000.

### **3. Brevi cenni sulle Autorità Indipendenti e la discrezionalità tecnica ed amministrativa.**

Nonostante la vastità degli orientamenti dottrinali che si sono susseguiti da oltre due decenni per quanto attiene la natura delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti e le caratteristiche di cui sono dotate per l'espletamento di tali funzioni, si rammenta che è ormai all'unisono la convinzione secondo la quale le stesse siano dotate di un elevato grado di autonomia, conseguenza del tecnicismo di cui i loro provvedimenti sono provvisti.

Infatti, come già rilevato, i componenti di tali Autorità sono professionisti dotati di una elevata preparazione specialistica.

La complessità che connota i provvedimenti emanati dalle Autorità indipendenti le fa rientrare nell'alveo della discrezionalità tecnica dalla quale non si può prescindere in settori così peculiari come quelli affidati a tali Autorità. Nell'applicazione della norma astratta<sup>146</sup>, infatti, secondo parte della dottrina, l'Autorità indipendente non compie una "ponderazione comparativa"<sup>147</sup> tra l'interesse pubblico specifico e gli interessi secondari, dunque, stante l'assenza di tale raffronto parrebbe opportuno farle rientrare nel *genus* discrezionale "in senso stretto"<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole, le Autorità indipendenti*, Bologna, 1996. Si veda inoltre A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico* 10.2, 2004, pp. 439-460.

<sup>147</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, 2001, op. cit.

<sup>148</sup> F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle Autorità indipendenti <<regolatrici>>*, in *Mercato, concorrenza, regole* 2.3, 2000.

Dunque, più che la cura di un interesse pubblico specifico, alle Autorità Indipendenti è affidato un interesse pubblico oggettivo (ed in quanto tale interno all'ambito di interesse), esse infatti svolgono una funzione "regolatrice" che non è riconducibile -neppure per questo verso- alle tradizionali categorie del diritto amministrativo<sup>149</sup>.

A tal punto, vale la pena soffermarsi sulla discrezionalità dell'amministrazione<sup>150</sup> per poter meglio comprendere il sindacato giurisdizionale, in quanto la stessa è il *punto di intersezione tra lo Stato di diritto e la divisione dei poteri, tra le istanze di tutela del cittadino e l'esigenza di garantire, all'esecutivo, margini di decisione "riservati"*<sup>151</sup>.

In conclusione, il giudice si trova a dover giudicare su dei provvedimenti connotati da valutazioni discrezionali e stabilire se questi siano rispettosi dell'interesse pubblico "oggettivo" o esorbitino in qualche modo la sfera di funzioni attribuite all'Autorità amministrativa.

La tesi che enuclea la discrezionalità in un'attività giuridico-intellettuale trae le sue origini dagli scritti del Mortati; secondo tale tesi, la Pubblica Amministrazione in quanto titolare del potere discrezionale è investita del potere di "porre in essere la norma" caso per caso, seguendo le massime di esperienza e le regole sociali c.d. "rinviate" (in quanto l'ordinamento le ha rinviate al titolare del potere discrezionale nel momento in cui l'ha investito di tale potere). Secondo tale impostazione, l'amministrazione si presenterebbe dotata del potere di determinare delle regole non scritte - in

---

<sup>149</sup> L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza*, 1992, pp. 409 e ss.

<sup>150</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p.78 - l'Autore descrive la discrezionalità come "*la sostanza più squisita dell'attività amministrativa*".

<sup>151</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, 2001, op. cit., p. 112.

quanto munita di una discrezionalità amministrativa - e un simile rinvio sarebbe desumibile implicitamente dall'attribuzione dello stesso potere alla Pubblica Amministrazione. Ciò darebbe adito a ritenere che la suddetta teoria porti all'assimilazione (seppur solo in maniera tendenziale) del potere discrezionale all'interpretazione integrativa. Alla luce di tale impostazione, l'amministrazione è considerata titolare di un potere che le è attribuito dalla legge e le consente (implicitamente) di attuare le proprie scelte in corrispondenza alla "volontà" della stessa.

Secondo la tesi contrapposta, le cui origini interpretative si rinvengono nel Giannini<sup>152</sup>, la discrezionalità è ritenuta una manifestazione di volontà politica positivamente limitata stante l'opinione secondo la quale non sia rinvenibile né nella legge, né nelle regole non scritte, quale sia lo scopo dell'azione amministrativa poichè il conseguimento di quest'ultimo spetta sempre al titolare di tale azione.

A beneficio di una maggior chiarezza si specifica che la discrezionalità – a parere del Giannini - è caratterizzata dalla sintesi tra ciò che è il giudizio e ciò che è la volontà, ciò si evince nella scelta della Pubblica Amministrazione fatta alla luce del miglior perseguimento possibile dell'interesse primario che è espressione della volontà dell'azione amministrativa; dunque, la comparazione svolta dalla Pubblica Amministrazione tra l'interesse primario e gli altri interessi in gioco porta alla fissazione di un valore comparativo (che si sostanzia in un giudizio). In sintesi, per potersi realizzare ciò che è lo scopo (volontà) della Pubblica Amministrazione sarà necessario che la stessa fissi il valore comparativo tra i diversi interessi per raggiungere mediante una scelta oculata la

---

<sup>152</sup> M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, op. cit., Milano, 1939.

realizzazione dell'interesse primario, espressione della volontà dell'amministrazione.

Nel manuale di diritto amministrativo a cura del Sandulli<sup>153</sup> si rinviene un'ottima definizione di discrezionalità amministrativa secondo la quale la stessa sia quella facoltà affidata alle pubbliche amministrazioni, di realizzare l'interesse pubblico primario tramite le proprie scelte, nel modo più idoneo possibile e nel rispetto dei limiti generali (o per così dire indeterminati) che sono forniti dalla legge. Pertanto si evince che la discrezionalità, come potere affidato alla Pubblica Amministrazione, è principalmente caratterizzato dal rispetto del principio di legalità e buon andamento, che troviamo tipizzati nell'art. 97 Cost..

Il fatto che si parli di "*modo più idoneo*" di raggiungimento del risultato coincidente con l'interesse pubblico, lascia intendere che gli altri principi ispiratori di tale scelta "discrezionale" siano i principi di trasparenza, efficacia ed effettività, nel tentativo costante di arrecare il minor sacrificio possibile ai privati, o più in generale, alle altre situazioni giuridiche soggettive coinvolte, eventualmente non preferite rispetto all'interesse primario (viene da paragonare quest'ultimo – in una logica processuale – ad un credito assistito da garanzia e le altre situazioni giuridiche come titolari di diritti "*chirografari*").

Tenendo a mente l'art.97 Cost., si rammenta come storicamente il ruolo dell'amministrazione ha acquisito un sempre crescente "potere" che le è stato affidato gradualmente proprio in seguito all'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali. Tale aumento di poteri ha riguardato l'esercizio dell'attività della Pubblica Amministrazione sia per quanto

---

<sup>153</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli 1984, I, 571 ss.

attiene l'interpretazione della norma, sia in merito alla valutazione ed al bilanciamento degli interessi in gioco.

Riprendendo le fila del discorso in merito a quanto suddetto relativamente alla "volontà" dell'amministrazione, qui richiamando il pensiero del Giannini, non è possibile confondere la discrezionalità amministrativa con la discrezionalità tecnica, in quanto quest'ultima non può neppure definirsi "discrezionalità" poiché se così fosse dovrebbe essere una mescolanza di "giudizio" e "volontà", ovvero sia una potestà (come invece è la discrezionalità amministrativa). Di diversa fattura è invece la discrezionalità tecnica poiché difetta di volontà, caratterizzata esclusivamente (nel momento conoscitivo) dal giudizio<sup>154</sup>.

La discrezionalità tecnica (che ormai si seguita chiamare così per "*errore storico*") si esplica nel giudizio affidato alla Pubblica Amministrazione la quale esercita tale giudizio nell'interpretazione della norma, nel momento di assunzione di fatti e interessi coinvolti ed infine nel momento dell'esercizio del potere.

Per quanto consta allo scrivente, questo tipo di potere è affidato alle Autorità amministrative o agli Enti dotati di particolari conoscenze tecnico-scientifiche che, a seconda degli ambiti e settori loro affidati, sono di grado sempre più crescente e pertanto si rende necessario il ricorso a nozioni esterne all'ordinamento giuridico. Infatti, come già anticipato, nel caso specifico delle Autorità indipendenti, queste conoscenze tecniche sono fondamentali e decisive per la scelta più idonea che la Pubblica Amministrazione deve determinare e per un verso ciò porterebbe finanche a ridurre o affievolire la forza o la centralità del principio di legalità. La

---

<sup>154</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, op. cit., Milano, 1939.



legge infatti altro non fa che dare all'amministrazione indipendente solo i concetti giuridici indeterminati che essa "plasma" per realizzare il miglior svolgimento del gioco della concorrenza che nel caso dell'AGCM si ritrova nella determinazione del concetto di mercato rilevante.

