



Donato Vese

**SUL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE DECISIONI DELL'AGCM. PIENEZZA DELLA
GIURISDIZIONE E TUTELA DEI DIRITTI***

SOMMARIO: 1. Il problema della pienezza della tutela sulle decisioni dell'AGCM nella recente normativa europea e italiana. – 1.1. La recezione della direttiva europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. – 1.2. L'efficacia vincolante della decisione dell'AGCM per il giudice ordinario in sede di *private enforcement*. – 1.2.1. Il problema dell'accertamento in sede di *public enforcement* del fatto e delle valutazioni tecniche della decisione dell'AGCM non impugnata o (ove impugnata) non annullata dal giudice amministrativo. – 1.2.2. Il problema (temporale) dell'interesse a ricorrere (eventuale) avverso la decisione dell'AGCM adottata in sede di *public enforcement* nei confronti delle (possibili) azioni risarcitorie in sede di *private enforcement* dei terzi lesi dall'illecito antitrust. – 1.3. La normativa europea ed il rafforzamento del sistema di *private antitrust enforcement*. – 1.4. La disposizione dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione. – 2. La recente posizione della giurisprudenza italiana in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 2.1. La limitazione dei poteri del giudice amministrativo attraverso il binomio sindacato esterno/sindacato debole. – 2.2. La posizione del Consiglio di Stato. – 2.3. La posizione dei tribunali amministrativi regionali. – 2.4. La posizione della Suprema Corte di cassazione. – 3. Gli orientamenti della dottrina contemporanea: aperture e (nuovi) limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 3.1. I tradizionali limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. – 3.1.1. La natura del giudizio svolto da AGCM e le valutazioni (economiche) complesse. – 3.1.2. Discrezionalità tecnica e concetti giuridici indeterminati. – 3.2. I termini attuali del dibattito. Il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ed i suoi limiti. – 3.2.1. Il sindacato di full jurisdiction come rimedio del processo ai difetti del procedimento amministrativo. – 3.2.2. Il giudizio sul rapporto e l'intensificazione del sindacato sul modello dei poteri cognitori e decisorii spettanti al giudice ordinario. – 3.2.3. Il controllo di ragionevolezza e proporzionalità e la riaffermazione del sindacato non sostitutivo sul merito amministrativo come limite invalicabile per il giudice. – 4. La cognizione piena sui fatti e sui profili tecnici come elemento essenziale della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. – 4.1. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona. – 4.2. L'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato nel diritto positivo europeo e italiano. – 4.3. La giurisprudenza della Corte EDU sulla disciplina della full jurisdiction. – 5. Pienezza del sindacato e giurisdizione amministrativa sulle decisioni dell'AGCM nel diritto positivo italiano ed europeo. – 5.1. La limitazione della giurisdizione sugli atti dell'AGCM e la violazione del diritto di difesa convenzionalmente e costituzionalmente sancito nell'ordinamento europeo e italiano. – 5.2. L'art. 24 Cost. sul diritto di agire in giudizio come norma che esige il sindacato pieno del giudice amministrativo sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona. – 5.3. L'art. 6, par. 1, CEDU e il principio della full jurisdiction sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona. – 5.4. Inquadramento di fatti e profili tecnici resi dall'AGCM all'interno del merito amministrativo e loro insindacabilità. Critica. Riconduzione di tali elementi alla discrezionalità tecnica e loro piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo. – 6. Il sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo nella concezione del potere pubblico come potere funzionalizzato al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali della persona.

* Il presente scritto è frutto in parte di un periodo di ricerca svolto dall'autore alla University of Oxford presso il Centre for Socio-Legal Studies della Faculty of Law.



Parole chiave: Giurisdizione piena, sindacato del giudice, AGCM, art. 24 Cost., art. 6, par. 1, CEDU, Tutela dei diritti fondamentali.

Keywords: Full Jurisdiction, Judicial Review, Italian Antitrust Authority, Article 24 Italian Constitution, Article 6, paragraph 1, ECHR, Legal Protection of Human Rights.

Abstract italiano

La recente normativa italiana in materia di *private antitrust enforcement* (art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3) ha posto non pochi problemi in ordine al tema della tutela giurisdizionale e della relativa tutela dei soggetti lesi a fronte di una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Il legislatore italiano, recependo la direttiva europea 2014/104/UE, ha stabilito in sostanza che l'accertamento dei fatti e la ricostruzione dei profili tecnici compiuti dall'AGCM nelle sue decisioni non siano più sindacabili dal giudice ordinario in sede di risarcimento del danno, laddove tali decisioni non vengano impugnate dinnanzi al giudice amministrativo o non vengano annullate da tale giudice se impugate.

Il dato positivo svela, dunque, una evidente criticità. Se il giudice ordinario, in virtù della recente normativa, non può più sindacare la constatazione di fatti e profili tecnici svolta dall'autorità antitrust in una sua decisione, allorché questa non sia più soggetta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo perché inoppugnabile o perché la richiesta di annullamento sia stata respinta da quel giudice, si avrà che in simili casi l'unico organo giurisdizionale legittimato a sindacare la ricostruzione offerta dall'AGCM sia proprio il giudice amministrativo. Il problema della pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'autorità antitrust, quindi, sarebbe risolto dalla logica estensione dei poteri cognitori, istruttori e decisorio del giudice amministrativo ai fatti e alle valutazioni tecniche così come ricostruiti dall'AGCM. Senonché, nel silenzio della legge, la tesi del sindacato di merito del giudice amministrativo su fatti e profili tecnici resi dall'AGCM è oggi confutata dalla prevalente giurisprudenza e da significativa parte della dottrina.

In questa prospettiva dall'analisi del dato giurisprudenziale e dottrinale ciò che emerge in modo nitido è la forte limitazione che il giudice amministrativo incontra in ordine al suo potere di riformulare le valutazioni tecniche e di rivedere i fatti per come delineati dall'AGCM. In quest'ambito a farsi largo sono le note tesi che – più e meno recentemente – hanno inquadrato il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche entro i confini del sindacato 'esterno' (limitato cioè al vaglio della sola legalità esterna dell'esercizio del potere) e 'debole' (in cui cioè la decisione del giudice non può mai sostituire la decisione dell'autorità). Sicché allo stato attuale delle cose si prospetta il seguente paradosso: se il controllo sul merito delle decisioni dell'AGCM del giudice ordinario è impedito dalla legge e quello del giudice amministrativo, nel silenzio di questa, dalla giurisprudenza e – in parte – dalla dottrina si avrà che mai alcun giudice, nel rispettivo giudizio, sindacherà la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta unilateralmente dall'AGCM. Tale risultato si pone verosimilmente in contrasto con il principio della pienezza della tutela giurisdizionale, così come sancito nell'ordinamento interno dal dato costituzionale (art. 24 Cost.) e nell'ordinamento europeo dal dato convenzionale (art. 6, par. 1, CEDU).

Muovendo dall'interpretazione del dato positivo offerto dal diritto italiano (artt. 24, 111 e 113 Cost.) ed europeo (artt. 6 e 13 CEDU, 47 CDFUE) come dato che postula la *full jurisdiction*, il presente scritto intende offrire una soluzione al problema del sindacato di merito del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM a partire da una diversa concezione della natura e della funzione del potere pubblico come potere che, in virtù della spettanza della sovranità al popolo (art. 1), è funzionalizzato al godimento pieno ed uguale e alla tutela (art. 3 Cost.) dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.). In quest'ottica, scopo della ricerca sarà anzitutto quello di mostrare, attraverso l'elaborazione



del concetto di processo e di sindacato, come la cognizione autonoma di fatti e profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. Una volta preso atto che la cognizione autonoma del merito amministrativo rappresenta elemento basilare della funzione giurisdizionale, la cui insindacabilità sfocia nella violazione del diritto di difesa costituzionalmente e convenzionalmente garantito dal diritto italiano ed europeo, scopo della ricerca sarà quello di ricostruire la disciplina dell'art. 24 Cost. e dell'art. 6, par. 1, della CEDU in vista di affermare la pienezza del sindacato del giudice sulle decisioni dell'AGCM in ordine alle valutazioni tecniche e all'accertamento dei fatti che questa abbia svolto nell'esercizio del potere assegnatogli dall'ordinamento per la cura dell'interesse pubblico, vale a dire per la massimizzazione dei diritti della persona da parte di quell'autorità. Nella parte finale, ricondotto il potere dell'autorità amministrativa all'assolvimento dei diritti come richiesto dal tessuto costituzionale, si sosterrà la tesi dell'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, attraverso un controllo anche di tipo sostitutivo, sugli atti dell'AGCM in vista di assicurare la pienezza della tutela della persona.

Abstract inglese

The latest Italian legislation on private antitrust enforcement (Article 7 Legislative Decree 19 January 2017, n. 3) has raised many problems concerning judicial protection and, in particular, protection of subjects whose interests have been harmed by the Italian Competition Authority's decisions. The Italian legislator, transposing the Directive 2014/104/EU, has established that factual findings and technical assessments carried out by the AGCM in its decisions can no longer be subjected to the (civil) court's review in context of compensation for damages if authority's decisions are not challenged before the administrative judge or, if challenged, these are not annulled.

It is clear that, if court cannot review factual findings and technical assessments carried out by the antitrust authority, when the authority's decision can no longer be challenged before the administrative judge because the request of annulment has been rejected, only administrative judge will be legitimated to review AGCM's reconstruction.

The problem concerning the full jurisdiction over antitrust authority's decisions, therefore, it would be solved extending administrative judge's review to AGCM's factual findings and technical assessments. However, the thesis of administrative judge's review is rejected by significant part of jurisprudence and legal doctrine. In this sense, in legal literature clearly emerges a strong restriction of the administrative judge's power to review AGCM's technical assessments. In this context it begins to develop the thesis concerning administrative judge's "external" or "weak" review.

At present a paradox emerges: if the court's review over AGCM's decisions is prevented by law and, on the contrary, the administrative judge's review, in the silence of law, is prevented by jurisprudence and part of the legal doctrine, no judge will be able to review AGCM's factual findings and technical assessments. This result contrasts with principle of the full jurisdictional protection, as established by the Italian constitutional law (Article 24 Const.) and by the European Convention of the Human Rights (Article 6, paragraph 1, ECHR).

Starting from the interpretation of Italian law (Articles 24, 111 and 113 Const.) and European law (Articles 6 ECHR) as facts that admit the full jurisdiction, this paper aims to offer a solution to the problem of the administrative judge's review over AGCM's decisions, moving from a different notion of nature and function of the public power that, in view of people's sovereignty (Article 1 Const.), must guarantee the full and equal legal protection (Article 3 Const.) of the fundamental rights (art. 2 const.). In this perspective, the aim of the research will be to show, through a different interpretation of judicial review, how the full jurisdiction over factual findings and technical assessments constitutes a fundamental element of the administrative judge's jurisdictional function.

Once confirmed that full jurisdiction represents a fundamental element of the jurisdictional function, whose unquestionability results in violation of the right of defense guaranteed by Italian and European law, the aim will be to reconstruct the discipline of Article 24 Italian



Constitution and Article 6, paragraph 1, ECHR in order to confirm the fullness of the judge's review over Antitrust Authority's decisions concerning technical assessments and factual findings carried out by the authority in the exercise of the power assigned by law to care public interest, that is to say to "maximize individual rights".

In the final part, it will be supported the extension of administrative judge's review over Antitrust Authority's acts in order to ensure the individual's full protection.

1. Il problema della pienezza della tutela sulle decisioni dell'AGCM nella recente normativa europea e italiana.

1.1. La recezione della direttiva europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3

La recente recezione della normativa europea in materia di *private antitrust enforcement* da parte della legislazione italiana ha posto non pochi problemi per ciò che riguarda la pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato¹ (d'ora in poi AGCM), sollevando fondati dubbi sulla legittimità

¹ La letteratura italiana sull'argomento è ampia, per limitarci alla dottrina amministrativistica che ha affrontato la questione del controllo giudiziale sugli atti dell'autorità antitrust prima (e al di là) dell'emanazione della direttiva europea del 2014 si v. I. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in *Dir. econ.*, 1992, p. 573 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune «autorità garanti» e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 257 ss.; F. PELLIZZER, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Trento, 1993, p. 32 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 646 ss.; ID., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, p. 3865 ss.; M. ANTONIOLI, *La legge « antitrust » dinanzi al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 1260 ss. e ID., *Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 93 ss.; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 71 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 107 ss.; S. CRISCI, *Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tutela giurisdizionale*, in *Cons. Stato*, 1996, p. 555 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 251 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, p. 11 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 649 ss.; M. SCUFFI, *La tutela antitrust avanti al giudice amministrativo*, in M. TAVASSI, M. SCUFFI (a cura di), *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 143 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 1999, p. 1149 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 469 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 430 ss.; A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Anal. giur. econ.*, 2002, p. 425; R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 170 ss.; ID., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 245 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti della Autorità Antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1060 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, p. 112 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 303; S. SCREPANTI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rass. Avv. St.*, 2008, p. 393 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, p. 76 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507 ss.; ID., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*,



costituzionale di tale intervento legislativo² e più in generale sulla adeguatezza del sindacato del giudice amministrativo rispetto alla tutela effettiva delle posizioni soggettive incise dai provvedimenti adottati da quell'autorità.

Dal punto di vista positivo, si intende fare riferimento al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3³ con cui l'ordinamento italiano, sulla scorta della delega contenuta nella l. 9 luglio 2015, n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014), ha dato attuazione alla direttiva 2014/104/UE⁴ relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni del diritto della concorrenza negli Stati membri e nell'Unione europea. Particolare rilievo, ai fini del presente lavoro, assumono quelle disposizioni normative del decreto in parola, in cui viene previsto che la decisione dell'AGCM sia insindacabile dal giudice ordinario laddove la decisione di tale autorità non venga impugnata o non venga annullata dal giudice amministrativo se impugnata.

Si tratta, segnatamente, della porzione normativa inerente al primo periodo dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017⁵, la quale, con riguardo all'azione per il risarcimento del danno, stabilisce che una violazione del diritto alla concorrenza debba intendersi «definitivamente accertata» nei confronti del soggetto autore dell'infrazione, allorché la

2018, p. 1207 ss.; F. GOISIS, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; ID., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.

² Non ritiene vi siano fondati dubbi di legittimità costituzionale M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, 2014, p. 461, il quale, esprimendosi in relazione al testo (ancora in fase di approvazione al momento in cui scrive) dell'art. 9 della direttiva europea 2014/104/UE, afferma che la tutela piena per i soggetti interessati sarebbe garantita dall'art. 113 Cost. e, dunque, dal fatto che il giudice amministrativo, possa esercitare un sindacato pieno di legittimità sul provvedimento dell'AGCM. Ma, come si sosterrà nel corso della trattazione, è proprio sul versante della pienezza del sindacato del giudice amministrativo e delle sue evidenti criticità emergenti dal dato giurisprudenziale e dottrinale, che si pone la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017; e ciò non tanto in relazione all'art. 113 Cost. (che pure è indirettamente toccato dalle norme in esame), quanto piuttosto all'art. 24 Cost. Secondo G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1002-1003, «l'innovazione apportata dal citato art. 9 pone [...] gravi problemi. Perché la perdita della cognizione piena del Giudice ordinario in ordine all'accertamento della illiceità, già oggetto di decisione dell'Autorità garante, se non altrimenti compensata porterebbe ad un deficit (complessivo) di tutela giurisdizionale, che sarebbe difficilmente compatibile con nostri precetti costituzionali e che finirebbe per contrastare con la stessa Direttiva». Sul punto si v. anche F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 218, che sostiene l'incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 per difetto di delega, nonché la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto in contrasto con l'art. 6 CEDU come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

³ Su cui si v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, p. 9 ss.; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danni antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 3, p. 991 ss.; G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Il Corriere giur.*, 2017, p. 441 ss.