Tuttavia la dottrina prevalente considera la discrezionalità tecnica come caratterizzata dal solo "giudizio" e nella sua fase cognitiva non dotata di una scelta "libera" in quanto le varie fattispecie non consentite troverebbero una tipizzazione espressamente predeterminata dalla legge.

Il ruolo delle amministrazioni nell'espletamento del proprio potere discrezionale tecnico è quello di qualificare i fatti che si verificano caso per caso sulla base delle regole tecniche e delle competenze di cui sono dotate ed infine applicare la legge.

L'importanza della competenza e delle conoscenze tecnico-scientifiche, di cui sono dotati i componenti della Pubblica Amministrazione (e *a fortiori* i componenti delle Autorità Indipendenti), si rinviene nel fatto che le valutazioni scientifiche, che determinano se si possa trattare di situazioni consentite o meno, siano mutevoli e aleatorie in ragione del progresso tecnico -in continua evoluzione- e della sempre presente evoluzione interpretativa delle norme alla luce dei nuovi orientamenti scaturenti dalle pronunce degli organi giudicanti nazionali o comunitari ovvero dalle Autorità amministrative o ancora da quelle legislative<sup>155</sup>.

In soccorso alla opinabilità delle valutazioni tecniche e alle conseguenze che si possono riverberare nei processi oggetto di valutazione di

---

<sup>155</sup> Sulle tematiche oggetto della presente proposizione si veda un interessante scritto C. BRUSCO, *La valutazione del giudice e l'apporto del sapere tecnico scientifico: alcune considerazioni sulla prova scientifica*, Atti del Seminario CSM *La tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro*, Roma, 6, 2008.

provvedimenti amministrativi, si ricorda che nel giudizio amministrativo oltre alle CTP, dal 2000<sup>156</sup> è possibile che il giudice nomini un consulente tecnico d'ufficio (CTU) che ponga luce sulle differenti conclusioni prospettate dai periti di parte.

L'aumentare dei controlli e dunque dei poteri affidati ai giudici nella valutazione dell'operato della Pubblica Amministrazione si vede fin da pronunce degli anni Ottanta, ma l'impostazione cambia in maniera decisiva con la sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, in cui il Supremo Consesso Amministrativo ha espressamente riconosciuto al giudice la possibilità di verificare in modo maggiormente penetrante ed incisivo gli apprezzamenti tecnici operati dalla Pubblica Amministrazione, inaugurando così un nuovo orientamento più stringente in linea con una sempre crescente esigenza collettiva di un'Amministrazione volta ad un'etica di risultato e dunque in un'ottica di rendimento, "figlia" di una Pubblica Amministrazione che cambia e si rende più trasparente e partecipativa.

Nella stessa pronuncia si legge come il sindacato giurisdizionale relativo agli apprezzamenti tecnici possa svolgersi non solo limitatamente ad un controllo dell'iter logico estrinseco scelto dalla Pubblica Amministrazione e dunque limitato ad un controllo formale, ma concretarsi in una *"verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo"*.

In conclusione, alla luce di tale orientamento, un giudizio della Pubblica Amministrazione basato su operazioni errate o l'applicazione di un criterio

---

<sup>156</sup> L. n.205/2000.

tecnico inadeguato o inesatto è valutabile dal giudice il quale riscontrerà un vizio di legittimità del provvedimento amministrativo<sup>157</sup>.

Tale evoluzione giurisprudenziale ha portato, come spesso accade, altre problematiche sulle quali era d'obbligo pronunciarsi ingenerando naturalmente orientamenti discordanti. Infatti, una volta appurata la possibilità del giudice di sindacare sulla discrezionalità tecnica, bisognava capire fino a che punto egli potesse spingersi nella sua valutazione. Tale quesito che aveva mosso lo scrivente al presente lavoro di indagine aveva originato con la famosa sentenza del Consiglio di Stato della fine degli anni novanta la nota dicotomia "forte-debole" oggi divenuta ormai *obsoleta* e superata.

Il giudice, dunque, accerta i fatti, verifica l'iter logico-giuridico scelto dall'amministrazione nel rispetto del principio di legalità e buona amministrazione (sulla base di valutazioni tecniche) e si pronuncia, prendendo in prestito le parole dei giudici della Corte di Cassazione "*senza impingere nella riserva di intangibilità del merito amministrativo*"<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> A sostegno di tale controllo più penetrante ed incisivo del giudice sui provvedimenti amministrativi, si veda la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, n. 4635 /2007.

<sup>158</sup> Corte di Cassazione a Sezioni Unite n.14893/2010.

#### **4. La consulenza tecnica d'ufficio: mezzo che permette l'accesso al fatto.**

La consulenza tecnica d'ufficio costituisce ormai da oltre un decennio un'importante ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, quest'ultimo infatti per lungo tempo è stato privato della possibilità di svolgere la sua valutazione in ordine al "fatto", successivamente all'inserimento della c.t.u. la discrezionalità tecnica e il merito amministrativo hanno trovato un punto d'incontro dando vita ad un nuovo sindacato giurisdizionale.

Attualmente il giudice è così dotato di una cognizione sul fatto ed in questo modo può dedurre i criteri utilizzati dalla Pubblica Amministrazione per poter giungere al proprio provvedimento.

Si rammenta che nella passata impostazione (Legge n. 2248 del 1865) il processo amministrativo poteva avere ad oggetto solo la legittimità dell'atto<sup>159</sup>.

Di seguito si tratteranno brevi cenni relativi ad una imprescindibile pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione al n. 500 del 1999. La storica pronuncia superò l'orientamento consolidato della

---

<sup>159</sup> In dottrina, infatti, si parlava di "limitatezza dei mezzi di prova"; si vedano la monografia di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; LUGO, Considerazioni sull'istruzione nel processo amministrativo, in Riv. amm., 1977; VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in Dir. proc. amm., 1995; ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in Riv. amm., 1985. Si veda inoltre la celebre voce: F. BENVENUTI, *Istruzione nel processo amministrativo*, Voce in Enc. dir., vol. XXIII, Milano, 1973.

stessa Corte<sup>160</sup> statuendo la possibilità della risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo, riconoscendo come risarcibile un interesse volto all'ottenimento di una situazione o di un vantaggio che ancora non si era realizzato.

Questa pronuncia fu decisiva per aprire la strada al nuovo orientamento poi codificato nella Legge n. 205/2000 che andava così a superare il c.d. "doppio binario"<sup>161</sup> che fino ad allora dominava il panorama giurisdizionale; ovvero era necessario rivolgersi prodromicamente al giudice amministrativo per ottenere una pronuncia di annullamento del provvedimento della P.A. e solo successivamente si poteva adire il giudice ordinario (civile) per l'ottenimento del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo pretensivo, tale precedente impianto era caratterizzato dal vincolo di pregiudizialità di fronte a due giurisdizioni differenti.

La nuova disposizione normativa al contrario avrebbe reso possibile l'ottenimento di un risarcimento derivante dall'annullamento del provvedimento amministrativo nella medesima sede giurisdizionale.

Di particolare rilievo risulta inoltre il fatto che da questo momento in poi il giudice amministrativo cominciava in modo graduale a superare l'impostazione esclusivamente "caducatoria" che lo caratterizzava e

---

<sup>160</sup> Si ravvisa in dottrina come precursore di tale tesi M. Nigro.

<sup>161</sup> Si veda al riguardo i commenti di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, in Foro It., 1999, I, c. 2487 e ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in Giorn. Dir. Amm., 1999, pp. 832 e ss.; A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500*, in Foro It., n.3, 2004, pp. 794 e ss.; L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Vol. 149. Wolters Kluwer Italia, 2008.

iniziava così a disporre anche per ciò che afferiva il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, spostando l'asse della propria sfera di cognizione dalla legittimità alla liceità del rapporto. Per il corretto svolgimento di tale nuova impostazione di sindacato giurisdizionale amministrativo, il giudice doveva essere messo in grado di poter disporre di mezzi istruttori adeguati che gli permettessero di verificare puntualmente i fatti allegati dalle parti nel corso del processo. Per poter addivenire a tale piena cognizione sul fatto, il giudice amministrativo è stato dotato di maggiori poteri, fino a consentire allo stesso la piena ammissibilità dei mezzi istruttori tipici del processo civile, tutto ciò è stato reso possibile anche grazie all'evolversi delle pronunce giurisprudenziali<sup>162</sup> e dall'orientamento che traeva fondamento dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Dunque, il giudice amministrativo, tra le altre novità, veniva finalmente investito del potere di disporre della consulenza tecnica d'ufficio non più solo nei procedimenti di giurisdizione esclusiva, ma anche in quelli di legittimità.