⁴ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014. Su tale direttiva, nella dottrina amministrativistica, si v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 999 ss.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, cit., p. 76 ss.; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità Nazionali della Concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, spec. p. 303 ss. Più in generale sulla direttiva in esame cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno «antitrust»*. *Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 265 ss.; S. BASTIANON, *La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie «antitrust» e le prospettive di ricorso ai «consensual settlements»*, ivi, p. 331; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Verso il recepimento della direttiva sul «private enforcement» del diritto «antitrust»*, ivi, p. 257; TADDEI, *Il risarcimento dei danni «antitrust» tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva Ue del 2013*, ivi, p. 183; R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784; G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 301.

⁵ Il testo dell'art. 7, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 3/2017 è così formulato: «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».



constatazione dell'AGCM compiuta in sede di *public enforcement* non possa essere più sottoposta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo («*giudice del ricorso*») o per la quale sia intervenuta una sentenza passata in giudicato dello stesso giudice senza che questi abbia riformato le determinazioni, vale a dire di un provvedimento amministrativo inoppugnabile perché non impugnato o perché la richiesta di annullamento sia stata respinta da quel giudice.

La norma, come anticipato, recepisce l'indicazione di matrice comunitaria contenuta nell'art. 9 della dir. 104/2014/UE, dove il legislatore europeo richiedeva agli Stati membri di stabilire quando una violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale antitrust o del giudice amministrativo, fosse da intendersi definitivamente accertata ai fini della proponibilità dell'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE) per l'ordinamento dell'Unione europea o ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per l'ordinamento italiano.

Infine all'ultimo periodo la norma italiana, in conformità con la direttiva europea, specifica che l'efficacia vincolante dell'accertamento effettuato in sede di *public antitrust enforcement* dall'AGCM «*riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*», i quali potranno essere messi in discussione dal convenuto (l'impresa a cui è stata contestata la violazione alla disciplina sulla concorrenza) in sede di *private antitrust enforcement* dinnanzi al giudice ordinario.

1.2. L'efficacia vincolante della decisione dell'AGCM per il giudice ordinario in sede di *private enforcement*.

1.2.1. Il problema dell'accertamento in sede di *public enforcement* del fatto e delle valutazioni tecniche della decisione dell'AGCM non impugnata o (ove impugnata) non annullata dal giudice amministrativo.

Appare chiaro che il dato positivo di matrice comunitaria, così come trasposto nell'ordinamento italiano tramite il d.lgs. n. 3/2017, per quanto lo si voglia interpretare diversamente, pone il giurista dinnanzi ad una lettura obbligata di tali norme.

Questa lettura impone all'interprete di tenere presente come l'*acquis* comunitario e il dato positivo italiano vigenti conferiscano alla decisione amministrativa dell'AGCM, con la quale essa compie le sue valutazioni di carattere tecnico ed espleta l'accertamento dei fatti attribuendo loro una certa qualificazione giuridica, un'efficacia vincolante che “fa stato” *erga omnes*⁶ per il rito risarcitorio dinnanzi al giudice ordinario in sede di *private enforcement* allorché, giova ribadirlo, tale decisione per le ragioni anzidette:

⁶ Sul punto si v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 1009-1010, secondo il quale «a seguito della nuova Direttiva [...] l'accertamento della condotta antitrust compiuta dall'Autorità si trasform[a] da accertamento



- i) non sia impugnata dinnanzi al giudice amministrativo, divenendo così un provvedimento inoppugnabile per quanto concerne le valutazioni tecniche e gli accertamenti fattuali svolti dall'AGCM in sede di *public enforcement*;
- ii) pur essendo impugnata dinnanzi al giudice amministrativo, non sia annullata da quest'ultimo che così implicitamente conferisce valore di cosa giudicata alle valutazioni tecniche ed agli accertamenti di fatto compiuti dall'AGCM in sede di *public enforcement*.

In ragione di ciò il giudice civile, chiamato a pronunciarsi ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990⁷ in sede di *private enforcement* per il riconoscimento dei danni eventualmente patiti dalla vittima dell'illecito concorrenziale, non potrà più accertare in modo autonomo la vicenda posta alla sua cognizione, ma dovrà (A) giudicare sulla base delle sole constatazioni fattuali, delle valutazioni tecniche e delle qualificazioni giuridiche compiute dall'AGCM nel procedimento con il quale tale autorità ha accertato la violazione della normativa antitrust che non sono state oggetto di impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo.

Nel giudizio civile per il risarcimento del danno da illecito concorrenziale, stessa efficacia vincolante avranno (B) quelle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, per le quali tale giudice non abbia annullato il provvedimento amministrativo dell'AGCM, così implicitamente confermando le ricostruzioni fattuali, le valutazioni tecniche e le qualificazioni giuridiche compiute *prima facie* dall'autorità antitrust.

1.2.2. Il problema (temporale) dell'interesse a ricorrere (eventuale) avverso la decisione dell'AGCM adottata in sede di *public enforcement* nei confronti delle (possibili) azioni risarcitorie in sede di *private enforcement* dei terzi lesi dall'illecito antitrust

Quello appena delineato non è l'unico punto di osservazione da cui guardare la recente normativa. A ciò se ne aggiunge un altro strettamente connesso al primo ed a cui si ricollega una problematica di non poco conto in materia di pienezza della tutela delle posizioni soggettive incise dalle decisioni adottate dall'AGCM sul versante del *public antitrust enforcement*. Tale altro angolo visuale suggerisce di valutare la coerenza fra le norme emanate in sede

strumentale al provvedimento finale in accertamento principale e autonomo». Si tratta, dunque, di un accertamento che «*fa stato*» sulla sussistenza dell'illecito e «*fa stato*» erga omnes». Secondo l'A. «*solo così, infatti, si può giustificare il suo carattere vincolante per il Giudice civile e la possibilità dei terzi di avvalersi di tale accertamento vincolante*». Va sottolineato, pure, come l'accertamento dell'AGCM abbia una «*efficacia dichiarativa sua propria*» tant'è che «*se si trattasse di una sentenza, si potrebbe parlare di "capo" autonomo. Con l'ulteriore conseguenza che il contenuto dispositivo della decisione dell'Autorità non può più essere considerato singolo, ma (almeno) duplice: esso comprende, oltre agli effetti costitutivi (che sono tipici del provvedimento amministrativo e che, nella specie, costituiscono il risultato dell'esercizio del potere sanzionatorio e/o inibitorio e ripristinatorio), anche e prima ancora effetti dichiarativi (correlati all'accertamento dell'illecito)*».

⁷ L'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990, come novellato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, (convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), attribuisce al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1, d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168 «*le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV*».



europea e nazionale, specialmente per ciò che riguarda l'efficacia vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust, e la categoria processuale dell'interesse a ricorrere, con particolare attenzione ai profili temporali di quest'ultimo.

Da questa angolatura non sembra secondario considerare come un'impresa che abbia subito l'accertamento negativo dell'AGCM possa avere non un unico ma una pluralità di interessi ad impugnare il provvedimento emanato dall'autorità antitrust⁸. Inoltre, non è dato escludere che alcuni degli interessi dell'impresa si possano palesare solo eventualmente e quindi in un tempo non coincidente con l'emanazione del provvedimento.

Bisogna osservare pure come l'impresa oggetto di accertamento di un illecito antitrust, ad esempio perché abbia concluso un'intesa restrittiva della concorrenza o perché abbia abusato della posizione dominante tenuta sul mercato di riferimento, possa essere propensa a non contestare dinnanzi al giudice amministrativo il provvedimento negativo emanato in sede di *public enforcement* dall'AGCM; ciò, infatti, avverrebbe nel caso in cui l'intesa non sia più di interesse strategico o la posizione dominante non sia più produttiva di un significativo valore commerciale.

Ora, appare evidente che quella stessa impresa, sebbene non abbia interesse ad impugnare il provvedimento dell'AGCM⁹ per le ragioni anzidette, potrebbe comunque avere un interesse a non vedere compromessa la sua sfera patrimoniale dalle eventuali azioni risarcitorie esperite da terzi soggetti che avranno contestato l'intesa illecita o la condotta abusiva dell'impresa in sede di *private enforcement*¹⁰ dinnanzi al giudice ordinario.

Come si può notare, benché si è di fronte ad unica vicenda che presenta una pluralità di interessi apparentemente distinti non può non osservarsi come la decisione dell'AGCM renda attuale il solo interesse dell'impresa che voglia impugnare tale decisione in vista dell'annullamento delle relative sanzioni e non anche l'interesse della medesima impresa a contestarne la legittimità allo scopo di evitare un giudizio negativo in sede civile per il risarcimento del danno in favore dei terzi controinteressati¹¹ e causato dalla sua (ipotetica) condotta abusiva o dall'intesa

⁸ Su questo punto cfr. B. GILBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, cit., spec. il par. 6.

⁹ Come nota G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1013, «anche nel caso in cui l'impresa sanzionata potrebbe non avere interesse all'impugnazione (ad esempio, per l'esiguità della sanzione), risulterà il più delle volte comunque interessata ad evitare che diventi definitivo l'accertamento dell'illecito, perché ciò la esporrebbe maggiormente ad una serie indeterminata di giudizi risarcitori innanzi al Giudice ordinario».

¹⁰ Ciò a maggior ragione si verifica tenuto conto del "luogo" (ad es. il procedimento amministrativo) che il potere pubblico pone in luce come "luogo" evidentemente multipolare. Sul punto si v. particolarmente L. De LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Milano, 2005, p. 122 ss., che afferma come al fine della produzione di effetti dichiarativi in favore dei terzi (nel senso dell'acquisizione da parte di quest'ultimi della "stabilità" una volta intervenuta l'inoppugnabilità), gli stessi debbano partecipare al relativo procedimento. Sul punto si v. anche B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 928, dove è detto che «il provvedimento amministrativo produce effetti nei confronti di tutti i soggetti, sui cui interessi esso incide, anche al di là di coloro cui esso è rivolto. In ciò, esso non si distingue dagli altri atti di esercizio dei poteri: l'efficacia soggettiva dell'atto dipende dall'ampiezza del potere, cioè dall'assetto di interessi dei quali l'autore dell'atto può disporre».

¹¹ La legislazione antitrust in quanto posta a tutela della concorrenza e del mercato mette in rilievo sia la posizione dei diretti interessati al procedimento di infrazione, sia quella di tutti coloro che nella vicenda vantano un interesse (gli enti interessati, per stare al lessico della l. n. 287/1990). Tale aspetto si ritrova, in particolar modo, nell'art. 14 l. n. 287/1990, nella parte in cui si prevede che l'AGCM sia tenuta alla notifica dell'apertura di procedure di infrazione nei confronti sia delle imprese, direttamente coinvolte in una vicenda di abuso o di concentrazione, sia degli enti interessati. Anzi, quella normativa qualifica espressamente come diritto la facoltà di imprese ed enti di essere sentite e di depositare deduzioni e pareri. In questo senso si v. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, pp. 370-371: «il procedimento che si svolge davanti ad essa non instaura solo un rapporto tra Autorità e autore della fattispecie anticoncorrenziale, ma crea anche [...] relazioni plurilaterali fra l'Autorità e tutti i soggetti presenti sul mercato».



(eventualmente) restrittiva della concorrenza. Dal momento che l'azione per il risarcimento del danno in sede di *private enforcement* dinanzi al giudice ordinario è solo eventuale e quindi potrebbe non essere mai esperita dai soggetti ipoteticamente danneggiati dall'illecito antitrust accertato in sede di *public enforcement*, l'interesse a contestare la legittimità del provvedimento dell'AGCM a tali fini rimane sullo sfondo come non attuale.

Ora, appare chiaro che la soluzione normativa individuata in sede europea dall'art. 9, dir. 2014/104/UE e recepita dall'ordinamento italiano con l'art. 7, comma 1, d. lgs. n. 3/2017, oltre a determinare una perdita di tutela per le ragioni sopra esposte (cfr. *supra* punto 1.2.1), determina anche la sua anticipazione in un momento in cui alcuni interessi sono solo ipotetici, con ciò causando un'identificazione, sul versante dell'obbligo di ricorrere al giudice amministrativo, tra interessi non omogenei e non coincidenti dal punto di vista temporale. Il che costituisce a sua volta un problema di certezza del diritto dal momento che si viene a configurare un'alea per le imprese sottoposte al procedimento sanzionatorio in sede di *public enforcement* sulla possibilità di ricorrere o meno al giudice amministrativo ai soli fini di non veder compromesso il proprio diritto di difesa nel caso di una o più azioni risarcitorie eventualmente esperite dai soggetti terzi controinteressati (imprese concorrenti e privati consumatori) davanti al giudice ordinario in sede di *private enforcement*.

1.3. La normativa europea ed il rafforzamento del sistema di *private antitrust enforcement*

Tornando all'esame delle recenti riforme in materia di rapporti fra *public* e *private antitrust enforcement* vanno ora svolte alcune considerazioni sulle normative in parola. Se in effetti, come visto, l'intento perseguito a livello legislativo da parte della disciplina comunitaria e della sua recente recezione nell'ordinamento italiano è stato quello di rendere "vincolanti" nel rito civile risarcitorio le decisioni dell'AGCM che abbiano definitivamente accertato una violazione della legislazione antitrust europea e italiana, ciò, è bene osservare, si è compiuto senz'altro nell'ottica di rendere più effettivo, oltre che più efficiente, il sistema di *private antitrust enforcement* e quindi il meccanismo dei risarcimenti per la platea dei soggetti (imprese concorrenti e consumatori) che abbiano potuto subire un danno dalle condotte anticoncorrenziali altrui.

Tale aspetto è alla base della disposizione di cui all'art. 9 della direttiva comunitaria 104/2014/UE, come si può leggere nelle sue premesse, e precisamente al considerando n. 34, dove viene evidenziata l'importanza che assume la stabilità processuale di una decisione dell'AGCM o del giudice amministrativo al fine di «migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE» e, per quel che qui più interessa, «aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno». In questo senso va letta la porzione della disposizione del considerando in parola, laddove esso prevede che la decisione con cui



l'autorità o il giudice amministrativo constatino un illecito concorrenziale non debba «essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno» dinnanzi al giudice civile.

Ciò che non si ben comprende, alla luce di quanto detto in precedenza (cfr. *supra* parr. 1.2.1 e 1.2.2), è il motivo per cui l'architettura della normativa europea, in nome dell'efficienza, dell'effettività e della certezza del diritto garantite al sistema di *private antitrust enforcement*, debba essere disegnata in modo da limitare significativamente il diritto di difesa dei soggetti che vogliono dimostrare, con tutti gli strumenti processuali che gli ordinamenti degli stati offrono, di non aver commesso alcuna violazione accertata in sede di *public antitrust enforcement* dalle autorità amministrative nazionali.

Va detto, a tal riguardo, che la legislazione comunitaria più recente non rappresenta certo una novità assoluta. Anzi, è bene osservare come essa rappresenti una sorta di punto d'approdo di un percorso più ampio e articolato compiuto dal legislatore europeo e costituito da alcune importanti tappe normative di cui appresso si darà conto, in vista proprio di comprendere le ragioni dell'affermarsi di un simile sistema di *private antitrust enforcement*.

La prima di queste tappe va individuata nel Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio europeo del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 TCE (ora 101 e 102 TFUE). L'art. 16, par. 1, del Regolamento CE n. 1/2003 prevede che le corti nazionali (ordinarie e amministrative), quando siano chiamate a pronunciarsi in ordine alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE (ora 101 e 102 TFUE), per le quali in precedenza sia intervenuta una decisione della Commissione europea, non possano emettere una sentenza in contrasto con quella decisione. La disposizione, poco dopo, prosegue stabilendo che i giudici nazionali «devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

A ciò va aggiunto l'importante considerando n. 22 del Regolamento CE n. 1/2003, dove il Consiglio europeo si sofferma sulla rilevanza che gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno, onde garantire il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele come quello vigente; e ciò anche al fine di evitare conflitti fra le decisioni dei vari organi.

In quest'ordine di idee va fatta rientrare la proposta di Direttiva¹² avanzata in sede di politica del diritto da parte della Commissione europea, originatasi dapprima dalla comunicazione COM (2005) 672 inerente il Libro verde¹³ e poi dalla comunicazione COM (2008) 165 con cui è stato invece redatto il Libro bianco in materia di azioni di

¹² Proposta di Direttiva 2013/0185 (COD) dell'11 giugno 2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

¹³ Libro verde della Commissione europea su *Azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust*. Su tale documento si v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, p. 321 ss.



risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust¹⁴, che costituiscono senza dubbio un'altra importante tappa nel processo evolutivo della legislazione europea in materia di *private antitrust enforcement*. La proposta di Direttiva è formulata dalla Commissione nei seguenti termini: *«i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 81 o 82 [ora 101 e 102 TFUE] sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possono prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere»*.

In questa prospettiva, particolare rilievo rivestono nel Libro bianco i propositi della Commissione nella parte in cui essa afferma che non vi è *«alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 [ora artt. 101 e 102 TFUE] da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust»*.

Nel documento in parola la Commissione europea sottolinea i benefici che, *de jure condendo*, si avrebbero nell'ambito del *private enforcement* dall'emanazione di una norma che stabilisca un effetto vincolante, in sede di rito civile risarcitorio, dei provvedimenti di constatazione delle violazioni antitrust, divenute definitive, adottate dalle autorità nazionali di concorrenza o dalle giurisdizioni di ricorso. Tra questi benefici particolare enfasi è posta proprio sui quei profili di *«efficacia e di efficienza procedurale»* che tale norma *«accrescerebbe significativamente»* con riguardo alle *«azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust»*, profili che, come visto, sono stati richiamati nelle premesse alla direttiva 2014/104/UE.

D'altra parte, osserva la Commissione, *«se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 o 82 [ora 101 e 102 TFUE] stabilita in una decisione di un'autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d'appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un'azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un'autorità pubblica specializzata (e da una corte d'appello)»*. Simile evenienza, osserva ancora la Commissione, determinerebbe *«considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime»*¹⁵.

¹⁴ In particolare, si v. Libro bianco, punto 2.3. rubricato *«Effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza»*. In relazione al Libro bianco, sui profili che riguardano da vicino la sindacabilità in punto di fatto delle decisioni AGCM si v. S. BARIATTI, L.R. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2008, 1151 ss.

¹⁵ Cfr. Libro bianco, punto 2.3.



Appare chiaro come tali ultime considerazioni della Commissione non siano rimaste certo un *flatus vocis*, ma abbiano in realtà trovato dignità giuridica nelle recenti riforme promosse dall'Unione. Il che è senza dubbio evidente nell'ordinamento europeo, dove con l'art. 9 della direttiva 2014/104/UE il legislatore comunitario prescrive che gli Stati membri stabiliscano quando una violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice amministrativo, sia da intendersi definitivamente accertata ai fini della proponibilità dell'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario, così pure come nell'ordinamento italiano ciò è ora previsto dal d.lgs. n. 3/2017, che di quella direttiva è il frutto, e dove all'art. 7 viene precisato che una violazione del diritto alla concorrenza debba intendersi definitivamente accertata quando la constatazione dell'autorità amministrativa non può essere più sottoposta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo o quando è intervenuta una sentenza passata in giudicato dello stesso giudice senza che questi abbia annullato quella decisione.

1.4. La disposizione dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 e la sua interpretazione.

Per le rilevanti ricadute che ha sul tema oggetto d'indagine si deve guardare ora alla novità legislativa di cui al secondo periodo dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017¹⁶, riguardante il sindacato che il giudice amministrativo può compiere in ordine alle decisioni assunte dall'AGCM in sede di *public enforcement*. Non è inutile anticipare già in questa sede che dall'analisi del dato positivo e poi da quello giurisprudenziale e dottrinale ciò che emerge in modo più evidente di altri è il problema di legittimità costituzionale della recente normativa italiana in relazione al diniego di tutela che deriverebbe dall'assenza di un controllo "pieno" da parte del giudice amministrativo sui fatti e le valutazioni tecniche resi dall'AGCM (cfr. *sub par.* 5.1). Ciò specialmente se si tiene in debito conto che in virtù della recente normativa tale giudice resta l'unico organo giurisdizionale chiamato in determinate ipotesi a sindacare le decisioni dell'autorità antitrust (cfr. *supra par.* 1.2.1).

Tornando alla disposizione in parola, va anzitutto rilevato che l'opzione normativa scelta dal legislatore italiano nell'art. 7, comma 1, non trova alcuna corrispondenza nella direttiva europea 104/2014/UE e quindi non è frutto della recezione di quest'ultima, ma semmai, per quanto si dirà di seguito, è diretta conseguenza del suo recepimento nell'ordinamento interno.

In particolare, dopo aver disposto nella prima parte della norma, conformemente al dettato della direttiva europea 104/2014/UE sull'efficacia vincolante della decisione dell'autorità antitrust (cfr. *supra parr.* 1.1. e 1.2.), il

¹⁶ Nella dottrina amministrativistica su tale disposizione per un'opposta visione si v., fra i primissimi contributi, i già citati F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., p. 1207 ss.; e F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, cit., p. 199 ss.



legislatore italiano ha inteso prendere posizione sulla spinosa questione attinente all'intensità del controllo giudiziale. Vale la pena, prima di esaminarne ogni possibile opzione ermeneutica, riprendere integralmente il testo della norma. La formulazione, che rievoca peraltro una nota sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione¹⁷ (su cui si ritornerà *sub par.* 2.3), è la seguente: «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*»¹⁸.

In via del tutto preliminare va posta l'attenzione sull'espressione «*giudice del ricorso*» che è evidentemente frutto del fatto che la disposizione in parola si inserisce all'interno della recezione della normativa europea, la quale, come visto, usa tale espressione per indicare l'organo giurisdizionale degli Stati membri deputato al controllo sugli atti adottati dall'autorità nazionale antitrust. Nell'ordinamento italiano la competenza a sindacare gli atti dell'AGCM spetta in via esclusiva al giudice amministrativo in virtù della previsione dell'art. 133, comma 1, lett. l), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo, d'ora in poi CPA) che devolve a tale organo «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*». A ciò va aggiunto la previsione dell'art. 33 l. n. 287/1990 dove viene stabilito in via generale che «*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*».

Passando all'esame delle successive disposizioni non potrà sfuggire all'interprete una certa ambiguità del tenore letterale delle stesse, per il fatto che il legislatore formuli più enunciati in un'unica frase senza porsi l'accortezza di distinguere adeguatamente alcuni periodi della norma. In particolare, la lettura della disposizione in cui viene prescritto che «*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della*

¹⁷ Cass. sez. un. civ., 20 gennaio 2014, n. 1013. Si riporta testualmente il passo della sentenza in cui viene espresso il principio di diritto secondo la Suprema corte ed a cui sembra essersi ispirato il legislatore delegato: «*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*» (punto n. 4.3).

¹⁸ Sul punto appare interessante notare come in un primo momento, nella fase di redazione del decreto in parola, il legislatore italiano aveva formulato la disposizione di cui all'art. 7, comma 1, secondo periodo, senza la specificazione inerente all'«*oggettivo margine di opinabilità*». In tal senso, infatti, dalla relazione governativa al decreto legislativo si legge: «*valutando positivamente la considerazione emersa nell'esame dello schema di decreto legislativo da parte della seconda Commissione della Camera nella seduta del 23 novembre 2016, per le quali non appare opportuno precisare, nella formulazione dell'articolo 7, comma 1, secondo periodo, che i profili tecnici sottoposti al sindacato del giudice amministrativo "non presentano un oggettivo margine di opinabilità", si è provveduto all'espunzione di detta precisazione dal testo. Si tratta peraltro di formulazione in linea con la giurisprudenza, che non pare opportuno cristallizzare in un dettato normativo*». A tal riguardo si era espressa anche la Commissione Giustizia, ribadendo come non fosse opportuno «*precisare a causa dell'indeterminatezza della previsione, che i profili tecnici non debbono presentare un oggettivo margine di opinabilità*». In ragione di ciò l'originaria formulazione della disposizione in esame era così formulata: «*il sindacato del giudice del ricorso comprende la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».



decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità» potrebbero dare adito a due diverse interpretazioni:

i) una prima lettura¹⁹ potrebbe indurre l'interprete a sostenere che il controllo del giudice amministrativo sui «fatti» sia senza limitazione alcuna e quindi possa avvenire pur in presenza di un «oggettivo margine di opinabilità»²⁰, mentre la verifica sulle valutazioni tecniche (i «*profili tecnici*») sia invece consentita solo dove sia assente un «oggettivo margine di opinabilità»²¹. Non è inutile anticipare già in questa sede, per quanto si dirà a proposito dei problemi emergenti in relazione alla pienezza della giurisdizione sugli atti adottati dall'AGCM, che questa lettura dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017, è da preferire a quella esposta poco più in basso perché da essa discenderebbe il pieno accesso ai fatti da parte del giudice amministrativo al di là di qualsiasi margine oggettivo di opinabilità sui fatti medesimi («*il sindacato del giudice [...] comporta la verifica diretta dei fatti [...] della decisione*»), valorizzando dunque un'interpretazione della disposizione in controtendenza rispetto all'affermarsi – tuttora attuale – di quell'orientamento giurisprudenziale e – in parte – dottrinale che sostiene la tesi del c.d. sindacato amministrativo esterno o estrinseco sui fatti accertati in prima istanza dall'autorità antitrust (su cui si dirà *sub par.* 2).

ii) una seconda lettura²² potrebbe indurre l'interprete a sostenere che il controllo del giudice amministrativo sui «fatti» e sulle valutazioni tecniche (i «*profili tecnici*») sia possibile solo dove entrambi gli oggetti della sua cognizione (fatti e valutazioni) non presentino «un oggettivo margine di opinabilità»²³;

È evidente che dall'una o dall'altra lettura della norma derivano particolari conseguenze sul versante del sindacato giurisdizionale. Stando all'ipotesi interpretativa *sub i)* il limite dell'oggettivo margine di opinabilità opererebbe solo

¹⁹ Questa lettura suggerisce di dividere in due distinte disposizioni la norma. Sicché «*il sindacato del giudice del ricorso*»: a) «*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*»; b) «*si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

²⁰ In questa interpretazione verrebbe valorizzato l'inciso che prevede «*la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*» da parte del giudice amministrativo, dove per “verifica diretta” sembra farsi riferimento al sindacato c.d. intrinseco. Su questa terminologia e su altre elaborate soprattutto dalla giurisprudenza si tornerà nel corso della trattazione.

²¹ Qui ad essere valorizzato è l'inciso che prevede che il sindacato del giudice amministrativo possa estendersi «*anche ai profili tecnici*» (solo) dove questi «*non presentano un oggettivo margine di opinabilità*». In questo caso sembra farsi riferimento al sindacato c.d. esterno per quei profili tecnici non esenti da un margine obiettivo di opinabilità.

²² Questa lettura suggerisce di tenere assieme le due disposizioni della norma. Sicché «*il sindacato del giudice del ricorso*»: a) «*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*» e «*si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*». Tale lettura potrebbe essere quella cui intendeva riferirsi il legislatore se si propende a sostenere che la formulazione della norma deriva dall'enunciazione del principio di diritto stabilito dalla summenzionata sentenza della Corte di cassazione del 20 gennaio 2014, n. 1013. La Corte ha tenuto distinti i fatti dai profili tecnici, riferendo solo a questi ultimi l'operatività del margine di opinabilità in ordine all'estensione del sindacato del giudice amministrativo («*quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*»).

²³ In questa interpretazione della norma ad essere valorizzato è il pronome relativo «*che*», cui segue l'inciso «*non presentano un oggettivo margine di opinabilità*», in quanto fa in modo di riferire tale inciso sia ai fatti, sia ai profili tecnici.



per le valutazioni tecniche svolte dall'AGCM, ben potendo il giudice amministrativo sindacare i fatti per come ricostruiti dall'autorità antitrust anche al di là di ogni margine di opinabilità, anche obiettivo, dei medesimi fatti.

Stando all'ipotesi interpretativa *sub ii*), invece, il limite dell'oggettivo margine di opinabilità opererebbe sul sindacato del giudice amministrativo sempre, quindi sia sulle valutazioni tecniche che sui fatti per come ricostruiti dall'AGCM nella sua decisione.

La norma in questione, per ciò che riguarda sempre il suo tenore letterale, si chiude con la disposizione che precisa come l'oggetto della cognizione del giudice amministrativo attenga ai (soli) profili di legittimità (e non di merito) della decisione impugnata («*il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*»). Ora, è evidente che il nodo non viene neppure sciolto da tale porzione conclusiva della norma. Anche in quest'ultimo caso non è chiaro se l'«*esame*» indispensabile «*per giudicare la legittimità della decisione*», sia riferibile solo alle valutazioni tecniche (come parrebbe suggerire la formulazione della disposizione) o anche ai fatti della causa.

Un'interpretazione sistematica potrebbe suggerire all'interprete di aderire alla soluzione *sub ii*) perché, come si diceva poco sopra, tale opzione sarebbe più coerente con il contesto dell'intera norma di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, oltre che con l'art. 9 della direttiva europea 104/2014/UE, giacché entrambe le norme perseguono l'obiettivo di rendere più efficace ed efficiente il sistema di *private enforcement* per le vittime di illeciti antitrust (cfr. *supra* par. 1.3).

Difatti, dal momento che l'intento della normativa europea e italiana di rendere vincolante l'accertamento compiuto in sede di *public enforcement* dall'autorità antitrust per il successivo (ed eventuale) rito risarcitorio dinnanzi al giudice ordinario persegue il fine di restituire più efficacia ed efficienza al sistema di risarcimento del danno delle vittime di illecito antitrust, una forte limitazione della cognizione del giudice amministrativo, al quale sarebbe impedito di accedere ai fatti ed alle valutazioni tecniche laddove quest'ultimi presentino un oggettivo margine di opinabilità (il che è assai frequente nella disciplina concorrenziale), aumenterebbe in generale l'efficacia e l'efficienza del sistema di *private antitrust enforcement* perché renderebbe incontestabile, proprio dal punto di vista della ricostruzione fattuale e tecnica della fattispecie, l'impianto decisionale seguito dall'autorità nel provvedimento finale e prima ancora nel procedimento.