A parere dello scrivente è di grande rilievo sia logico che storico tracciare alcuni punti sulla consulenza tecnica e sull'ampliamento già citato dei poteri di istruttoria del giudice amministrativo, proprio perché pur non essendo l'argomento principale del presente lavoro di tesi, non può prescindere da tali precisazioni per poter delineare al meglio l'attuale potere di sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti della Pubblica Amministrazione.

Con la consulenza tecnica, infatti, il giudice amministrativo ha una maggior visione e conoscenza sui fatti riguardanti materie tecnico-scientifiche determinanti e necessarie alla miglior comprensione sulla possibilità di

---

<sup>162</sup> Si veda per tutte l'innovativa sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, dell'11/04/1996, n. 463.

controllare che la Pubblica Amministrazione (o per quel che qui attiene dell'Autorità indipendente) abbia seguito i criteri predeterminati dalla legge e dunque decidere se un provvedimento debba essere annullato o meno.

A circa un decennio dall'istituzione delle Autorità indipendenti alla istituzione della c.t.u. nel procedimento amministrativo, non sembra azzardato ritenere che si sia giunti ad investire il giudice di poteri istruttori così forti come conseguenza di questo nuovo modello, simbolo di un'amministrazione rispondente all'esigenza di un maggior controllo da parte del giudice, vista la raggiunta competenza tecnico-scientifica (ben superiore alla "generica" competenza delle Pubbliche Amministrazioni tradizionali) scevra da qualsivoglia contagio da parte di altri poteri limitrofi<sup>163</sup>.

Tale breve *excursus* storico riguardante il sindacato del giudice amministrativo che lambisce importanti innovazioni come la consulenza tecnica d'ufficio ed un potere più incisivo da parte del giudice permette di incamminarci in un percorso che ci riconduce inevitabilmente al tema principale del presente lavoro ossia la tanto amata materia antitrust analizzando ora le nuove ipotesi di illecito.

A questo punto della trattazione si comprende come si sia giunti, a seguito di un'evoluzione durata più di un ventennio, ad un orientamento che preveda un sindacato giurisdizionale sulle pronunce dell'Autorità Antitrust esteso sia ai profili di diritto sia a quelli di fatto.

---

<sup>163</sup> Si veda per un orientamento simile E. CARACCILO LA GROTTIERIA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, EDI, Salerno, 2008, 134.

Ad oggi, si può rilevare che il giudice eserciti il proprio potere valutando la regolarità del procedimento a partire dalla verifica della sussistenza dei presupposti di legge per potersi imputare ad un soggetto la commissione di un illecito antitrust<sup>164</sup>, per proseguire poi con l'analisi sulla correttezza dell'istruttoria, la logicità e la carenza di vizi della motivazione ed infine valutare se la sanzione comminata è connotata da ragionevolezza e proporzionalità.

Grazie anche all'avvento degli Stati Uniti d'Europa, l'importanza delle pronunce europee e dei suoi orientamenti in tema antitrust, ha permesso all'Autorità talvolta di poter disapplicare determinate norme nazionali (quando ritenute lesive o distorsive della concorrenza) dotandola per di più di un potere di segnalazione (che si ritrova nella sua relazione annuale) di quelle norme o regole che ad avviso dell'AGCM devono essere modificate o possono essere oggetto di dubbi interpretativi che inevitabilmente potrebbero condurre ad una possibile distorsione del gioco del mercato e dell'equilibrio che in esso deve rimanere principe.

Questa sorta di “riduzione” del potere legislativo nazionale produce l'esigenza di dover controllare con maggior attenzione i provvedimenti dell'Autorità Antitrust e dunque è affidata ai giudici una vigilanza speciale su quello che sembra essere un principio di legalità differente rispetto al passato, sempre più connotato da bilanciamenti complessi, vista anche la grande pluralità degli interessi in gioco.

Il motivo della centralità della normativa europea e della c.d. riduzione del potere legislativo nazionale è da rinvenirsi nel fatto che sia per la Corte di

---

<sup>164</sup> Parla di "illecito antitrust" L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma 25-26 settembre 2013.



Giustizia Europea, sia per la Commissione Europea la tutela della concorrenza è una materia chiave per il raggiungimento del mercato unico effettivo e per tale motivazione si è reso necessario "spuntare le armi" degli Stati membri, in modo da evitare che si potesse verificare un trattamento di favore per gli operatori appartenenti al proprio Stato, in un'ottica di un più ampio e completo disegno del gioco del mercato, con un bilanciamento nel panorama europeo, ancora più complesso da poter gestire.

Vista la cura dell'interesse pubblico primario di cui è investita l'AGCM, il potere che la caratterizza permette di farlo prevalere non solo sugli interessi dei privati, ma anche su quelli pubblici (definibili "secondari"). Si rammenta che nella tutela di tale interesse primario è sufficiente che vi sia anche solo una potenziale idoneità in quanto tali condotte possano produrre degli effetti distorsivi o lesivi della concorrenza<sup>165</sup> per poter essere annoverate tra le condotte anticoncorrenziali.

Le Autorità poste a tutela del mercato, su vari livelli, hanno ottenuto tramite i poteri strumentali di controllo (quali ad esempio i poteri di ispezione, perquisizione e acquisizione di informazioni e documenti) una casistica piuttosto ampia delle varie fattispecie che possano rientrare nell'alveo di condotte anticoncorrenziali e come tali *contra legem*.

Stante l'ampia portata del potere antitrust e l'influenza delle decisioni dell'AGCM, il ruolo del giudice si estende attualmente anche ad una verifica nel rispetto di tutti quei principi generali dell'ordinamento giuridico che possono essere intaccati o collidere con un potere di maggior peso quale quello della tutela dell'intero mercato nazionale, verificandosi talvolta

---

<sup>165</sup> L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", op. cit. pp. 4 e ss.

degli intrecci di potere, meglio qualificabili come conflitti di competenza, con le altre Autorità indipendenti.

Per poter evitare che l'ampia possibilità di indagine da parte delle Autorità Indipendenti ecceda in abuso di potere, il sindacato giurisdizionale deve verificare la regolarità e la fondatezza di tutte le decisioni operate da tali Autorità, valutarne la base giuridica e la presenza dei presupposti che rendano adeguata la procedura oggetto di stima (ad esempio l'autorizzazione di un'ispezione o altro potere strumentale).

Laddove non si ravvisi un'adeguata motivazione del provvedimento AGCM, l'ordinamento prevede la possibilità di proporre un'azione innanzi al giudice amministrativo anche nella fase endoprocedimentale (peculiarità che concerne la materia delle autorità indipendenti rispetto all'impugnabilità del provvedimento amministrativo). Infatti, tali atti endoprocedimentali sono in grado di produrre delle lesioni autonome e dunque suscettibili da parte del privato di impugnazione dinnanzi al g.a. che potrà pronunciarsi senza dover pregiudizialmente attendere l'adozione del provvedimento finale per poter impugnare quest'ultimo.

Preme infatti sottolineare come la Sezione I del TAR Lazio nella pronuncia n. 865 del 2012 abbia ritenuto che *"il principio della non immediata impugnabilità degli atti di carattere endoprocedimentale è stato talvolta temperato ... In particolare, è stato evidenziato che tale regola incontra un'eccezione nell'ipotesi in cui gli atti endoprocedimentali siano suscettibili di incidere immediatamente sulla posizione giuridica dell'interessato, come nel caso degli atti di natura vincolata, idonei in quanto tali ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva, ovvero degli atti interlocutori, laddove idonei a determinare un arresto procedimentale*

*capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato*"<sup>166</sup>.

Infatti, nel processo amministrativo il diritto al ricorso sorge successivamente al verificarsi di una lesione attuale di un interesse sostanziale del ricorrente che con l'impugnazione tenta di ottenere un provvedimento giurisdizionale idoneo il quale, in caso favorevole, rimuova la situazione lesiva.

Per agevolare la memoria di chi legge, si ricorda che le condizioni per poter adire il giudice sono la legittimazione ad agire (c.d. legittimazione processuale) e l'interesse a ricorrere; la prima appartiene al titolare della situazione giuridica sostanziale lesa dal provvedimento amministrativo; il secondo si concreta in un vantaggio pratico e concreto (morale o eventuale) che potrebbe derivare al soggetto ricorrente dall'accoglimento del ricorso proposto.