In termini più concreti, l'impresa chiamata a rispondere dell'illecito antitrust in sede di *public enforcement*, ad esempio ai sensi dell'art. 102, par. 1, TFUE o dell'art. 3, comma 1, legge 10 ottobre 1990, n. 287, per aver abusato della sua posizione di vantaggio (la c.d. posizione dominante) all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non potrà ottenere dal giudice amministrativo la riforma del provvedimento in relazione alle ricostruzioni fattuali ed alle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM su concetti quali la "posizione dominante" e/o il "mercato rilevante", e ciò in virtù dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n.3/2017, che non prevede la sindacabilità di fatti e profili tecnici aventi un oggettivo margine di opinabilità, così come avviene sovente proprio intorno a nozioni quali



mercato rilevante, posizione dominate, pratica concordata e altre impiegate dalla disciplina antitrust per via della relatività ed indeterminatezza di cui soffrono tali concetti nella scienza (economica) da cui vengono tratti.

È bene osservare, nonostante quanto si è detto poco sopra a proposito della preferibilità di questa lettura (v. *supra* punto *i*), come tuttavia le cose non cambiano molto sul versante della pienezza della tutela se si aderisse all'interpretazione *sub i*). Ciò perché la circostanza che il giudice amministrativo possa accedere direttamente all'esame dei fatti (senza quindi il limite dell'oggettiva opinabilità) e poi non possa sindacare i profili tecnici degli stessi resi dall'AGCM ove questi siano caratterizzati dall'opinabilità non sposta di molto l'ago della bilancia, almeno per quanto concerne la materia in esame. Nella disciplina antitrust, in effetti, le fattispecie sono quasi sempre caratterizzate dalla presenza di profili tecnici in cui può riscontrarsi un obiettivo margine di opinabilità. Si pensi al concetto di mercato rilevante²⁴ impiegato dagli artt. 101 e 102 TFUE e dagli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990 quale elemento centrale ai

²⁴ La nozione di mercato rilevante è stata oggetto di un'apposita comunicazione della Commissione Europea. In tal senso cfr. Comunicazione della Commissione Europea Comunicazione della Commissione Europea, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza del 9 dicembre 1997, in GUCE, n. C.372. Vale la pena riportarne alcuni principali passaggi della predetta Comunicazione. Secondo la Commissione «la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro. Essa permette di stabilire il contesto entro il quale la Commissione mette in atto la politica di concorrenza. Scopo principale della definizione del mercato è di individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate». Poco dopo si legge: «il mercato va definito sia sotto il profilo del prodotto che sotto il profilo geografico per individuare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali. È da questa prospettiva che la definizione del mercato consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante» (par. I – Introduzione, punto n. 2). Sicché da ciò «consegue che il concetto di mercato rilevante è diverso da altre nozioni del mercato, frequentemente impiegate in altri contesti [...] le imprese impiegano sovente il termine "mercato" per designare l'area nella quale vendono i propri prodotti o per indicare genericamente il settore o il comparto industriale cui appartengono» (Ivi, punto n. 3). Stante quanto dianzi detto la Commissione propone la seguente definizione di mercato rilevante in relazione al: I) mercato del prodotto ed al II) mercato geografico. In particolare, I) «il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati»; II) «il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse» (par. II – Definizione del mercato rilevante, punti nn. 7-8).

Sull'argomento va richiamato il Regolamento CE n. 772/2004 del 27 aprile 2004, dove all'art. 1, par. 1, lett. j), ii), dove è stabilito che «il mercato rilevante del prodotto comprende i prodotti considerati dagli acquirenti intercambiabili o sostituibili con i prodotti contrattuali, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati» e il più recente Regolamento UE n. 316/2014 del 21 marzo 2014, dove all'art. 1, par. 1, lett. j), viene definito il mercato rilevante del prodotto come «il mercato dei prodotti contrattuali e dei loro prodotti sostitutivi, vale a dire tutti i prodotti considerati intercambiabili o sostituibili dall'acquirente, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati». Sulla definizione del mercato rilevante, per quanto attiene all'ordinamento italiano, si v. la Delibera AGCM n. 412/15/CONS dove si legge che «nell'ambito della pratica del diritto della concorrenza, la definizione del mercato è quel processo il cui fine è di individuare un insieme di prodotti/servizi e loro fornitori (attuali e potenziali) che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un determinato bisogno economico, delimitandone al tempo stesso l'ambito geografico di riferimento. In tal senso, il mercato rilevante presenta sia una dimensione merceologica sia una dimensione geografica» (punto 19). In senso analogo si v. Delibera AGCOM 61/06/CONS del 9 febbraio 2006. Nella dottrina europea sulla definizione di mercato rilevante, fra molti, cfr. R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 95-96. «The relevant market is typically defined along a product dimension and a geographic dimension. In its product dimension, the relevant market includes those products that compete with each other to satisfy customers' needs [...]. The relevant geographic market encompasses a geographic area in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous». Per l'approfondimento del mercato rilevante del prodotto spec. pp. 107-124, per il mercato geografico spec. pp. 124-140. Sempre sulla definizione si v. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, p. 63, «It is only defining the relevant market that a firm's market power can be assessed by the 'indirect' method. The purpose of defining the relevant market is to identify which products and services are such close substitutes for one another that they operate as a competitive constraint on the behaviour of the suppliers of those respective products and services [...]. The problem of market definition is that it is often difficult to decide which products or services are in the same market [...]. It is important to remember, however, that market definition is not an end in itself». Sul punto cfr. S. BISHOP, M. WALKER, *The Economic of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2010, p. 4-002, secondo i quali «a tool for aiding the competitive assessment by identifying those substitute products or services which provide an effective constraint on the competitive behaviour of the products or services being offered in the market by the parties under investigation». Nella dottrina italiana, fra molti, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, cit., p. 82 ss., ma per la definizione pp. 83-84 dove è detto che «la definizione del mercato rilevante deve essere duplice: deve indicare il confine merceologico (categoria di beni o servizi che rientrano in un certo mercato) e il confine geografico (ambito spaziale che può ritenersi comprensivo di un mercato, separato da quelli che operano in



fini dell'accertamento degli illeciti antitrust e che solo apparentemente può costituire un fatto i cui profili tecnici sono caratterizzati dall'univocità di "opinioni" intorno alla sua nozione. E ciò perché esso rappresenta uno di quei concetti giuridici indeterminati²⁵, che sono enunciati dalla legge in termini generali, ma la cui concreta specificazione impone di far ricorso a canoni di volta in volta desunti dal patrimonio di saperi diversi; in questo caso da quello della scienza economica²⁶, la quale ha da tempo prodotto al riguardo un'ampissima elaborazione ed una vasta casistica, che confermano, pur all'interno di parametri teorici ben individuati, l'estrema elasticità del concetto

mercati geografici diversi)». C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 55. «Per definire il mercato rilevante due sono gli elementi fondamentali. I) La sostituibilità del prodotto o servizio dal lato della domanda (intercambiabilità): ci si deve semplicemente interrogare sulla possibilità che i consumatori possano sostituire il bene in questione con altri, ad esso sostituibili per le loro caratteristiche, per il loro prezzo, e per l'uso cui sono destinati [...]. II) La sostituibilità del bene dal lato dell'offerta, cioè la possibilità per produttori e distributori di riconvertire la produzione/il sistema di distribuzione al fine di rispondere in breve tempo all'aumento della richiesta per il prodotto in questione». Nella giurisprudenza amministrativa italiana, fra tante, cfr. le decisioni di Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733 in *Il foro amm.*, 10, 2017, p. 2027-2028. «In termini generali, il mercato "rilevante" si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell'uso finale), sia all'ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue)»; Cons. di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673, secondo cui «la nozione di mercato rilevante – vale a dire di scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda e offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza – implica un accertamento in fatto sia in relazione al prodotto, sia per area geografica»; Cons. di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873, «mercato rilevante, definito [...] come quella zona geograficamente circoscritta connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili (in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati), le imprese in causa, che forniscono quel prodotto o servizio, si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza - con utilizzo a questo scopo di regole scientifiche, nella specie per lo più tratte dalla scienza economica (oltre che da regole di comune esperienza)»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2016, n. 9553, dove si definisce mercato rilevante «quella zona geograficamente circoscritta – e distinguibile dalle aree contigue, dove le condizioni concorrenziali sono sensibilmente differenti – nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili – in ragione delle caratteristiche del prodotto, del prezzo o dell'uso che ne è previsto, le condizioni di concorrenza sono omogenee e le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza».

²⁵ Nella dottrina tedesca sugli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemein Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, 2003, Madrid, p. 348 ss. In passato, W. JELLINEK *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, p. 36 ss.; Id., *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1956, 71. Per una ricostruzione della dottrina tedesca sull'argomento dei concetti giuridici indeterminati si v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1992, pp. 111-112, seppur in un inquadramento dei poteri delle autorità indipendenti nell'ambito di un'attività "valutativa" dell'amministrazione, distinta sia dall'attività vincolata, sia da quella discrezionale; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993. Nella dottrina italiana sul problema dei concetti giuridici indeterminati si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 158 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *En. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 96; M. AINIS, *Cultura e politica*, Padova, 1991, p. 34 ss.

²⁶ In tempi recenti si è formato un certo consenso sui metodi impiegati dalla scienza economica per definire il mercato rilevante ai fini antitrust. Si pensi al HM-SSNIP test, originariamente applicato dalle autorità della concorrenza americana in relazione ai soli casi di concentrazione fra imprese. HM-SSNIP test serve per la determinazione di quell'aggregato di prodotti che costituiscono il mercato rilevante e che non è assoggettato a rilevanti pressioni competitive esterne. Se un monopolista ipotetico (*Hypothetical Monopolist*, HM) fosse capace di alzare il prezzo (del 5% o 10% rispetto al livello precedente alla concentrazione) in maniera significativa e stabile (*Small but Significant Non transitory Increase in Price*, SSNIP), si può affermare che i prodotti inclusi nella preliminare definizione del mercato (*candidate market*) non risultano sottoposti ad un sufficiente vincolo competitivo. Tali prodotti rappresentano quindi un mercato rilevante, giacché le principali relazioni competitive sono contenute al suo interno. Va osservato come ora l'uso dell'HM-SSNIP test trovi largo impiego anche per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante e dell'intesa restrittiva della concorrenza. A tal riguardo giova la lettura delle linee guida emanata dalla Dipartimento di giustizia e dalla Commissione federale del commercio degli Stati Uniti nel 2010, *US Horizontal Merger Guidelines*, 2010, p. 9, (punto 4.1.1), dove viene spiegato che «*the hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products ("hypothetical monopolist") likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price ("SSNIP") on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger*». Le guide sono consultabili al seguente indirizzo: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (consultato in data 19 marzo 2019). Si può vedere anche la tavola rotonda che si è tenuta sull'argomento nel 2012 presso l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, OECD, *Roundtable on Market Definition*, 2012, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf> (consultato in data 19 marzo 2019).



– se non addirittura, in alcune tesi radicali, la sua fallacia che ne consiglierebbe l'abbandono²⁷ o comunque una ridefinizione²⁸ – in relazione alle diverse possibili caratteristiche di mercato dipendenti dalla varietà delle situazioni date²⁹.

Ora, comunque la si voglia interpretare è evidente che tale norma, in vista di assicurare un migliore funzionamento del sistema di *private antitrust enforcement* per i soggetti danneggiati dagli illeciti concorrenziali, sarà destinata a restringere notevolmente il sindacato del giudice amministrativo sugli atti assunti dall'AGCM. Il che segna, più in generale, un pericoloso arretramento sul terreno della pienezza della giurisdizione in tale materia per i soggetti che intendano contestare le risultanze dell'istruttoria compiuta dall'AGCM ad esito della quale quest'ultima abbia irrogato una sanzione per la violazione della disciplina antitrust. E ciò non solo (o non tanto) per evitare gli effetti della sanzione in sé, ma soprattutto per difendersi concretamente dalle (eventuali) azioni di risarcimento del danno esperite proprio in sede di *private enforcement* da quei soggetti – imprese concorrenti e consumatori – (ipoteticamente) danneggiati dalla violazione delle regole sulla concorrenza (cfr. *supra* par. 1.2.2), che si gioverebbero dinnanzi al

²⁷ È la tesi di L. KAPLOW, *Why (ever) Define Markets?* in 124 *Harv. L. Rev.*, 2010, p. 438 ss., (la traduzione in italiano dall'originale inglese è di chi scrive). «*The thesis of this Article is that the market definition process should be abandoned. The central, conceptual argument is that there does not exist any coherent way to choose a relevant market without first formulating one's best assessment of market power, whereas the entire rationale for the market definition process is to enable an inference about market power*». L'A., in particolare, si chiede «*perché mai definire i mercati quando l'unico modo ragionevole per farlo presuppone una risposta alla stessa domanda sul metodo usato per affrontare simile interrogativo? Una conclusione sulla definizione del mercato non può mai contenere migliori informazioni sul potere di mercato di quelle utilizzate per definire il mercato stesso*». Ancor peggio, le inferenze tratte dalle quote di mercato nei mercati rilevanti generalmente contengono meno informazioni e di conseguenza possono generare conclusioni giuridiche errate – a meno che non si adotti uno stratagemma di definizione del mercato puramente orientato ai risultati in base al quale si determina prima la risposta giuridica giusta e poi si enuncia una definizione del mercato che ratifichi tale risposta. Ulteriori difficoltà, in gran parte inevitabili, si incontrano nella logica economica che è alla base della ri-definizione del mercato ». Secondo Kaplow, il diritto della concorrenza è dominato dal paradigma di definizione del mercato, in base al quale viene definito un mercato rilevante e vengono esaminate le relative quote al fine di trarre conclusioni sul potere di mercato. Tuttavia, il processo di definizione del mercato è incoerente in sé giacché non esisterebbe alcun modo coerente per individuare il mercato rilevante senza prima svolgere una valutazione del potere di mercato. Dal momento che la definizione del mercato è strumentale alla individuazione del potere di mercato, l'intero processo è dunque viziato da circolarità. Tale conclusione si basa su quattro argomenti: *i*) non si possono fare inferenze significative sul potere di mercato nei mercati ridefiniti; *ii*) il paradigma si basa su una nozione non articolata di mercato di riferimento standard, la cui mancanza segnala una grave lacuna; *iii*) determinare quale sia la migliore definizione del mercato è impossibile senza prima formulare una migliore stima del potere di mercato, rendendo inutili ulteriori analisi e che potrebbero portare a esiti errati; *iv*) infine, la necessità di definire i mercati genera un'attenzione sbagliata sulle elasticità incrociate della domanda per particolari sostituti piuttosto che sull'elasticità della domanda del mercato, che riduce ulteriormente la qualità dei risultati del potere di mercato (p. 440).

²⁸ Cfr. J. FARRELL, C. SHAPIRO, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, in *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, 1, 2010, p. 1 ss., (la traduzione in italiano dall'originale inglese è di chi scrive). Gli Autori, in estrema sintesi, propongono un metodo (*Upward Pricing Pressure*, UPP) per stimare l'incentivo ad aumentare i prezzi delle imprese che danno luogo ad una concentrazione. Il metodo UPP si fonda sul confronto tra massimizzazione dei profitti delle imprese in concentrazione, precisamente prima e dopo la concentrazione, tralasciando gli effetti indiretti ricollegabili alle reazioni degli altri concorrenti. In tal senso si leggano alcune pagine della conclusione dell'articolo dove è detto: «*abbiamo descritto un semplice test diagnostico per segnalare le fusioni orizzontali che hanno maggiori probabilità di determinare effetti unilaterali di prezzo anticoncorrenziale nei mercati dei prodotti differenziati. Abbiamo sostenuto che in tali settori il nostro approccio è spesso più semplice e disciplinato rispetto alla segnalazione di fusioni basate sulla definizione e concentrazione del mercato. In attesa di confronti empirici convincenti, vi sono forti motivi a priori per favorire il nostro approccio a questi casi. È molto più solidamente fondato nell'economia di base degli effetti unilaterali di quanto lo sia l'approccio convenzionale basato sulla definizione del mercato e sulla concentrazione del mercato*». (p. 34).