Anche se di regola gli eventuali vizi inerenti l'atto di avvio del procedimento (e gli atti endoprocedimentali) sono privi di autonoma ed immediata lesività - il che implica che per poter dispiegare la loro lesione si renda necessario attendere il provvedimento finale (eventualmente) afflittivo - appare come in generale i profili di illegittimità possano sollevarsi in sede di ricorso solo ed esclusivamente tramite l'impugnazione del provvedimento finale (su cui si riversano gli effetti vizianti dei vari atti endoprocedimentali). Invero, l'interesse al ricorso richiede che l'atto oggetto di impugnazione provochi una lesione diretta, attuale e concreta alla sfera giuridica del destinatario. Tali presupposti, nel caso di atti endoprocedimentali, di norma sono ritenuti insussistenti in quanto si ritiene

---

<sup>166</sup> *Ex multis* in questo senso si vedano: Cons. St., IV, 4 febbraio 2008, n. 296, richiamata in Cons. St., VI, 20 luglio 2011, n. 4393

che essi potranno solo eventualmente e successivamente, divenire lesivi con l'adozione del provvedimento finale del procedimento<sup>167</sup>.

La già citata pronuncia del TAR Lazio statuiva chiaramente che il bene della vita cui il ricorrente tende *"sarebbe costituito dal venire meno dell'accertamento dell'illiceità della condotta e della conseguente sanzione, nei confronti dell'atto di avvio del procedimento il bene della vita è costituito in primo luogo dall'arresto procedimentale, vale a dire dal non essere investito da quegli oneri di collaborazione che nei procedimenti in materia antitrust sono particolarmente intensi e sanzionati, ai sensi dell'art. 14, co. 5, l. 287/1990, in caso di rifiuto o omissione senza giustificato motivo, in modo rilevante, così come nei confronti dell'atto autorizzativo dell'ispezione, il bene della vita è costituito dal venire meno dell'accessibilità, sia pure nei limiti di cui all'art. 13 d.P.R. 217/1998, ai denunciati dei documenti acquisiti"*.

In conclusione, secondo il giudice amministrativo il ricorso potrà essere ritenuto meritevole di accoglimento, anche in caso di impugnazione di atti endoprocedimentali, laddove tali atti evidenzino una valenza lesiva *ex se* dell'interesse legittimo dedotto in giudizio, in quanto l'eventuale annullamento degli stessi produrrebbe un vantaggio ed un'utilità mai più conseguibile nel successivo ricorso avverso il provvedimento conclusivo del procedimento AGCM. Nelle proprie motivazioni il giudice rinveniva la valenza immediatamente ed autonomamente lesiva degli atti endoprocedimentali e sottolineava che tale connotazione lesiva *ex se* potesse riconnettersi *"sia al momento in cui l'Autorità ha ritenuto sussistere la propria competenza per l'esercizio del potere, obbligando in tal modo i destinatari dell'azione all'assolvimento degli oneri di cui all'art. 14, co. 5,*

---

<sup>167</sup> Si veda in proposito: TAR Lazio, Roma, I, 18 marzo 2009, n. 2809.

*l. 287/1990, sia al momento in cui l'Autorità ha deciso di autorizzare l'ispezione, acquisendo documentazione accessibile, sia pure nei limiti di legge, ai soggetti denunciati".*

## **5. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e il conflitto di competenza tra le Autorità Indipendenti.**

L'attività tecnica è stata per lungo tempo, da un orientamento oramai minoritario, accostata ad un'attività rientrante nel merito e non nella legittimità, a tal proposito si richiama una recente pronuncia<sup>168</sup> nella quale l'organo giudicante amministrativo ha ritenuto che l'accertamento dei requisiti psico-attitudinali richiesti per il reclutamento nell'Arma dei Carabinieri fosse una "*tipica manifestazione di discrezionalità tecnica che attiene al merito dell'azione amministrativa*". Tale pronuncia ben si attaglia al concetto di attività tecnica e di merito e viene qui citata poiché proseguendo nella sua disamina si osserva come la conseguenza di tale posizione renda l'accertamento operato dalla Pubblica Amministrazione come non suscettibile di un sindacato di legittimità del g.a..

Tuttavia quanto appena detto incontra delle eccezioni (riguardo l'insindacabilità del g.a.) che si sostanziano ogni qualvolta la manifestazione di discrezionalità tecnica sia inficiata in modo abnorme ed evidente da un macroscopico travisamento di fatti ovvero dalla illogicità ed incongruenza delle conclusioni rassegnate dall'Amministrazione, in tali casi invero il giudice può esercitare il proprio sindacato. Tali ultimi casi limite, non fanno parte del merito amministrativo in senso proprio, ma riguardano meramente una sindacabilità giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica sotto il profilo estrinseco.

Contrariamente a ciò, l'orientamento che ad oggi sembra invece aver preso maggiormente forza tiene distinti due concetti di merito e discrezionalità tecnica e dunque non vede come insindacabile quest'ultima, anzi viene

---

<sup>168</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5540/2011.

specificato<sup>169</sup> come il sindacato del giudice non sia un mero controllo formale che si limiti esclusivamente ai profili estrinseci dell'*iter* logico giuridico seguito dalla pubblica amministrazione, bensì verifichi e valuti l'attendibilità concreta delle operazioni tecniche sotto diversi profili, ivi compresa la valutazione del relativo procedimento applicativo e della sua correttezza. Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato specifica che ormai per "merito amministrativo" possa afferirsi a "*i profili di opportunità e convenienza del provvedimento amministrativo (principio reso anche nel procedimento di valutazione e comparazione dei candidati in un concorso universitario). La valutazione e la comparazione dei candidati in un concorso universitario non attiene a profili di opportunità, ma costituisce applicazione delle norme generali e speciali che regolano tali procedure, benché tali norme attribuiscono ampi margini di valutazione alle commissioni giudicatrici, la cui attività è sindacabile dal giudice amministrativo*"<sup>170</sup>.

Stante il sopra esposto panorama giurisprudenziale, occorre capire se nell'attività di giudizio afferente la discrezionalità tecnica essa possa scindersi in legittimità e merito per meglio comprendere quale sia il relativo sindacato del giudice.

L'orientamento più risalente concernente tale tematica vedeva prevalere il sindacato di tipo "estrinseco" secondo il quale il sindacato del giudice era limitato alla valutazione sul potere tecnico-discrezionale esclusivamente nel caso in cui egli ravvisasse che il provvedimento della Pubblica Amministrazione (e relative conclusioni rassegnate) fosse inficiato da vizi come la manifesta illogicità, insufficiente motivazione o errori di fatto.

---

<sup>169</sup> Consiglio di Stato, Sez VI, n. 4635/2007.

<sup>170</sup> Consiglio di Stato, Sez VI, n. 4635/2007.

Appare però di rilievo notare come, secondo tale impostazione, si vada a delineare un sindacato del giudice ed una relativa giustizia amministrativa che non può annullare dei provvedimenti erronei se corredati da una motivazione supportata da solide e complesse basi di ragionamento degne di merito<sup>171</sup>. Infatti, tra le pieghe di tali complessità argomentative è possibile sovente che si celino dei margini di incertezza o erroneità della soluzione prospettata; per contro, vero è che si priverebbe il giudice della facoltà di compiere una valutazione più accurata dell'*iter* logico giuridico operato dalla Pubblica Amministrazione, rendendo in tal modo sindacabile un provvedimento lesivo *ictu oculi* sul piano della legittimità; d'altro canto si impedirebbe al giudice di poter annullare un provvedimento illegittimo solo perché sorretto da una motivazione che necessita un maggior controllo sul piano della correttezza sostanziale dell'*iter* logico giuridico.

A conferma del fatto che il sindacato del giudice tenda ad essere sempre più incisivo, si rammenta come il giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti della Pubblica Amministrazione - e per quel che qui interessa in relazione a quelli dell'AGCM – sebbene eserciti un sindacato di legittimità che non si estende al merito (eccettuate le sanzioni) deve valutare i fatti e acclarare se la ricostruzione degli stessi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, accertando che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate. Tale tipo di orientamento è stato condiviso dal Consiglio di Stato<sup>172</sup> e ha trovato ulteriore conforto nella pronuncia delle Sezioni Unite

---

<sup>171</sup> Vengono definiti “ragionamenti complessi” nell'articolo sulla *Discrezionalità tecnica* in Rivista Giuridica Diritto e Scienza, n. 3/2012 a cura di M. BRUNETTI e D. NALIN.

<sup>172</sup> Cons. St., Sez. VI, n. 5067/2012.



della Corte di Cassazione<sup>173</sup>. Il problema affrontato nell'ultima sentenza appena citata può essere enucleato nel seguente quesito *“se le valutazioni tecniche operate dalle Autorità al fine di dare attuazione al precetto legale, possano o debbano esser sindacate da parte del giudice amministrativo, pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità”*.

Attraverso questa pronuncia si è tentato ancora una volta di superare quel filone giurisprudenziale secondo cui il controllo svolto dal G.A. a fronte di provvedimenti della autorità amministrative è di tipo “debole” con la conseguenza che il giudice non possa sovrapporre la propria valutazione a quella dell'Amministrazione poiché mal si presta nei casi di tutela dei diritti soggettivi (cf. artt. 24 e 101 Cost).

A conferma di quanto detto le Sezioni Unite precisano che *“l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.”*

Alla luce di ciò, si ricorda come con l'art. 16 della L. 205/2000 sia stata introdotta la consulenza tecnica nel procedimento amministrativo attraverso

---

<sup>173</sup> Cass. Civ. Sez. Un. cit. n. 1013/2014.

la quale il giudice amministrativo è stato dotato di un mezzo istruttorio o di valutazione della prova che gli consente di prendere meglio visione del giudizio espresso dalla Pubblica Amministrazione alla luce della chiarificazione di quelli che si possono definire per brevità “fatti complessi”. Questi ultimi, infatti, spesso si ritrovano alla base dei provvedimenti delle Autorità di settore e dunque anche dell’Autorità Antitrust; infatti se nel processo amministrativo non si fosse introdotta la figura della CTU superando in tal modo l'orientamento che vedeva il giudice amministrativo estremamente limitato nelle sue valutazioni avverso i provvedimenti delle Pubbliche Amministrazioni, ci si troverebbe oggi di fronte al paradosso di aver istituito delle Autorità Indipendenti preposte a dare soluzioni tecnico-discrezionali ad un mercato sempre più esigente, correndo il forte rischio di ingenerare provvedimenti illegittimi (seppur adeguatamente motivati) su cui il giudice non poteva sindacare.

Il termine "paradosso" appare appropriato al quadro teoricamente dipinto, in quanto se il sindacato fosse tutt'oggi così limitato, come inizialmente prospettato, ci sarebbero stati forti pericoli di disomogeneità di tutela e disuguaglianze di trattamento, fenomeni oltre che privi di ancoraggio a qualsivoglia base normativa, manifestamente in contrasto con gli artt. 3, 24, e 113 Cost.

Ad ultimo va rilevato che comunque, laddove vi siano margini di opinabilità in relazione ai concetti giuridici indeterminati, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'AGCM (o a qualunque pubblica amministrazione) nella definizione di concetti come il "mercato rilevante".

Giunti alle battute finali del presente percorso argomentativo, analizzata la discrezionalità tecnica, amministrativa e tutte le relative problematiche e peculiarità delle Autorità indipendenti e dell’AGCM (senza presunzione

alcuna di esaustività visto il tema trattato), appare corretto ritenere che il regime di sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti emanati dall'Autorità incontri come divieto invalicabile quello di sostituirsi all'Autorità amministrativa; tale ultima possibilità, si rammenta, sussiste solo nel caso di applicazione delle sanzioni dell'AGCM, non concerne mai il provvedimento. Dunque, per quanto attiene i nuovi parametri di riferimento del sindacato del giudice amministrativo circa la discrezionalità tecnica sono attualmente la pienezza del controllo di attendibilità e il divieto di sostituzione all'amministrazione.

E' interessante valutare in termini sillogistici il sindacato del giudice nei confronti dei provvedimenti amministrativi connotati da discrezionalità dando vita, in questo modo, grazie ad una differente visione, ad una interpretazione di quanto giuridicamente già esposto<sup>174</sup>.

Nel sindacato operato dal giudice amministrativo sulla legittimità di un provvedimento autoritativo della P.A. può ravvisarsi un'inferenza di natura deduttiva ove la premessa maggiore si individua nelle norme che descrivono i requisiti di legittimità, la premessa minore è identificabile nel provvedimento amministrativo ed infine la conclusione è rappresentata dalla corrispondenza/devianza rispetto alla norma che disciplina la fattispecie di esercizio del potere.

*"In questa inferenza logica l'organo giudicante applicherà, dunque, le stesse regole che l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare nel caso concreto, per stabilire se l'atto è o meno valido<sup>175</sup>..."* e continuano gli

---

<sup>174</sup> Si veda in merito l'interessante articolo sulla *Discrezionalità tecnica* in Rivista Giuridica Diritto e Scienza, n. 3/2012 a cura di M. BRUNETTI e D. NALIN.

<sup>175</sup> Art. Cit. *Discrezionalità tecnica* in Rivista Giuridica Diritto e Scienza, n. 3/2012 a cura di M. BRUNETTI e D. NALIN.

*Autori "...se vi è solo discrezionalità tecnica la regola tecnica è elemento integrante la norma giuridica disciplinante il potere, e l'esistenza di un determinato fatto complesso è un presupposto che determina l'esistenza o il modo di essere del potere. Traducendosi questo potere ... pur sempre nell'applicazione della norma di legge, il suo cattivo esercizio si risolve in un vizio di legittimità del provvedimento, e non può non essere sindacabile sotto il profilo dell'adozione della regola o del modo di formazione del giudizio tecnico".*

Stante la complessità di definizione dei limiti tra ciò che è sindacabile e ciò che non lo è, per poter realizzare una maggiore uniformità di tutela è necessario tracciare dei punti fermi e contestualizzare nel presente discorso alcuni principi amministrativi forti come il principio di buon andamento.

Ponendo a premessa il particolare momento storico attuale in cui – anche per quanto concerne la discrezionalità pura - la tendenza dell'ordinamento amministrativo è quella di voler massimizzare la valenza dei principi di economia attraverso la loro enucleazione nelle norme di diritto che disciplinano il relativo potere; si ricorda che tutte le scelte dell'Amministrazione connotate da chiara ed evidente legittimità, in ossequio al principio di legalità, sono qualificabili come insindacabili per il solo motivo di essere il risultato e dunque manifestazione dell'attività discrezionale (pura) ad essa affidata; invero si sta sempre più tentando di vincolare le opportunità della Pubblica Amministrazione al parametro "principio" del buon andamento, in un'ottica sempre più volta all'ottenimento del giusto "sostanziale". Rimanendo sul tema appena accennato particolare menzione deve essere fatta in merito al quadro di "regolamento" della competenza dell'AGCM e delle altre Autorità amministrative.

Il conflitto di competenza<sup>176</sup> tra l'AGCM e le altre Autorità indipendenti è stato oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali tra cui si richiamano le fondamentali sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2012<sup>177</sup>.

*In primis*, il Supremo plesso è stato interpellato per indagare ed interrogarsi sul rapporto tra la disciplina generale della definizione di pratiche commerciali scorrette (ovvero quella contenuta nel c.d. Codice del Consumo<sup>178</sup> attuativo della direttiva europea 2005/29/CE) e le svariate normative settoriali che disciplinano le medesime pratiche vietate.

In secondo luogo è importante rilevare come il conflitto positivo di competenza tra due Autorità indipendenti ingeneri forti dubbi sulla corretta attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, sia dal punto di vista della certezza del diritto (considerato che due Autorità chiamate ad esprimersi sulla medesima materia possono giungere a soluzioni opposte) sia dal punto di vista della gravosità (economica e non solo) dei procedimenti in parola, visto che gli stessi sono molto dispendiosi ed impegnativi per la Pubblica Amministrazione e per i privati che, in tal modo, si vedrebbero sottoposti ad un duplice procedimento in relazione alle medesime pratiche, venendo disapplicato il noto principio del *ne bis in idem*.

In buona sostanza, il soggetto sottoposto a procedimento dalle due Autorità indipendenti si vedrebbe gravato da un doppio controllo che potrebbe

---

<sup>176</sup> Si rimanda all'articolo di V.R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove l'Autore per parlare dell'istituto del conflitto di competenze utilizza la locuzione "*actio finium regundorum*".

<sup>177</sup> Si fa riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 11-16/2012.

<sup>178</sup> D.lgs. n. 206/2005, mod. dal D.lgs. n. 146/2007.

scaturire in provvedimenti dissimili o persino del tutto divergenti ovvero potrebbe vedersi comminata una "doppia sanzione" per il medesimo fatto o pratica messa in atto, in forte contrasto con il principio di proporzionalità.

A questo punto si richiama la già citata impugnabilità dell'atto endoprocedimentale che aveva ingenerato un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza e verteva sul quesito secondo il quale un atto di comunicazione di avvio di un procedimento avente ad oggetto un abuso di posizione dominante e il relativo potere ispettivo potesse essere oggetto di ricorso ovvero si dovesse attendere per poter ricorrere avverso tale pregiudizio all'impugnazione del provvedimento finale con tutte le conseguenze e correlati effetti lesivi scaturenti da tale *delay*.