²⁹ Si pensi per restare alla Comunicazione della Commissione Europea, dove si spiega come «*in determinati settori i principi delineati sopra vanno applicati con particolare attenzione. Si pensi per esempio ai casi nei quali vi è un mercato primario e un mercato secondario, in particolare quando occorre analizzare [...] il comportamento delle imprese in un dato momento. Il metodo impiegato per definire i mercati [...] è [...] l'analisi delle reazioni dei clienti, attraverso le loro decisioni di acquisto, alle variazioni dei prezzi relativi, ma si devono tenere presenti tutti gli eventuali vincoli imposti dalla situazione esistente sui mercati collegati. Si giungerà a delimitare un mercato più ristretto dei prodotti secondari [...]. La difficoltà di trovare prodotti secondari compatibili, combinata con l'esistenza di prezzi elevati e con la lunghezza della vita utile dei prodotti primari, può infatti rendere redditizio l'aumento dei prezzi relativi dei prodotti secondari. Il mercato verrà delimitato in modo diverso se invece esiste una significativa fungibilità dei prodotti secondari o se le caratteristiche del prodotto primario facilitano una reazione rapida e diretta dei consumatori agli incrementi dei prezzi relativi dei prodotti secondari*» (par. V - Altre considerazioni, punti nn. 56-58).



giudice ordinario della incontestabilità dell'accertamento reso dall'AGCM in ordine alla ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici ad esito dei quali quest'ultima abbia stabilito definitivamente una violazione alla disciplina antitrust.

2. La recente posizione della giurisprudenza italiana in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.

2.1. La limitazione dei poteri del giudice amministrativo attraverso il binomio sindacato esterno/sindacato debole.

Appare piuttosto evidente che tali recenti approdi normativi cui è giunto il legislatore italiano, in parte in virtù del recepimento della direttiva europea del 2014 sul *private enforcement* (cfr. *supra* par. 1.2.) in parte in conseguenza di quel recepimento (cfr. *supra* par. 1.4.), pongano senz'altro seri motivi di preoccupazione in ordine al tema della pienezza della giurisdizione e della relativa tutela dei soggetti lesi sulle decisioni che l'autorità garante della concorrenza va assumendo in caso di violazioni della disciplina antitrust.

Ciò perché, se si esamina e si tiene in debito conto – ed è ciò che si farà nei paragrafi che seguono – il recente orientamento che la giurisprudenza³⁰ (cfr. *sub* parr. 2.2, 2.3 e 2.4) ed una non poco significativa parte della dottrina (cfr. *spec. sub* parr. 3.1.1 e 3.1.2.) hanno prodotto in relazione al sindacato del giudice amministrativo rispetto all'accertamento ed alla qualificazione dei fatti ed al compimento delle valutazioni tecniche dell'AGCM quale sindacato meramente esterno, non di merito, o (intrinseco ma) di tipo debole, si comprende allora come allo stato attuale possa crearsi un vero e proprio “vuoto” di giurisdizione e, conseguentemente, anche di tutela, laddove alcun giudice possa essere adito per pronunciarsi sulla ricostruzione e sulla qualificazione giuridica della fattispecie che quell'autorità abbia compiuto in sede di constatazione di una violazione della normativa antitrust.

Il che è vero nella misura in cui si tiene per fermo come lo stato attuale delle cose non consenta di sostenere il contrario. Vuoi perché, da un lato, il sindacato del giudice ordinario sul fatto e le valutazioni tecniche oggetto della constatazione dell'AGCM – come visto nelle specifiche ipotesi contemplate dalla recente normativa comunitaria e nazionale – è oggi vietato dalla legge (cfr. specialmente *supra* parr. 1.1 e 1.2.1). Vuoi perché, dall'altro, il sindacato di merito sul fatto e sui profili tecnici del giudice amministrativo, oltre ad essere in misura non indifferente limitato dalla recente legislazione italiana (cfr. specialmente *supra* par. 1.4), non è ammesso neppure da prevalente giurisprudenza e da parte significativa della dottrina recenti, le quali, nell'ottica di restringere i poteri cognitori e decisorii

³⁰ Sul punto cfr. A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in G. Costantino, (ed.), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 611-612, *sub* note 5 e 6, che sottolinea come l'orientamento giurisprudenziale sul sindacato esterno, benché risalente, sia riproposto anche recentemente da Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013 (su questa sentenza si tornerà diffusamente *infra* e più compiutamente *sub* par. 2.4) e da Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in «*Foro it.*» 2014, III, col. 481.



del giudice sulle ricostruzioni fattuali e sulle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM, sostengono in vario modo che tale sindacato sia di tipo *A*) esterno (o estrinseco/formale/indiretto) e quindi come tale relegato al controllo della mera logicità della decisione amministrativa ovvero quando anche interno (o intrinseco/informale/diretto) sia comunque di tipo *B*) debole e dunque privo della capacità di sostituire la decisione dell'autorità con quella del giudice laddove gli elementi fattuali e tecnici siano caratterizzati da opinabilità.

A) Tradizionalmente la giurisprudenza³¹ e la dottrina³² meno recenti hanno limitato il sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli atti adottati dall'amministrazione in generale e dell'AGCM³³ in particolare, facendo riferimento alla tesi del sindacato esterno che si era diffusa in relazione al controllo giudiziale sulla c.d. discrezionalità tecnica³⁴.

³¹ Si pensi al risalente orientamento della giurisprudenza amministrativa che per motivare la sindacabilità solo "esterna" dei provvedimenti dell'amministrazione si richiamava sovente alla teorica della c.d. discrezionalità tecnica. In tal senso cfr. Cons. di Stato, 28 giugno 1995, n. 640 in *Rass. giur. Enel*, 1997, p. 674, secondo il quale «il vincolo storico-artistico costituisce provvedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica: pertanto, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo attiene al solo profilo esterno, senza che possa interferire con il contenuto sostanziale delle scelte adottate».

³² La dottrina più risalente sosteneva, spesso in riferimento al principio di separazione dei poteri, che il sindacato sul fatto del giudice amministrativo fosse limitato alla mera verifica della concreta esistenza dei presupposti di fatto ed eventualmente alla loro qualificazione giuridica, escludendo tuttavia qualsiasi tipologia di valutazione del fatto. Come è stato notato da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 213, tale dottrina più risalente parlava di una tipologia di «insindacabilità obiettiva». A problemi di ordine teorico e dogmatico, soprattutto in relazione alla suddivisione dei poteri fra esecutivo e giudiziario che non permettevano "intromissioni" o "sconfinamenti" del giudice nelle scelte operate dall'amministrazione pubblica, a sostegno del sindacato esterno nella dottrina più risalente si aggiungevano problemi di ordine positivo. È noto, infatti, come il limitato controllo giudiziale sui fatti e gli apprezzamenti tecnici fosse legato alla stessa struttura normativa con cui era configurato il modello processuale amministrativo, sostanzialmente di tipo impugnatorio-annullatorio. Non meno importante era la circostanza per la quale la precedente legislazione non prevedesse, a differenza del rito ordinario, alcun idoneo mezzo istruttorio che consentisse al giudice amministrativo di "accedere" alla cognizione dei fatti e dei profili tecnici diversamente da come rappresentati dall'autorità. In seguito, l'orientamento della dottrina pur sviluppandosi grazie agli studi sulla sindacabilità (pur sempre esterna) dell'eccesso di potere non ammise mai la piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei fatti e dei profili tecnici oggetto di sua cognizione. Ciò avvenne per il fiorire di quelle tesi (cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-1914, rist. Padova, 1969, p. 197 ss., nonché ID., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, c. 275 ss., in part. c. 277; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, ivi, 1910, IV, c. 10 ss., in part. c. 15; ID., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 54 ss.) che sottraevano il pieno controllo dei fatti e delle valutazioni tecniche sulla base dell'esistenza di uno spazio "riservato" all'amministrazione in cui, oltre alla discrezionalità c.d. pura, rientrava anche la discrezionalità c.d. tecnica.

³³ Su quest'ultima vale il rinvio ai più volte citati lavori di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., *passim* e di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., *passim*.

³⁴ Non vi è dubbio che il tema dell'intensità di sindacato del giudice amministrativo in punto di pienezza di tutela si intersechi con quello della discrezionalità tecnica e del suo controllo in sede giudiziale. Non è questa la sede per approfondire un argomento così complesso. Sicché è doveroso rinviare alla dottrina che se ne è occupata. In tal senso si v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1742 ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto giuridico ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 133 ss. Cionondimeno appare opportuno richiamare le principali tesi della dottrina che se ne è occupata in vista di comprendere le ragioni che tuttora vengono addotte dalla giurisprudenza prevalente e da parte significativa della dottrina a sostegno dell'insindacabilità delle scelte tecniche dell'autorità amministrativa. Come è noto, è stato sostenuto che fatti e profili tecnici siano verificabili dal giudice amministrativo solo dall'esterno in virtù di una «incompetenza tecnica» dell'organo giudiziario, oltre che dalla circostanza per cui sono le norme ad attribuire siffatta competenza ad organi la cui composizione è fissata in vista della natura dell'accertamento da compiere (è la tesi di V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1 ss., poi condivisa da G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 214 e da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 304 ss.); mentre per un'impostazione critica si v. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 478 ss.). Limiti al vaglio giudiziale delle decisioni connotate da opzioni tecniche si sono ravvisati mediante la tesi che riconosceva un carattere "riservato" all'autorità in virtù: i) dell'inevitabile opinabilità delle scelte tecniche; ii) della loro non autosufficienza; iii) dell'assenza di interessi pubblici. In ragione di ciò si sosteneva l'esigenza di risolvere il problema posto dalla discrezionalità tecnica mediante una selezione di valori e particolarmente mediante la creazione



Per sindacato ‘esterno’ si intende un potere assai limitato del giudice che non è esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e che come tale resta appunto ‘esterno’ a simili elementi della causa. In tale tipologia di sindacato il giudice amministrativo non accerta direttamente i fatti ed i profili tecnici, ma si limita a ripercorrere il percorso logico-argomentativo svolto dall’autorità nel procedimento acquisitivo di tali elementi della fattispecie; ne segue che l’accertamento del giudice viene fondato non sul rapporto di corrispondenza tra la realtà e la rappresentazione che di tale realtà ha prospettato l’autorità, ma tra elementi tutti situati all’interno della rappresentazione della realtà cristallizzata nella decisione dell’autorità medesima³⁵.

B) Particolarmente presso la giurisprudenza³⁶, la limitazione del controllo giudiziale sugli atti dell’AGCM³⁷ è avvenuta attraverso la riduzione dell’intensità del sindacato del giudice amministrativo dove si è fatta largo la tesi del

di uno spazio riservato all’autorità in cui la stessa potesse disporre di un potere di valutazione in ordine alla scelta della tecnica da applicare al caso concreto (è la tesi di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., *passim* ma in part. p. 211; tesi ripresa e ampliata da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 312. In quest’ordine anche se ancora più netta è la posizione di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *dir. proc. amm.*, 1984, p. 509 ss., il quale parla di esclusività della competenza dell’autorità sulla base i) della soggettività assoluta dell’iter valutativo e ii) della irripetibilità del giudizio, elementi questi che limiterebbero in modo significativo il sindacato del giudice amministrativo sugli apprezzamenti di tipo tecnico effettuati dall’autorità. In relazione a quest’ultima impostazione si v. in senso critico A. TRAVI, *Valutazioni tecniche ed istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1266; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 411 ss.; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., p. 477 ss. Dalle impostazioni che pongono una sorta di “riserva d’amministrazione” sulle valutazioni tecniche la dottrina e soprattutto la giurisprudenza più recenti elaboreranno dapprima A) la tesi del sindacato esterno e poi B) la tesi del sindacato debole (su cui si dirà *infra* par. 2.1).

³⁵ Sul punto, fra molti, cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 116; nonché A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit. p. 278.

³⁶ Per una primissima (e molto nota) pronuncia in cui si parla di sindacato “debole” e “forte” con riferimento alla tipologia di controllo che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare sugli atti della pubblica amministrazione laddove in questi ultimi siano presenti valutazioni a carattere tecnico si v. Cons. di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, (si può leggere in *Giur. it.*, 2002, p. 1084 con nota di S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, *ivi*, p. 2402 ss., ma anche in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, p. 179, in *Studium Juris*, 2002, p. 245). Nel caso di specie il Consiglio di Stato era chiamato a pronunciarsi sull’impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che abbracciava la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull’area, l’estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. In particolare, secondo la IV sezione, nell’ambito della c.d. discrezionalità tecnica, si possono distinguere due tipologie di sindacato: i) forte e ii) debole. Secondo il Collegio, si può definire “forte” quel tipo di sindacato «che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’amministrazione». Più esattamente in tale tipologia «il giudice non si [...] limit[a] a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma [...] direttamente sostitu[isce] la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall’amministrazione». Se ne ricava che può definirsi sindacato di tipo debole quello in cui «il controllo [...] avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa», quindi senza la possibilità di sostituire la decisione giudiziale a quella amministrativa.