Come già anticipato, il principio di non immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali incontra delle eccezioni laddove tali atti siano autonomamente lesivi, differentemente da quanto previsto dal principio generale secondo cui possano ledere solo mediante il provvedimento finale. Si pensi in tal senso agli atti interlocutori di natura vincolata e a quegli atti che imprimono da subito una lesione ed un pregiudizio immediato non più proficuamente perseguibile con il ricorso per ottenere l'annullamento del provvedimento finale.

Il bene della vita leso da tali atti endoprocedimentali, che il soggetto sottoposto a procedimento intende tutelare e perseguire, consiste nel venir meno dell'accertamento posto in essere dalle Autorità ossia il bene primario coincide con l'arresto procedimentale ed ha come immediata conseguenza positiva il non dover più sottostare agli obblighi ed oneri di collaborazione richiesti alle imprese sottoposte ai procedimenti dell'AGCM; tali obblighi infatti sono particolarmente pressanti, intensi e nel caso di mancata o non idonea collaborazione, l'impresa è sottoposta a sanzione.

In sintesi, sembra potersi ritenere che l'impugnabilità degli atti endoprocedimentali sia consentita in presenza di un danno immediato e successivamente irreparabile con il ricorso avverso il provvedimento finale. Un caso concreto in cui si realizza tale fattispecie è quello di una comunicazione di avvio di procedimento ad opera della AGCM nei confronti di una società la quale potrà eccepire l'incompetenza dell'Autorità nel caso in cui riscontri una carenza di potere con utili ripercussioni sia per il privato che per la Pubblica Amministrazione. In questo modo il privato vedrebbe immediatamente tutelato il proprio diritto senza dover attendere fino al provvedimento finale e nel mentre sottostare ad obblighi limitanti la propria sfera di azione; dal canto suo la Pubblica Amministrazione si vedrebbe informata di una eventuale carenza di potere e laddove l'eccezione di incompetenza risulti fondata si realizzerebbe in maniera efficace il tanto caro principio di buon andamento (o buon funzionamento<sup>179</sup>) dell'Amministrazione.

Riprendendo le fila del ragionamento in merito al conflitto di competenza tra due Autorità, si ricorda che ciò che rileva è la diversità degli interessi pubblici in gioco ovvero sia nel caso in cui queste ultime perseguano differenti fini che non possono intendersi alternativi ma complementari.

Pertanto, non può vedersi confliggente il riparto di competenza tra le due Autorità come nel caso occorso tra l'AGCM e l'AGCom (Adunanza Plenaria del 2012 n.11-14), dove invece si è statuito che entrambe le Autorità devono agire in leale collaborazione e agevolare ciascuna i compiti dell'altra, tramite richieste di pareri, consultazioni e ciascuna deve

---

<sup>179</sup> Tale locuzione viene usata da L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, Relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Cons. di Stato, Roma, 25-26.09.2013.

operare per il perseguimento del fine comune, quello cioè consistente nella eliminazione delle pratiche scorrette e lesive per il mercato e per i consumatori.

Per *par condicio* si citano anche i casi in cui il Consiglio di Stato ha disposto che nella sovrapposizione di competenze tra AGCM e Consob (Commissione nazionale per le società e la borsa) non sussista la competenza dell'AGCM ma la sola competenza della Consob che ha dunque potere di intervento sulle condotte degli operatori del settore finanziario che ritiene scorrette con conseguente comminazione delle relative sanzioni<sup>180</sup>. Alla medesima conclusione si è giunti nel caso di un provvedimento in cui l'AGCM si era pronunciata su una pratica commerciale ritenendola scorretta posta in essere da una società assicurativa alla quale era stata comminata anche la relativa sanzione<sup>181</sup>.

Tale ultima decisione trova le origini motivazionali nella complessità e nel dettaglio della normativa speciale per quanto attiene la trasparenza, la correttezza e gli obblighi informativi che devono essere rispettati e vengono richiesti agli operatori di settore nelle diverse fasi procedurali a partire dall'emissione dei titoli proseguendo nelle comunicazioni pubblicitarie fino alla circolazione dei titoli; la competenza della Consob si ricorda è comprensiva di poteri di vigilanza, regolazione, inibitori e sanzionatori.

Nel caso invece vi sia un conflitto positivo di competenze tra diverse Autorità pubbliche aventi entrambe come fine il perseguimento dello stesso

---

<sup>180</sup> Cons. St. Adunanza della Sez. I del 3 dicembre 2008, n.3999/2008.

<sup>181</sup> TAR Lazio, Roma, I, 17 gennaio 2013, n. 535. In questo caso il g.a. aveva deciso che l'Autorità competente fosse l'ISVAP (dal 1 gennaio 2013 divenuto IVASS - Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni).



interesse generale, anche se con differenti strumenti, ciò che regola tale conflitto è il principio di specialità<sup>182</sup>, prioritario per risolvere i casi garantendo la certezza del diritto ed evitando duplicazioni di fattispecie o di giudicati difformi sulla medesima fattispecie. Tuttavia non è sufficiente che la norma speciale sia dotata di elementi ulteriori o di specificità rispetto a quella generale ma deve essere ricorrere anche il requisito della completezza ed organicità della normativa di settore.

In conclusione, deve essere compiuta una verifica sull'esistenza o meno dei citati requisiti per poter meglio comprendere se il comportamento dell'impresa soggetta a procedimento dell'AGCM trovi completa regolazione normativa nelle norme di settore, ivi inclusa, in tale normativa, la possibilità di poter stabilire le modalità di attuazione delle prescrizioni di legge in capo all'Autorità preposta ed infine comminare, in caso di irregolarità o violazione, le relative sanzioni. In tal modo si potrà con certezza eliminare *ex tunc* il dubbio di una doppia competenza tra le due Autorità preferendo quella investita in quel peculiare settore in cui l'impresa ha messo in atto pratiche irregolari o violazioni di legge.

In un'ottica di ottenimento del miglior risultato possibile, il comportamento delle due Autorità deve essere sempre connotato dal principio di collaborazione che può estrinsecarsi tramite richieste di pareri di una Autorità all'altra, per giungere ad un provvedimento che sia il più possibile conforme alle linee di pensiero di entrambe per realizzare una maggior certezza del diritto ed una completezza logico-giuridica (vista la

---

<sup>182</sup> Si veda art. 19, comma 3, d.lgs. n. 206 del 2005. Si ricorda che il principio di specialità opera solamente nel caso in cui vi sia una compiuta ed organica disciplina della materia speciale. Lo stesso art. 19 al medesimo comma specifica che in caso di contrasto tra due norme, prevalgono quelle che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

competenza tecnico-scientifica di cui sono dotati i componenti di entrambe le Autorità).

In sintesi, un comportamento di leale collaborazione tra le Autorità preposte alla vigilanza di determinati settori del mercato<sup>183</sup> non potrà che produrre una maggior uniformità di azione ed eviterà ulteriori sperperi di risorse; anche in ragione del fatto che la mancanza di stabilità delle imprese sottoposte a tali procedimenti con buona probabilità si riverbera a cascata sui servizi offerti ai consumatori ed agli utenti.

Per completare il quadro giurisprudenziale già delineato si evidenzia l'introduzione nel nostro ordinamento del D.L. luglio 2012, n.35, convertito in Legge, con modificazioni, dalla Legge 7 agosto 2012 n. 135 entrato in vigore il 15 agosto 2012, nel quale all'art. 23 co. 12-*quinquiesdecies*, in aggiunta alla previsione dell'innalzamento del massimale delle sanzioni comminabili in casi di pratiche commerciali scorrette, è stata confermata la competenza dell'AGCM in armonia a quanto statuito dal massimo grado di giustizia amministrativa in tema di competenza nell'accertamento e comminazione di sanzioni avverso pratiche commerciali scorrette; salvo il caso in cui le stesse siano attuate in settori dotati di una regolamentazione di matrice comunitaria aventi come

---

<sup>183</sup> A conferma della sempre maggiore volontà pubblica di realizzare la leale collaborazione tra le varie Pubblica Amministrazione e a vari livelli si ricorda che in data 22 febbraio 2011 è stato siglato un importante Protocollo di intesa avente ad oggetto la tutela dei consumatori nell'ambito bancario e finanziario tra l'AGCM e la Banca d'Italia, in cui la prima (l'AGCM) è tenuta ad informare tempestivamente la Banca d'Italia nel caso stia dando avvio ad un'attività pre-istruttoria o ad un procedimento volto a controllare l'eventuale sussistenza di pratiche commerciali vietate poste in essere da degli intermediari. La Banca d'Italia, una volta ricevuta tale comunicazione, dovrà trasmettere all'AGCM la comunicazione delle eventuali sanzioni comminate per le operazioni ritenute scorrette in quanto lesive della trasparenza o correttezza con riferimento agli aspetti sollevati dall'AGCM nella sua iniziale informativa.

finalità la tutela del consumatore e che siano dunque affidate ad un'altra Autorità dotata di poteri inibitori e sanzionatori sulle violazioni indicate. Per il miglior espletamento della predetta procedura deve pure rammentarsi che rimane uno dei capisaldi fondamentali il tema del *controllo* affidato al giudice *sui controllori*<sup>184</sup> esperibile su istanza di parte.