³⁷ Nell’ambito antitrust per una prima (e molto nota) pronuncia in cui si afferma la tesi del sindacato debole (e contestualmente si rimarca il superamento del sindacato esterno) a proposito dei poteri del giudice amministrativo sugli atti dell’AGCM cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. comm.* 2003, II, p. 170, con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *ivi*, p. 170 ss.; ed in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 977, con nota di N. RANGONE, *Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust*, *ivi*, 1007 ss.; ed in *Foro it.*, 2002, III, c. 402 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, *ivi*, c. 482 ss.; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, *ivi*, c. 493 ss. Nella sentenza, avente ad oggetto la (presunta) violazione della disciplina antitrust rilevata dall’AGCM nei confronti di numerose compagnie di assicurazioni per aver dato luogo ad intese restrittive della concorrenza nel settore automobilistico, il cuore del ragionamento sul sindacato debole si può sintetizzare nei seguenti passaggi argomentativi svolti dal Consiglio di Stato: i) i provvedimenti dell’AGCM «sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito» ii) in tal senso «si precisa altresì che il sindacato del giudice amministrativo sull’attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall’autorità antitrust è un sindacato di tipo debole»; iii) ciò vuol dire più precisamente che simile sindacato «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’autorità»; sicché in materia di CTU «nell’esercizio di un tale sindacato è inammissibile far “ripercorrere” al consulente tecnico d’ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all’amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell’impostazione generale seguita dall’autorità nello svolgere una determinata indagine e nient’altro»; iv) ciò, va detto, «con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall’autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un



c.d. sindacato debole. Per sindacato debole (a sua volta distinto da uno di tipo forte)³⁸, si intende un tipo di controllo giudiziale che, sebbene esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e come tale dunque non più meramente esterno a simili elementi bensì interno³⁹, non permette al giudice di spingersi a tal punto da sostituire la sua

controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità», ossia un sindacato di tipo “forte”. A tale impostazione aderisce poco dopo – ma sul punto già prima cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348 – anche la VI sezione del Consiglio di Stato, ossia Cons. di Stato, 1 ottobre 2002, n. 5156, in Foro amm. CDS, 2002, p. 2505 con annotazioni di A. LALLI, La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni, ivi, 2003, p. 232 ss. La causa aveva ad oggetto un'importante operazione di concentrazione realizzata da Enel s.p.a. mediante l'acquisto del controllo congiunto, assieme a France Telecom, di Infostrada s.p.a., per la quale l'AGCM aveva aperto un procedimento di infrazione alla disciplina antitrust per abuso di posizione dominante. Il nodo da risolvere, per quel che qui interessa, verteva sulla tecnica sindacatoria che il giudice amministrativo avrebbe dovuto adottare a fronte della valutazione tecnica complessa e dell'accertamento del presupposto di fatto, anch'esso complesso, resi nelle dall'AGCM nelle sue decisioni. Secondo la VI sezione non vi sono dubbi che tale tecnica sia quella del «sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice», in quanto le decisioni dell'AGCM «attengono a valutazioni complesse che rinviano a scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si perviene alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva della concorrenza, ecc.) », le quali « possono essere sindacate solo per vizi di legittimità, e non di merito». Il Collegio, inoltre, precisa come per sindacato debole deve intendersi quel controllo in cui il giudice non «sovrappone la valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato» a quelli dell'autorità. Si sottolinea, infatti, come la valutazione riguardante l'evidenza o meno di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisca «un accertamento di mero fatto, né che la sussistenza di tale posizione» si risolva «in un semplice presupposto di fatto tale da poter essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica». Sempre nel senso di un sindacato di tipo debole, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in Foro it., III, c. 6, in materia di intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 2 l. n. 287/1990 nell'ambito della gara bandita da parte di CONSIP per l'acquisizione di servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Nell'occasione il Collegio ha ricordato come «il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust [...] sia un sindacato (definito “di tipo debole”), che non consente un potere sostitutivo del giudice». Tuttavia, nell'ottica del sindacato interno, viene sottolineata la possibilità rimessa al giudice di «censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili». Tant'è che «in questi casi la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica».

³⁸ Sul punto cfr. A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, cit., p. 428, che ricorda come la giurisprudenza abbia tradizionalmente fatto distinzione «fra un sindacato “forte” e un sindacato “debole”: nel primo caso il giudice amministrativo può sovrapporre la propria valutazione a quella dell'Amministrazione, nel secondo caso invece deve limitarsi alla verifica della ragionevolezza, della logica e della coerenza con il patrimonio tecnico e scientifico comune». Recentemente v. anche G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1002, nota 6, dove è detto che «nell'ambito del c.d. sindacato intrinseco [...] si è distinto tra sindacato “forte”, che consente al Giudice di sostituire la propria valutazione a quella dell'Amministrazione, e sindacato “debole”, che non consente tale sostituzione».

³⁹ Nella dottrina amministrativistica italiana il passaggio dal sindacato esterno al sindacato interno degli atti amministrativi (della pubblica amministrazione in generale e delle autorità amministrative indipendenti come l'AGCM in particolare) avviene gradualmente a partire dagli anni Ottanta del Novecento. In sostanza per superare la tesi del sindacato esterno vi fu chi propose (G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, p. 1584 ss.) la sindacabilità interna degli atti espressione di discrezionalità tecnica mediante il riferimento al principio di effettività della tutela che imponeva di considerare l'introduzione nel processo delle figure di periti e consulenti del giudice quando quest'ultimo doveva verificare la correttezza della scelta (tecnica) operata dall'autorità. Si sottolineò pure come l'insindacabilità di fatti e profili tecnici derivasse da un'errata considerazione del controllo giudiziale su tali elementi che, sebbene non implicasse valutazioni di interessi, li confinava all'ambito del merito amministrativo (in tal senso cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica, sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 371). Nella giurisprudenza un deciso passaggio dal sindacato esterno al sindacato interno – anche in virtù delle rilevanti novità normative sulla consulenza tecnica d'ufficio ad opera dell'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e poi dall'art. 16, l. 21 luglio 2000, n. 205 – si ha con una nota decisione della IV sezione del Consiglio di Stato del 1999. Si fa riferimento a Cons. di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, (la si può leggere in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 ss.; in *Foro it.*, 2000, III, c. 9; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 300; in *Foro Amm.* 1999, p. 651, in *Cons. St.*, 1999, I, p. 584; in *Riv. cortei conti*, 1999, II, p. 120; in *Riv. amm. R. It.*, 1999, p. 482. In dottrina per le annotazioni a tale sentenza si v. L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale della discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422 ss.; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss.; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, ivi, p. 185 ss. Nella sentenza il massimo organo di giustizia amministrativa era stato chiamato, in materia di lavoro pubblico, ad esprimersi sul ricorso contro il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità occorsa all'appellante. Per sintetizzare, si possono individuare alcuni passaggi chiave che hanno condotto il Collegio ad affermare la sindacabilità “interna” della discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Secondo il Collegio, i) «ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato [...] dunque, del merito dell'atto amministrativo»; ii) tuttavia «la c.d. “discrezionalità tecnica”, invece, è altra cosa dal merito amministrativo»; iii) sicché se «è ragionevole l'esistenza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa»; iv) ciò non è «in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale». Sulla base di tali argomentazioni il Collegio stabilisce che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro



decisione a quella dell'amministrazione⁴⁰, soprattutto quando in tale decisione siano presenti valutazioni e apprezzamenti su fatti e i profili tecnici caratterizzati da complessità ed oggettiva opinabilità, come avviene sovente nella disciplina antitrust in relazione ai c.d. concetti giuridici indeterminati⁴¹.

Sebbene la giurisprudenza e la dottrina abbiano fatto intendere in varie occasioni di aver superato quelle tradizionali impostazioni che limitavano in modo significativo il controllo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, tuttavia ciò non è poi avvenuto nella realtà. È vero, invece, che giurisprudenza e dottrina assai recenti sono tornate a limitare significativamente il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità antitrust, facendo sovente riferimento proprio al binomio sindacato esterno/sindacato debole.

Di fronte a questo scenario dalle tinte invero non poco fosche per le possibilità di chiedere effettiva tutela dinnanzi ad un giudice amministrativo che possa dirsi dotato di piena giurisdizione, si presentano valide ragioni per dissentire e provare a dare una soluzione diversa alla ricostruzione offerta dall'indirizzo prevalente della giurisprudenza e da certa parte della dottrina. Sicché appare utile, specie dopo l'emanazione di una norma quale l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 che parrebbe confermativa di simili tesi, prendere le mosse proprio dall'analisi del dato giurisprudenziale e dottrinale in questione per operare una ricognizione degli orientamenti che, pur nella loro diversità di vedute, sono inclini a ridurre l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.

correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo». Va detto che la decisa presa di posizione del Consiglio di Stato in favore del sindacato interno sulla discrezionalità tecnica e quindi di una maggiore attenzione alla tutela dei soggetti nei confronti delle decisioni dell'autorità non generò, come era lecito aspettarsi, uno stabile orientamento che superasse i limiti del sindacato esterno. Basti guardare ad alcune successive decisioni della stessa sezione del Consiglio di Stato per rendersi conto di ciò. In tal senso, sempre sul tema della discrezionalità tecnica in ordine all'accertamento psico-attitudinale a fini lavoristici, si v. Cons. di Stato, sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4808, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2228, che stabilisce come «*gli accertamenti volti ad appurare un determinato stato o condizione del soggetto sottoposto a verifica di idoneità non sono ripetibili con carattere di neutralità, cioè con assoluta indifferenza di risultati rispetto ad apprezzamenti compiuti in momenti differenti*»; ne segue che «*il giudizio dell'amministrazione può essere contestato, ma il relativo sindacato non può che essere di tipo esterno, volto cioè ad appurare l'eventuale errore o travisamento in cui è incorsa l'amministrazione*». Ma si v. pure Cons. di Stato, sez. IV, 16 giugno 2005, n. 3148, in *Foro amm. CDS*, 2005, 6, p. 1838, dove viene ribadito che «*il sindacato del g.a. [...] si caratterizza pertanto come esterno; va cioè svolto nei limiti della verifica della corretta percezione da parte dell'organo pubblico dei presupposti di fatto del provvedere; della completezza dell'istruttoria; della ragionevolezza delle scelte effettuate in relazione alla fattispecie concreta; della esaustiva esternazione delle ragioni della decisione*».

⁴⁰ In tal senso, per una definizione data dalla giurisprudenza si v. Cons. di Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, p. 547, dove è detto che «*con l'espressione "sindacato debole", riferito a quello [...] si vuole porre solo un limite alla statuizione finale del giudice il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, 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 sostanza, secondo il Collegio, con il sindacato debole il giudice non potrebbe sostituirsi ad un potere già esercitato, ma dovrebbe solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.

⁴¹ Sul punto si v. ancora Cons. di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287. Nella decisione viene sottolineato come la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti alla cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati e che in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole. Allo stesso modo cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, che ritiene del tutto condivisibili i sopra enunciati principi ed applicandoli alla materia in esame, perviene alla considerazione che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'autorità antitrust, sia «*un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'autorità*».



2.2. La posizione del Consiglio di Stato.

Se si esamina la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato in tema di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, si può constatare con una certa immediatezza come il massimo organo di giustizia amministrativa si mostri saldamente fermo su posizioni volte ad affermare i limiti che tale giurisdizione incontra nella rivisitazione dei fatti e degli apprezzamenti tecnici svolti dall'autorità antitrust, con ciò facendo senz'altro aumentare la percezione del problema legato alla pienezza della tutela giurisdizionale di fronte agli atti di quell'autorità. Certo è emblematico il caso che, di recente, ha interessato proprio il Consiglio di Stato su di una delicatissima questione⁴², e che ha dato modo al principale organo di giustizia amministrativa di ribadire un simile indirizzo. In questa prospettiva si è affermato come, con riguardo all'ambito ed ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust, il giudice amministrativo eserciti «*un sindacato di legittimità che non si estende al merito*»⁴³ come avviene in relazione all'accertamento con cui l'autorità abbia definito il mercato rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust che non «*è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*»⁴⁴. Sicché il giudice amministrativo, nella prospettiva di un sindacato di tipo esterno,

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, che ha ad oggetto la nota vicenda del gasdotto TAP in Puglia, su cui, anche per una ricostruzione, in dottrina si v. M. CARDUCCI, *The TAP Pipeline and the «Tyranny of Small Decisions»*, in *Poliarchie*, 2/2018, p. 216 ss. Per la netta presa di posizione del Consiglio di Stato vanno posti all'attenzione del lettore particolarmente due passaggi della citata sentenza. Il primo è quello dove si afferma che il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice, è «*attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera*». Secondo il Consiglio di Stato, tale apprezzamento «*è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti*». Il secondo è quello dove viene stabilita la legittimità di un atto amministrativo (il provvedimento con cui il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare aveva rilasciato la valutazione di impatto ambientale sul progetto di realizzazione del gasdotto TAP di trasporto transfrontaliero del gas naturale verso il territorio nazionale e verso l'Europa occidentale) in base al seguente motivo: il giudizio di compatibilità ambientale, quand'anche reso sulla base di criteri oggettivi di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice amministrativo, rimane «*attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa*» dal lato dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera, tali per cui le scelte effettuate dall'amministrazione devono ritenersi sottratte al sindacato del giudice amministrativo «*ogniquale le medesime non si appalesino come manifestazione illogiche o incongrue*».

⁴³ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3. Per le pronunce che hanno stabilito la massima secondo la quale «*il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito*», cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581; Cons. di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896; in *Foro amm. CdS*, 2, 2011, p. 562; Tar, Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12313, in *Foro amm. Tar*, 12, 2009, p. 3467; Cons. di Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2009, p. 767; Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900, in *Foro amm. Tar*, 4, 2008, p. 1018; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. Tar*, 5, 2007, p. 1642. Di interesse è Cons. di Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 in *Il foro amm.*, 10, 2017, p. 2027-2028. La controversia aveva ad oggetto la violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della l. n. 287/1990 con riferimento alle condotte poste in essere da alcune imprese partecipanti a tre procedure di gara, bandite dal Ministero della Difesa e aventi per oggetto l'affidamento di servizi di bonifica e smaltimento dei materiali potenzialmente inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali militari di Taranto, La Spezia ed Augusta. Il procedimento sanzionatorio presso l'AGCM scaturiva da una segnalazione dello stesso Ministero della Difesa il quale aveva riscontrato che, nelle gare menzionate, figurava per ogni lotto quasi esclusivamente un unico offerente, il quale risultava poi aggiudicatario a ribassi anormalmente decrescenti rispetto agli anni precedenti. Al termine dell'istruttoria, l'autorità antitrust accertava l'esistenza di un'intesa illecita tra dodici società raggruppate in tre distinti raggruppamenti temporanei di macro-imprese. L'intesa sarebbe stata in grado di neutralizzare il confronto competitivo, consentendo la spartizione dei lotti tra le tre macro-imprese e la fissazione dei prezzi di aggiudicazione. Su queste basi, l'AGCM disponeva l'inibitoria da comportamenti analoghi per il futuro e applicava a ciascuna società sanzioni nella misura del 10% del rispettivo fatturato complessivamente prodotto nell'esercizio precedente. In senso analogo, di recente, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927; Cons. di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

⁴⁴ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. Le imprese appellanti, in particolare, avevano contestato gli accertamenti tecnici di natura economica e particolarmente l'individuazione del mercato rilevante (su cui, per approfondimenti, cfr. *supra* nota 24) compiuti dall'AGCM. Sul punto, il Consiglio di Stato ha ricordato che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione delle norme giuridiche, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti impone un'operazione di «*contestualizzazione*»



«deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici»⁴⁵. Dal momento che, sempre secondo il Consiglio di Stato, quello del giudice amministrativo è anche un sindacato di tipo debole, laddove «residuino margini di opinabilità», come avviene, nel caso di specie, in relazione ai concetti giuridici indeterminati, «il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’AGCM nella definizione di tali concetti»⁴⁶.

A proposito dei concetti giuridici indeterminati, è interessante notare, nel caso preso in esame, come l’affermarsi di simili tipologie di sindacato si traducano in concreto proprio nell’impossibilità del giudice di dare una qualificazione ad elementi importanti della fattispecie diversa da quella formulata dall’AGCM nel procedimento di constatazione dell’illecito antitrust, così limitando in misura non trascurabile i diritti di azione e difesa del soggetto che sia stato oggetto del conseguente provvedimento sanzionatorio. È il caso dell’insindacabilità della decisione amministrativa compiuta dall’AGCM che abbia riguardato, come detto, la formulazione del concetto di mercato rilevante, quale presupposto per l’applicazione delle sanzioni di abuso di posizione dominante e di intesa restrittiva della concorrenza ai sensi della normativa antitrust italiana (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990) ed europea (artt. 101 e 102 TFUE)⁴⁷.

Tale aspetto è sottolineato nella sentenza in parola, nel punto in cui si afferma che la definizione di mercato rilevante compiuta dalla AGCM nella singola fattispecie non è censurabile da parte del giudice amministrativo, «se non per vizi di illogicità estrinseca»⁴⁸, e ciò perché, nel percorso argomentativo seguito dai consiglieri di stato, la formulazione del concetto di mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non è ripetibile dal giudice, poiché comporterebbe un’operazione di contestualizzazione delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, come appunto è la nozione di mercato rilevante, al caso specifico. Tale

delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati al caso specifico. Tale operazione di contestualizzazione ha margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni. In senso analogo, sempre di recente, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

⁴⁵ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3, dove si aggiunge che in simili casi il solo compito del giudice è quello di «accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate». In senso pressoché analogo cfr., sempre di recente, Cons. di Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; Cons. di Stato, sez. IV; 13 giugno 2014, n. 3032.

⁴⁶ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.3. Per le stesse conclusioni si v. ancora Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581; Cons. di Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032.

⁴⁷ Su quest’ultimo punto è intervenuta la riforma del d.lgs. n. 3/2017, che, con l’art. 17, comma 1, lett. a), ha modificato l’art. 1 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, stabilendo ora che l’AGCM applichi «parallelamente in relazione a uno stesso caso» la normativa antitrust europea (artt. 101 e 102 TFUE) e quella italiana (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990) in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.

⁴⁸ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. Nello stesso senso cfr. la decisione anch’essa recente del Cons. di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291, secondo il quale va rilevato che «per costante e condivisa giurisprudenza, l’individuazione del mercato rilevante, nel caso di intesa restrittiva della concorrenza vietata dall’art. 2 della legge n. 287 del 1990, è funzionale alla delimitazione dell’ambito nel quale l’intesa stessa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale [...] e che la relativa estensione e definizione spetta all’Autorità nella singola fattispecie, all’esito di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca». Ancor più recentemente cfr. Cons. di Stato, sez. VI., 19 febbraio 2019, n. 1160, chiamato a giudicare su di un’ipotesi di intesa illecita ai sensi dell’art. 101 TFUE ravvisata da AGCM nei confronti di un’impresa del settore edile per avere quest’ultima operato un coordinamento dei prezzi di vendita, assistito anche da un controllo sistematico dell’andamento delle quote di mercato relative, realizzato tramite uno scambio di informazioni sensibili. Nel caso di specie oggetto di specifica doglianza dell’impresa appellante era la contestazione circa l’individuazione del mercato rilevante da parte dell’autorità antitrust. La VI sezione del Consiglio di Stato, a tal proposito, ribadiva che la definizione del concetto di mercato rilevante, «secondo un costantemente orientamento giurisprudenziale [...] spetta all’Autorità» che la compie «nella singola fattispecie, all’esito di una valutazione che presenta margini di opinabilità»; sicché ne consegue che tale definizione «non è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca».



operazione di contestualizzazione – scrivono i consiglieri di stato – «*non di rado implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni*»⁴⁹. Esemplificando, il giudice non potrebbe sostituire l'individuazione del mercato rilevante operata dall'AGCM, ma solo verificarne la correttezza e la logicità; parimenti il giudice non potrebbe sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'autorità, né modificare l'impostazione dell'indagine, e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità.

Va notato come l'argomentazione fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame – la prima resa dopo l'introduzione della legge – faccia propria, richiamandola espressamente, la norma recentemente introdotta dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 3/2017 e la interpreti peraltro nell'opzione più stringente che la stessa norma suggerisce⁵⁰ (in tal senso cfr. punto *ii* del par. 1.4). È evidente, dunque, come il dato positivo in questione possa ora costituire un punto fermo per la giurisprudenza delle corti amministrative italiane, le quali, sulla base di quanto appena detto, potranno agevolmente fare riferimento alla normativa neo introdotta nell'ordinamento interno (e magari alla sua accezione interpretativa più stringente) per motivare sui limiti che il giudice amministrativo incontra nel sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuti dall'AGCM.

La recente posizione del Consiglio di Stato tuttavia non deve trarre in inganno e magari far pensare ad una giurisprudenza innovativa, la quale, in forza della recente legge, abbia assunto un indirizzo che possa dirsi nuovo. Semmai può dirsi accaduto il contrario, ossia è la legge ad aver recepito l'orientamento della giurisprudenza che sostiene in vario modo le tesi del sindacato esterno e del sindacato debole del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. In senso analogo cfr. Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 in *Il foro amm.*, 10, 2016, p. 2347 ss.; Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, in *Il foro amm.*, 7-8, 2016, p. 1796; Cons. di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 3112; Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581.

⁵⁰ Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, cit., punto 2.2. In dettaglio, secondo il Collegio «*tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrata in vigore il 3 febbraio 2017 [...] il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita: "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima"*».

⁵¹ Basti pensare, in questa prospettiva, per limitarsi a pochi ma molto rappresentativi casi – anch'essi recenti seppur tuttavia precedenti all'emanazione del decreto in parola – che hanno occupato il Consiglio di Stato in tema di intese restrittive della concorrenza di cui agli artt. 101 TFUE e 2 l. n. 287/1990. In tali decisioni si può notare come sia netta la presa di posizione dei consiglieri nel sostenere le ragioni dell'insindacabilità degli atti dell'AGCM secondo il binomio A) sindacato esterno/B) sindacato debole.

i) Per un primo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947, dove si legge: «*quando nei profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*».

ii) Per un secondo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581, dove si legge: «*il giudice amministrativo può esercitare soltanto un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, dovendo valutare i fatti, al fine dei accertare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate*».

iii) Per un terzo caso cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 nella quale il massimo organo di giustizia amministrativa afferma, in modo pressoché analogo alle più recenti sentenze osservate, la non sindacabilità di fatti e profili tecnici da parte del giudice amministrativo. Il Collegio, sebbene nell'iter argomentativo seguito sembra aprire alla piena sindacabilità delle decisioni AGCM («*il sindacato di legittimità del g.a. sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici*»), poi, in realtà, chiude tale possibilità affermando che il vaglio del giudice amministrativo si arresta dinanzi a «*valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza)*». In tali ipotesi, ribadisce la sesta sezione del Consiglio di Stato (sezione che già si era pronunciata in modo pressoché identico in



Difatti, come si vedrà dalla giurisprudenza dei tribunali amministrativi (cfr. *sub par.* 2.3) e dall'importante presa di posizione della suprema Corte di cassazione (cfr. *sub par.* 2.4.), vi è ed è predicata una corrente della giurisprudenza che va affermando da tempo simili tesi. Tale orientamento⁵², precedente all'emanazione del d.lgs. n. 3/2017 e, in parte, anche alla direttiva europea 2014/104/UE, va tenuto presente se si vogliono comprendere le ragioni dell'affermarsi di una simile impostazione nella recente giurisprudenza.

2.3. La posizione dei tribunali amministrativi regionali

Sulla stessa lunghezza d'onda del Consiglio di Stato si colloca la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali⁵³ che, rifacendosi all'importante pronuncia della Suprema Corte di cassazione del 2014 (su cui cfr. *sub par.* 2.4), fa riferimento sia al sindacato esterno, sia al sindacato debole per limitare lo spettro d'azione del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità antitrust. Limitando l'attenzione ad una molto indicativa, e per certi versi riassuntiva, decisione su tale orientamento si può esaminare la recentissima e molto rilevante sentenza del TAR Lazio⁵⁴ riguardante l'accertamento da parte di AGCM di un'intesa restrittiva della concorrenza (art. 101 TFUE) a carico di note società internazionali di revisione operanti sul mercato italiano. In base all'istruttoria condotta dall'autorità antitrust, il fatto illecito consisteva in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara bandita dalla CONSIP per l'affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e audit di programmi cofinanziati dall'Unione europea, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei relativi lotti.

Nella causa in questione, a sostegno delle proprie ragioni le società ricorrenti invocano un sindacato "pieno" del giudice amministrativo sulle decisioni adottate dall'AGCM in vista di ottenerne l'annullamento, ma il TAR ribadisce

un'altra precedente sentenza) il sindacato del giudice, entrando in gioco valutazioni a carattere tecnico, «è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità».

⁵² Tale orientamento appare piuttosto consolidato per via delle numerose pronunce e del fatto che sia anche risalente nel tempo. Secondo quest'indirizzo, in sostanza, la verifica dei fatti oggetto delle determinazioni dell'autorità antitrust si estenderebbe ai profili tecnici solo dove al giudice amministrativo ciò sia necessario per sindacare la legittimità di tali determinazioni (secondo la tesi del sindacato esterno), con la conseguenza, significativa, che quando siffatti profili tecnici includano anche valutazioni ed apprezzamenti che presentano margini di opinabilità, il vaglio non potrebbe che limitarsi ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità (secondo la tesi del sindacato debole). In tal senso si v. Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266 in *Il foro amm.*, 10, 2016, p. 2347 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047, in *Il foro amm.*, 7-8, 2016, p. 1796 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 3112 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228, in *Foro amm.*, 7-8, 2014, p. 2031 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2002, in *Foro amm. CDS*, 4, 2013, p. 997 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171, in *Foro amm. CDS*, 9, 2011, p. 2854 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, in *Foro amm. CDS*, 5, 2011, p. 1621 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2009, p. 767 ss.; Cons. di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in *Foro amm. CDS*, 3, 2006, p. 941.

⁵³ Evidentemente del solo Tar Lazio, sede di Roma, attesa la competenza esclusiva di tale tribunale a sindacare gli atti dell'AGCM. Fra le tante, più recentemente si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 29 luglio 2016, n. 8801; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 novembre 2015, n. 12708; Tar Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2015, n. 372; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2014, n. 4801. Meno recentemente cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2010, n. 10571, in *Foro amm. Tar*, 5, 2010, p. 1679; Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12312; in *Foro amm. Tar*, 12, 2009, p. 3467; Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900, in *Foro amm. Tar*, 4, 2008, p. 1018; Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. Tar*, 5, 2007, p. 1642.

⁵⁴ Tar Lazio, Roma, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997.



come tale giudice, essendo dotato di un potere meramente «esterno» circa la verifica dei fatti e dei profili tecnici della causa, può essere chiamato solo «*ad operare un sindacato estrinseco sulla correttezza logica dell'operato dell'Autorità, al fine di verificare l'“iter” ricostruttivo da questa seguito nell'analisi della norma e della sua applicabilità ai fatti concreti*».

Nella prospettiva del sindacato debole, il TAR aggiunge che laddove i «*profili tecnici coinvolgano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (vedi definizione di “mercato rilevante”)*» il potere del giudice amministrativo «*è limitato – oltre che ad un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato – alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo invece il giudice sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile – dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro suddetti margini*»⁵⁵.

2.4. La posizione della Suprema Corte di cassazione.

Quello appena rassegnato è, in estrema sintesi, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza amministrativa più recente⁵⁶. A tale indirizzo si deve aggiungere, data l'importanza che essa ha avuto nella elaborazione della successiva giurisprudenza amministrativa⁵⁷, la presa di posizione delle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione⁵⁸ nella decisione del 20 gennaio 2014, n. 1013 (su cui si v. anche *supra* par. 1.4).

Chiamata ad esprimersi su di una controversia⁵⁹ che aveva posto, fra gli altri motivi, specialmente quello inerente alla questione della pienezza della giurisdizione sugli atti dell'AGCM, la Suprema Corte si era pronunciata nel senso

⁵⁵ La tesi del sindacato debole è affermata in modo netto anche da Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 settembre 2016, n. 9553, in *Il foro amm.*, 9, p. 2228. In tale pronuncia si è affermato che l'accertamento dell'illecito concorrenziale effettuato dall'AGCM, risultando «*connotato da una certa discrezionalità tecnica*», è «*assoggettato al sindacato di legittimità del giudice amministrativo*» il quale, in ogni caso, «*nel rispetto delle regole e dei limiti elaborati dalla giurisprudenza non può sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile – dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i margini dell'opinabilità*». Sempre recentemente, lo stesso Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 gennaio 2018, n. 1081, ha ribadito come risulti «*incontestato che, ove la legittimità dell'azione amministrativa ed il corretto uso delle sottostanti regole tecniche siano stati accertati, il controllo giudiziale non possa andare oltre, al fine di sostituire la valutazione del giudice a quella già effettuata dall'Amministrazione, la quale rimane l'unica depositaria del potere esercitato*». In questo contesto il Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 settembre 2016, n. 9847, ha ricordato come «*i provvedimenti delle Autorità Garanti siano soggetti a cosiddetto “sindacato debole”, in quanto [...] nei settori affidati a dette Autorità tale sindacato incontra una delimitazione almeno in parte diversa, tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle Autorità stesse, le cui valutazioni trovano come parametri di riferimento non soltanto regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci*».

⁵⁶ Per alcune rassegne in argomento sulla giurisprudenza meno recente si v. P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 2000, p. 295 ss.; A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust. Quanto “self-restraint”?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, p. 239 ss.

⁵⁷ Qui basti notare come la gran parte delle recenti decisioni del TAR Lazio in materia (su cui cfr. *supra* par. 2.3.) abbia richiamato la sentenza della Suprema Corte di cassazione.

⁵⁸ Decisione che è stata resa anche in virtù del richiamo a precedenti meno recenti della stessa Corte e nei quali il Supremo collegio si era espresso in via più generale con riferimento all'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica. A tal riguardo si v. Cass. civ. sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063; Cass. civ. sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882. Per un commento sulla decisione resa nel 2014 dalla Suprema Corte, nella dottrina amministrativistica si v. B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057 ss.

⁵⁹ I fatti della causa su cui era chiamata a pronunciarsi la Corte di cassazione si basavano sulle seguenti vicende processuali. La società italiana Acea e la società francese Suez Environment con separati ricorsi impugnarono dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio un provvedimento con il



di avvalorare le tesi *sub A*) del sindacato esterno e *sub B*) del sindacato debole quali tecniche di cui disporrebbe il giudice amministrativo per giudicare le decisioni di quell'autorità.

Nella fattispecie le società avevano impugnato la sentenza di secondo grado adducendo come motivo di ricorso un vero e proprio diniego di giurisdizione cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato, in veste di giudice amministrativo d'appello, per avere questi imposto una sorta di "autolimitazione" alla propria latitudine di giudizio. Sicché, la riduzione del potere del giudice amministrativo, ponendosi in contrasto con i limiti esterni della giurisdizione assegnata a quel giudice, consentiva alle società di denunciare il relativo diniego in cassazione, ai sensi del primo comma dell'art. 362 c.p.c.

Tuttavia, stabilendo il principio secondo il quale i provvedimenti dell'AGCM «sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito», la Corte, in un'ottica confermativa della tesi sul sindacato esterno, riteneva infondate le doglianze delle società ricorrenti nella parte in cui le stesse lamentavano la limitazione del potere di verifica del giudice amministrativo «ai profili di logicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione», assunta da tale autorità per acclarare fatti e compiere valutazioni tecniche «ai fini di accertare e sanzionare l'intesa restrittiva della concorrenza»⁶⁰. Le ricorrenti, di contro, nel primo grado di giudizio avevano ottenuto dal TAR l'annullamento dei provvedimenti con cui l'AGCM aveva accertato l'intesa illecita, sostenendo come il potere di verifica di tali atti da parte del giudice amministrativo non fosse "esterno" alla sua giurisdizione, ma dovesse «spingersi alla verifica dei fatti posti a base del contestato accertamento»⁶¹.