---

<sup>184</sup> Si fa riferimento terminologico alla locuzione latina di Giovenale: *Quis custodiet ipsos custodes?* - *Chi sorveglierà i sorveglianti stessi?* - VI Satira.

## **6. Abuso del processo, della regolazione e dei procedimenti amministrativi: le nuove frontiere degli illeciti antitrust<sup>185</sup>. Conclusioni.**

In questo ultimo paragrafo, si vuole dare contezza, senza pretesa alcuna di esaustività, dell'attuale situazione procedurale e delle nuove forme di illecito Antitrust che timidamente si affacciano e stanno prendendo piede sul panorama afferente la materia in parola, precipuamente si intende tracciare un quadro dalle sfumature incerte e di difficile determinazione inevitabilmente intrecciate all'esercizio di diritti quali: il diritto di azione (e di difesa), l'interesse ad agire e il diritto di partecipazione ai procedimenti amministrativi. Si tratta però di capire quando questi ultimi siano effettivamente esperiti in maniera consona o se vi sia una temeraria volontà sfociante nell'abuso del processo.

In merito si sono susseguite una varietà di pronunce, partendo dalla Commissione Europea che ha trovato conferma nelle decisioni della Corte di Giustizia per approdare in ambito nazionale dove l'impostazione comunitaria ha trovato seguito nei provvedimenti dell'AGCM, pur stante il clima di incertezza che si respira ogni qual volta si da vita ai fenomeni di recente matrice.

Pertanto entrando nel merito processuale dei nuovi illeciti Antitrust, in particolare l'abuso del processo, non si rilevano pronunce degne di nota nella giurisprudenza amministrativa nazionale salvo un isolato caso relativo ad un provvedimento AGCM (n.21297/2010 Caso A383). In quest'ultimo si è fatto riferimento all'utilizzo illecito dello strumento del ricorso e delle

---

<sup>185</sup> Per una più dettagliata analisi dei nuovi illeciti antitrust si rimanda alla lettura di L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma 25-26 settembre 2013 pp. 15-27.

azioni giudiziarie anche se non è stato enucleato come autonoma fattispecie di illecito antitrust<sup>186</sup>, da qui la necessità di fare riferimento alla giurisprudenza europea.

Infatti, la Corte di Giustizia europea ha considerato che il ricorso di un'impresa in posizione dominante al processo contro i propri concorrenti potesse integrare una condotta abusiva e dunque incasellabile nel *genus* di illecito antitrust. Tracciando però tale limite si può incorrere in un *vulnus*, che se non correttamente arginato, potrebbe sfociare in lesioni al diritto alla difesa e al diritto all'azione giudiziale; per la delicatezza del tema trattato la Corte di Giustizia ha voluto specificare le caratteristiche dell'abuso del processo in modo chiaro, stabilendo due elementi essenziali, che dovranno essere interpretati e applicati restrittivamente<sup>187</sup>: 1) deve potersi escludere che l'azione giudiziaria sia volta a far valere i diritti dell'impresa attrice; 2) deve essere evidente che l'azione giudiziaria esercitata dall'impresa attrice abbia carattere vessatorio nei confronti delle imprese rivali, tale azione dev'essere quindi elemento del complessivo disegno di attività anticoncorrenziale posta in essere dall'attrice per eliminare dal mercato le imprese concorrenti<sup>188</sup>. Sembra potersi accogliere l'idea che anche nel processo amministrativo sia riscontrabile, in tale forma di illecito antitrust,

---

<sup>186</sup> Successivamente i giudici amministrativi si sono espressi in entrambi i gradi a favore della legittimità del provvedimento, si veda TAR Lazio, Sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180; Cons. di St., Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722.

<sup>187</sup> Corte di Giustizia Europea, ITT Promedia, Par. 61.

<sup>188</sup> Corte di Giustizia Europea, Causa T-119/2009, *Protégé International*, Par. 49. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma 25-26 settembre 2013. Cit. pp. 16 e ss.; G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*. G. Giappichelli Editore, 2013.

una fattispecie simile alla lite temeraria tipizzata nell'art. 96 Cod. Proc. Civ. .

Nel tema in argomento rientrano pure le categorie di illecito antitrust "di nuova generazione" quali l'abuso della regolazione e quello dei procedimenti amministrativi. Le stesse riguardano le imprese, generalmente in posizione dominante o titolari di un diritto esclusivo, che realizzano un uso strumentale ed abusivo delle regole pubbliche. In buona sostanza, questo tipo di illecito è riscontrabile come già detto sia nell'abuso di procedimenti ovvero provvedimenti amministrativi volti all'ottenimento o all'estensione della durata di diritti di esclusiva<sup>189</sup> sia quando abbiano come fine ultimo quello di ritardare l'accesso altrui nel mercato rilevante<sup>190</sup>; o ancora nell'abuso della propria posizione di vantaggio nel mercato per influenzare il regolatore.

Il percorso di definizione di tali categorie di illeciti è ancora lontano dall'essere determinato, infatti, per citare un esempio concreto si ricorda il caso *Ratiopharmer/Pfizer* nel quale l'AGCM aveva rigettato gli impegni presentati dall'impresa e la sanzionava per 10.6 milioni di euro. Tuttavia, successivamente il provvedimento veniva impugnato innanzi al TAR, il quale annullava la decisione di rigetto degli impegni ed il provvedimento finale<sup>191</sup>. Il giudice amministrativo osservava come la società Pfizer fosse

---

<sup>189</sup> Si veda il caso della impresa farmaceutica AstraZeneca ed altre in Assonime *Information Technology, Innovation and Competition Law: the Role of the Courts*, in *Note e Studi*, n. 9/2013.

<sup>190</sup> Si veda in merito il caso A431, Provvedimento AGCM n. 23194, 11 gennaio 2012, *Ratiopharmer/Pfizer*, in *Boll. N. 2/2012*, par. 177; in cui era stata posta in essere una strategia idonea a creare incertezza giuridica sulla concretezza della possibilità di commercializzazione di un nuovo farmaco generico, causando il ritardo dei genericisti nell'ingresso del mercato rilevante.

<sup>191</sup> TAR Lazio, Sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

quasi sempre la convenuta nei giudizi e pertanto considerava irrilevante il fatto che molti dei giudizi fossero stati avviati a seguito di diffide notificate dalla Pfizer alle imprese "genericiste"; giungendo alla conclusione secondo la quale un'impresa - seppur in una posizione dominante – non debba subire un aggravio delle sue responsabilità e vedersi limitare in tal modo il proprio diritto alla difesa, che le deve comunque essere garantito nel contenzioso ingenerato da altre società.

Infine, per quanto concerne l'ultima categoria di illeciti di “nuova generazione” qui sommariamente accennati, si rileva nello specifico come circa l'abuso di procedure amministrative, non si possa ritenere la richiesta di un brevetto (divisionale) abusiva *ex se*. Nel caso in esame, l'AGCM ricorreva argomentando l'infondatezza di fatto della richiesta di tutela dell'opera intellettuale eccependo l'invalidità del brevetto principale poiché quest'ultimo, dopo essere stato sospeso dall'autorità competente, veniva successivamente dichiarato valido.

A parere del giudice, le condotte esaminate dall'Autorità non potevano ritenersi abusive e come tali escludenti, invero le stesse venivano considerate all'interno dell'alveo delle azioni ordinarie, le quali potevano essere messe in atto dall'impresa al fine di tutelare le proprie situazioni giuridiche soggettive. Lo stesso giudice amministrativo evidenziava come l'AGCM avrebbe dovuto dimostrare che le condotte presentassero *“un evidente intento escludente alla luce di un quid pluris che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario”*.

Volgendo alle conclusioni del presente lavoro, si osserva come il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sia finali che endoprocedimentali dell'AGCM (e delle Autorità Indipendenti in generale)

sia esso stesso uno strumento di garanzia per evitare l'eccedenza in determinazioni regolatorie, erronee o comunque alienanti la funzione ed il potere conferitogli. Vero è che secondo un ormai consolidato orientamento condiviso, si può ritenere che il giudice amministrativo debba valutare i fatti, acclarare se la ricostruzione operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, accertare che le norme giuridiche interessate siano correttamente individuate, interpretate ed applicate. Nel qual caso lo stesso ravvisi dei margini di opinabilità per quel che riguarda i concetti giuridici indeterminati, egli non potrà comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di concetti come "mercato rilevante", salvo che la definizione adottata dall'Autorità stessa sia caratterizzata da travisamento di fatti, illogicità o violazione di legge<sup>192</sup>.

All'uopo si richiamano le parole del Consiglio di Stato il quale ha avuto modo di statuire che il giudice amministrativo "*nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità*" può esercitare un sindacato di *plena cognitio* sui fatti oggetto dell'indagine e sul percorso logico-giuridico scelto dall'AGCM caso per caso. Laddove il giudice amministrativo ritenga dunque che nella verifica di tali elementi l'Autorità abbia agito secondo legittimità e sulla base di un'esatta applicazione delle

---

<sup>192</sup> Ex multis: Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896 e 14 luglio 2011, n. 4283" (Consiglio di Stato, 1° marzo 2012, n. 1192, Mercato dello zolfo grezzo e 24 settembre 2012, n. 5067, Acea - Suez Environment/Publiacqua; TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane nonché 18 dicembre 2012, n. 8614, Alitalia).



regole tecniche e dei concetti giuridici indeterminati si vedrà costretto ad arrestare il proprio sindacato<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Cons. di St., 13 settembre 2012, n. 4873, Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato.

## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in Riv. amm., 1985.
- A. ADINOLFI, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2007.
- A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in Dir. pubbl., 2002.
- U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, in Vol. 4. Cedam, 1965;
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997.
- L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, 1995, Milano.
- F. AMATORI e A. COLLI, *Impresa e industria in Italia: dall'Unità a oggi*, Marsilio Editori, 1999.
- G. AMORELLI, *Amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com, 1991.
- V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, 1966.
- M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004.
- P. BARCELLONA, *Stato e mercato: fra monopolio e democrazia*, in Vol. 10. De Donato, 1976.

- F. BENVENUTI, *Istruzione nel processo amministrativo*, Voce in Enc. dir., vol. XXIII, Milano, 1973.
- M. BALDASSARRI - A. MACCHIATI, *The privatization of public utilities: the case of Italy*, Edizioni Diego Piacentino, 1997.
- F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, 2005.
- C. BRUSCO, *La valutazione del giudice e l'apporto del sapere tecnico scientifico: alcune considerazioni sulla prova scientifica*, Atti del Seminario CSM *La tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro*, Roma, 6, 2008.
- M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001.
- P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Vol. 180, Il Mulino, 1978.
- V.R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), *relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future"*, svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013.
- M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, 1982.
- E. CARACCILO LA GROTTIERIA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, EDI, Salerno, 2008, 134.
- R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2000.

- B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, in *Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002;
- F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Editore, 2011.
- S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in Riv. It. Sc. Giur., 1968.
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002.
- S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, in *Regolazione e Concorrenza a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI*, Ed. Il Mulino, 2001.
- S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C.
- FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia: dall'Ottocento ai giorni nostri*, (Vol. 619) Einaudi, 1995.
- N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Giuffrè, 1957.
- P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente": contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost*, CEDAM, 1978.
- S. CAVATORTO - A. LA SPINA, *Le Autorità indipendenti in Italia*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2009;
- V. CERULLI IRELLI – C. PINELLI, *Verso il federalismo. Normazione e*

*amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, 2004.

F. CHABOD - E. SESTAN - A. SAITTA, *Storia dell'idea d'Europa*, Vol. 16, Bari, Laterza, 1961.

E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità Indipendenti: problemi e conseguenze*, in Convegno organizzato da Nexus, Roma, 27 febbraio 2006.

E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Vol. 18. Mursia, 1977.

A. CIANCIO, *Riforma elettorale e ruolo garantistico del presidente di Assemblea parlamentare: un modello in crisi?*, in *Dir. E Soc.*, 1996.

F. CIOFFI, *Artt. 2595-2642: concorrenza, consorzi, disposizioni penali*, in Vol. 2595. Giuffrè Editore, 2009;

M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro Amm.*, 2003.

M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993.

J. M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, in *The American Economic Review*, vol. XXX, n.2, 1940

A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001. S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. Soc.*, 1994.

F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti <<regolatrici>>*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000.

S. DETTERBECK, *mit Verwaltungsprozessrecht*, 2011.

M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, 2006.

F.Y. EDGEWORTH, *La teoria pura del monopolio*, in *Giornale degli economisti*, 1897.

P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il mulino, 2004.

C.A. FAVERO, *Privatizzazione e stabilizzazione del debito pubblico in Italia*, in *Politica economica*, 1992.

S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.

J.K. GALBRAITH, *American Capitalism*, 1952.

G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003.

M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, N. 12, Giuffrè Editore, 2008.

R.GIOVAGNOLI e M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrine e giurisprudenza. Con CD-ROM*. Giuffrè Editore, 2009.

G. GHIDINI - M. CLARICH - F. DI PORTO - P. MARCHET, *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Giuffrè Editore, 2011.

GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997.

G. GUARINO, *Le Autorità Garanti nel sistema giuridico*, (Atti convegno di Sorrento 30.5.1997 - Associazioni Italiana Costituzionalisti), 1997; cf. inoltre BEDOGNI, C. RABITTI, P. BARUCCI, *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli Editore, 2010.

G. GUARINO, *La grande rivoluzione: l'unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Convivenza e Libertà, scritti in onore di G. Abbamonte*.

C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.

C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della "regolazione" indipendente del mercato*, Bari, 2005.

G. HOFSTEDE, M. MINKOV, *Cultures and organizations*. New York: McGraw-Hill, 1997.

C. KRUSICH - A. LOTTI - M. ROSSI, *Le privatizzazioni italiane: un'analisi*, Studi e note di Economia n. 1/1998.

L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e Legalità - Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999)*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

L. IANNOTTA, *Principio di legalità e Amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità: fonti normative ed ordinamenti*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*.

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, 2001, Edizioni Cedam.

M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005. LUGO, *Considerazioni sull'istruzione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1977.

LOMBARDINI, *Il monopolio nella teoria economica*, Società Editrice "Vita e pensiero", 1953;

C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole, le autorità indipendenti*, Bologna, 1996.

M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Editori Laterza, 2007.

S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, G. Giappichelli, 2002.

A. MARSHALL, *Principles of Economics*, 1890, tradotto in italiano (Utet), *Principi di Economia*, Torino, 1905.

MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, 1748.

G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo: Rivista Trimestrale n. 4*, 2007.

G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, a cura di A. PREDIERI, Firenze, 1997.

M. MOTTA, M. Polo, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005.

I. MUSU, *Gli aspetti economici della costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in *Note di Lavoro*, 2008.

G. NARDOZZI, *Miracolo e declino. L'Italia tra concorrenza e protezione*; in *Storia Del Pensiero Economico*, 2005.

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.



S. NICCOLAI, *Mercato come valore o come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991.

G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1996.

F. PICA, *L' autonomia finanziaria dei comuni e l'attuazione della riforma del titolo V della Costituzione*, Giappichelli, 2011.

G. PIZZANELLI, *Servizi pubblici e principio di sussidiarietà tra società e Stato*, 2004 in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*.

A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, 2007.

A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991.

A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, 2006.

M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998.

RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di CASSESE, V, Milano, 2006.

G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Giappichelli Editore, 2013.

A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli 1984.

SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1990.

F. M. SCHERER, *Predatory pricing and the Sherman Act: A comment*, in

*Harvard Law Review*, 1976.

F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2007.

F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, 2007, Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 5156, in *Foro it.*;

H. SCHULZE-FIELITZ, *Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, *Juristenzeitung*, 1993.

F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, 2013.

F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, Vol. I, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, MONDUZZI, 2001.

F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo II Edizione*, Giappicchelli Editore, Torino, 2011.

F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successive*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000.

M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*.

G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Editoriale scientifica, 2003.

G. TESAURO - M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, 2000.

G. TESAURO- M. TODINO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enc. Dir.*, 2002.

L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza*, 1992.

- L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 2013, Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma 25-26 settembre 2013.
- L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999.
- L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Vol. 149. Wolters Kluwer Italia, 2008.
- A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500*, in *Foro It.*, n.3, 2004.
- A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico* 10.2, 2004.
- L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Appendice di, 2003.
- VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995.
- VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991.
- M. VITO, *La vicenda dell'Antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Riv. Dir. Ind.*, vol. I, 1995.
- O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies*, New York, 1975;
- A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, 1998.