Per quel che concerne l'intensità del potere giudiziale, come anticipato, la Corte si è schierata in favore della tesi sul sindacato debole, «nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili». Secondo la Suprema Corte, infatti, tale tipo di controllo esulerebbe dalla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo poiché «si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella

quale l'AGCM aveva accertato la stipulazione da parte di tali società di un'intesa restrittiva della concorrenza e, oltre a prescrivere comportamenti idonei ad eliminare gli effetti di tale intesa, le aveva condannate al pagamento di una sanzione. L'intesa così sanzionata aveva preso corpo, secondo l'autorità antitrust, in occasione della comune partecipazione di Acea e Suez ad una gara indetta dal Comune di Firenze per assegnare il 40% delle quote di una società mista pubblico-privata destinata alla gestione del servizio idrico integrato di un ambito territoriale della Toscana, ed era stata poi rinforzata con la stipulazione di appositi patti parasociali. Il TAR accolse i ricorsi ed annullò il provvedimento impugnato. L'AGCM propose però appello ed il Consiglio di Stato, con sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, riformò la decisione di primo grado e respinse le domande di annullamento del summenzionato provvedimento sanzionatorio, rigettando nel contempo anche un appello incidentale proposto da Acea. Il Consiglio di Stato, per quel che in questa sede interessa, ritenne che fosse corretto l'iter logico attraverso il quale l'AGCM, nell'adottare il contestato provvedimento, aveva ricostruito gli estremi merceologici e geografici del mercato rilevante ai fini dell'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'intesa; e precisò, a questo proposito, che il sindacato del giudice amministrativo non si estende al merito (salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio) ma è limitato alla verifica dell'assenza, nel provvedimento impugnato, di travisamenti di fatto, di vizi logici o di errori giuridici. Avverso tale sentenza proposero separati ricorsi per cassazione, di analogo contenuto, Acea e Suez, formulando ciascuna tre motivi di censura, illustrati poi anche con memorie.

⁶⁰ Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

⁶¹ Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.



dell'amministrazione». Ciò, peraltro, «fermo restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza» da parte del giudice amministrativo⁶².

La suprema Corte si era interrogata, invero, sulla possibilità che le valutazioni tecniche operate dall'AGCM, al fine di conferire concreto significato e di dare attuazione al precetto legale, siano sindacate da parte del giudice amministrativo pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità. Secondo la Corte, in situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.

Se quanto appena detto è vero in via generale, ancor più lo è, secondo la Corte, nel caso particolare del sindacato sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e specialmente dell'AGCM, trattandosi di autorità cui proprio in ragione della specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza, compiti da esplicitare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati. Secondo la Suprema Corte, ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità («valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali»), il sindacato giurisdizionale «possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita»⁶³.

Non è poi senza rilievo che nella sentenza in parola la Corte di cassazione richiami alcune importanti decisioni della Corte di giustizia UE. In sintesi, il giudice comunitario, se per un verso ha chiarito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti⁶⁴, per altro verso ha indicato come spetti alla Commissione il compito di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno, di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano si limiti alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere⁶⁵. Il che equivale a dire che si tratti pur sempre di un sindacato sui fatti e sui profili tecnici esterno e debole, giacché limita il controllo del giudice amministrativo ai tipici vizi di legittimità e ne impedisce comunque qualsiasi ipotesi di sostituzione.

Non è inutile ricordare, infine, sebbene già in altra parte si sia fatto cenno (cfr. *supra* par. 1.4 e nota 17), che la decisione della Suprema Corte in questione è alla base dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 3/2017,

⁶² Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

⁶³ Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.1.

⁶⁴ In questo senso si v. Corte di giustizia UE, sez. III, 3 maggio 2012, Legris Industries/Commissione (causa C-289/11 P);

⁶⁵ Corte di giustizia UE, sez. III, 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commissione (causa C-501/06 P).



laddove quest'ultima disposizione recepisce, quasi letteralmente, il principio di diritto fissato dalla Corte in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM⁶⁶.

3. Gli orientamenti della dottrina contemporanea: aperture e (nuovi) limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.

3.1. I tradizionali limiti al sindacato pieno del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM.

3.1.1. La natura del giudizio svolto da AGCM e le valutazioni (economiche) complesse.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia è per certi versi confermato da una parte della dottrina amministrativistica italiana. Vi è infatti una parte non trascurabile ed autorevole della dottrina che, in controtendenza rispetto a quella sovranazionale⁶⁷, propende, seppur con diversità di vedute, per una limitazione dell'estensione e dell'intensità del potere giudiziale di verifica e revisione di fatti e profili tecnici posti a fondamento delle decisioni dell'AGCM, soprattutto quando tali decisioni siano il frutto di valutazioni di natura (economica)

⁶⁶ Cfr. Cass. civ. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, punto n. 4.3, dove viene enunciato il seguente principio di diritto: «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità [...] detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini». Il testo dell'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017 è poi stato formulato nel modo seguente: «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

⁶⁷ Il problema della sindacabilità degli atti delle autorità amministrative è particolarmente avvertito nella dottrina nordamericana più e meno recente. In tal senso cfr. D.P. CURRIE, F.I. GOODMAN, *Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum*, in *Colum. L. Rev.*, 1975, 75, pp. 62-85; C.H. KOCH, *Judicial Review of Administrative Discretion*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 54, 1986, pp. 485-487; P.L. STRAUSS, *One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, in *Colum. L. Rev.*, 87, 1987, pp. 1121-1122; K.W. STARR, C.R. SUNSTEIN, R. WILLARD, R. LEVIN, *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era*, in *Admin. Law Rev.*, 1987; S.W. MERRILL, *Judicial Deference to Executive Precedent*, in *Yale L. J.*, 101, 1992, pp. 998-999; L.R. COHEN, M.L. SPITZER, *Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and Empirical Test*, in *South. Cal. L. Rev.*, 69, 1996, p. 431 ss.; J.F. MANNING, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, in *Colum. L. Rev.*, 96, 1996, pp. 617-619 and pp. 631-680; A. BHAGWAT, *Separate But Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the "Judicial Power"*, in *B.U. L. Rev.*, 80, 2000, pp. 992-1015 (2000); H.T. EDWARDS, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, in *U. Pa. L. Rev.*, 151, 2003, p. 1639; M.C. STEPHENSON, *Mixed Signals: Reconsidering the Political Economy of Judicial Deference to Administrative Agencies*, in *Admin. L. Rev.*, 56, 2004, pp. 659-660; T.J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, in *U. Chi. L. Rev.*, 73, 2006, p. 823; M.C. STEPHENSON, *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, in *Harv. L. Rev.*, 119, 2006, pp. 1042-1049; R.J. PIERCE, *What Do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?*, in *Admin. L. Rev.*, 63, 2011, p. 77; J.J. CZARNEZKI, *An Empirical Investigation of Judicial Decision making, Statutory Interpretation, and the Chevron Doctrine in Environmental Law*, in *U. Colo. L. Rev.*, 79, 2008, pp. 793-795; S. KUMAR, *Expert Court, Expert Agency*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 44, 2011, p. 1547; S.A. SHAPIRO, R. MURPHY, *Politicized Judicial Review in Administrative Law: Three Improbable Responses*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 19, 2012, pp. 355-361; B. MILLER, B. CURRY, *Experts Judging Experts: The Role of Expertise in Reviewing Agency Decision Making*, in *L. & Soc. Inquiry*, 38, 2013, p. 55 ss.; J.D. WRIGHT, A.M. DIVELEY, *Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges? Some Preliminary Evidence from the Federal Trade Commission*, in *J. Antitrust Enforcement*, 1, 2013, p. 82 ss.



complessa⁶⁸ cui l'autorità è demandata in virtù dei concetti giuridici indeterminati presenti di regola nella normativa antitrust.

Si tratta, invero, di un indirizzo il quale fonda le caratteristiche della sindacabilità “non piena” sulla base di una impostazione di fondo comune sulla natura del giudizio svolto da AGCM che può riassumersi nel modo seguente.

Dal momento che l'AGCM non esercita funzioni neutrali, di pura applicazione della legge – e ciò pur per quanto non possa considerarsi che tale autorità sia titolare di funzioni di amministrazione attiva, giacché la stessa non sarebbe libera di decidere le modalità di realizzazione dell'interesse pubblico (la tutela del mercato) fissato dal diritto – sarebbe da escludersi la riconduzione della sua attività a quella tipica del giudice (c.d. funzione para-giurisdizionale). Il giudizio dell'AGCM, dunque, sarebbe diverso da quello compiuto dal giudice poiché distinto in due autonome fasi: la fase della sussunzione del fatto sotto il parametro normativo, tipica dell'attività giurisdizionale in senso stretto, sarebbe preceduta dalla fase in cui l'autorità opera un'integrazione del parametro normativo incompleto offerto dalla legge. L'incompletezza di taluni concetti presenti nella legge antitrust, come avviene con evidenza per la nozione di mercato rilevante, postulerebbe un'attività di riempimento della fattispecie da parte dell'AGCM tramite l'espressione di proprie valutazioni tecniche, ad essa riservate, in quanto presupponenti comunque la selezione di interessi, e perciò insindacabili da parte del giudice amministrativo.

La natura atipica e complessa delle decisioni dell'AGCM esigerebbe di distinguere tra accertamento dei fatti e successive fasi valutative, individuate nella precisazione inerente ai caratteri dei concetti giuridici indeterminati di cui si sostanziano le norme antitrust, dando luogo ad una contestualizzazione della norma, e nel confronto fra il parametro normativo così specificato ed i fatti accertati. Con riguardo a tali fasi valutative, ed in specie alla definizione del parametro normativo violato, il controllo del giudice amministrativo, per non invadere la valutazione di merito dell'autorità, non dovrebbe essere così intenso da sovrapporre il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato a quello prescelto dall'autorità, ma dovrebbe limitarsi a vagliarne l'attendibilità, attraverso un sindacato di ragionevolezza, logicità e coerenza, sia pure tecnica.

La sussistenza in materia della giurisdizione esclusiva e di quella estesa al merito, prevista in virtù dell'espressa attribuzione rispettivamente degli artt. 133, comma 1, lett. *l*) e 134, comma 1, lett. *c*), permetterebbe al giudice amministrativo di procedere ad un'autonoma ricostruzione di fatti e profili tecnici, ma giammai a sostituire il parametro valutativo e le relative valutazioni tecniche dell'AGCM con quelle diverse e pur sempre opinabili, di origine

⁶⁸ In dottrina si è sostenuto come nelle ipotesi di valutazioni complesse di natura tecnico-economica il giudice non possa sindacare, sovrapponendo la propria valutazione a quella dell'autorità, le decisioni dell'AGCM, e ciò anche in virtù della maggiore specializzazione delle autorità amministrative indipendenti. In tal senso, S. CASSESE, *Chi ha paura delle Autorità indipendenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, p. 471; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., p. 356 e part. anche nota n. 122; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza*, cit., p. 469 ss.; M. RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: fra parole e fatti*, in *Anal. giur. econ.*, 2000, p. 472 ss.



giudiziale⁶⁹. In ragione di ciò, il giudice amministrativo dovrebbe limitarsi a verificare non la correttezza del parametro valutativo e delle conseguenti valutazioni tecniche prescelti dall'autorità, bensì l'attendibilità e ragionevolezza del risultato derivante dall'applicazione del parametro e delle valutazioni selezionati per la fattispecie concreta⁷⁰.

3.1.2. Discrezionalità tecnica e concetti giuridici indeterminati.

Si tratta di un filone che accomuna pure quelle tesi che fanno discendere dall'accentuato tecnicismo dell'autorità antitrust una sostanziale limitatezza del sindacato del giudice amministrativo sui fatti e sulle valutazioni tecniche dell'AGCM, e secondo cui la cognizione giudiziale deve limitarsi alla verifica della eventuale illogicità o ingiustizia dell'atto, dell'incoerenza interna o con atti adottati in altri casi identici, senza scendere nel merito dell'atto⁷¹. Ma anche di quelle dove la limitazione del sindacato giurisdizionale è sostenuta in base all'ampia indeterminatezza della fattispecie normativa regolativa delle funzioni dell'AGCM, motivo per il quale diviene difficile per il giudice misurare l'esercizio del potere amministrativo rispetto al parametro legale⁷².

Particolarmente significativo, nell'ambito di simili tesi è quindi il discorso attinente alla discrezionalità tecnica⁷³ (cfr. *supra* par. 2.1) e alla presenza di clausole generali contenute nei testi normativi (i cc.dd. concetti giuridici indeterminati), laddove la definizione di tali nozioni condiziona il sindacato del giudice amministrativo. In questo discorso si è potuto sostenere che il potere delle autorità amministrative indipendenti sia un potere vincolato da norme tecniche⁷⁴ e concetti giuridici indeterminati, il che, in linea teorica, suffragherebbe una riduzione

⁶⁹ Cfr. G. DE MINICO, *Spunto per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust e della Consob*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 253, dove è detto che «il TAR non potrà contestare all'Antitrust cosa si intenda per mercato rilevante, o per intesa, perché se ciò facesse sostituirebbe la propria determinazione a quella dell'Antitrust, cioè renderebbe un giudizio non meno opinabile di quello contestato».

⁷⁰ G. DE MINICO, *op. loc. ult. cit.*, dove si aggiunge che «Il TAR dovrà, invece, limitarsi a verificare la corretta applicazione del parametro valutativo al caso concreto, vale a dire l'«attendibilità» del risultato dell'accertamento cui l'Autorità è pervenuta, annullando il provvedimento nel caso di esito negativo della verifica». Poco dopo l'A. tiene a rimarcare come «la caducazione dell'atto non è il risultato dell'adozione di un diverso parametro valutativo, bensì della riscontrata inattendibilità della valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione». Sul punto si v. anche ID., *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, p. 375 ss., ma sul punto pp. 394-395 dove è detto che il giudice amministrativo potrebbe solo controllare la «correttezza» degli accertamenti di fatto e della applicazione della norma al fatto.

⁷¹ Così C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 37 ss., ma sul punto p. 50, dove l'A. sostiene che il tecnicismo dell'organo dovrebbe limitare il sindacato alla sola ipotesi di manifesta illogicità o ingiustizia dell'atto, ragion per cui sarebbe impossibile la ripetizione delle valutazioni da esso compiute ad opera di un perito nominato dal giudice ordinario.

⁷² Come osserva M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, pp. 106-108, secondo il quale, «la vera ragione per cui il sindacato sull'attività delle autorità rischia di essere in qualche modo «spuntato» pare insomma da rinvenire non tanto nella (pretesa) «neutralità» dei garanti o nel carattere tecnico delle loro valutazioni, quanto, ancora una volta, nell'indeterminatezza del parametro, e quindi nelle particolarità delle scelte legislative attraverso le quali le autorità sono state previste e disciplinate».

⁷³ La valutazione compiuta dall'AGCM è stata spesso accostata alla discrezionalità tecnica, perché essa è basata su apprezzamenti attinenti anche a scienze non giuridiche, particolarmente a quelle economiche, che hanno carattere di opinabilità. Sul punto, fra molti, cfr. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 257 ss., il quale rifiuta la tesi secondo cui l'AGCM persegua interessi pubblici specifici o che attui indirizzi di politica amministrativa, non essendo pertanto chiamata ad effettuare valutazioni di vero e proprio merito amministrativo; diversamente cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., p. 250, il quale attribuisce all'AGCM una vera e propria discrezionalità, parlando in tal senso di «tramonto del mito della neutralità».

⁷⁴ Cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., p. 181 ss.



dell'intensità del controllo giurisdizionale. È ciò che accade quando nel giudizio entrano in gioco apprezzamenti di carattere soggettivo, giudizi opinabili sul piano tecnico-scientifico, valutazioni metagiuridiche o quando la concretizzazione di taluni concetti richieda un giudizio di valore⁷⁵, motivo per cui il giudice amministrativo dovrebbe limitarsi ad un controllo di ragionevolezza del risultato raggiunto dall'autorità⁷⁶.

Il giudice, si sostiene, viene chiamato sovente ad esprimersi su nozioni extragiuridiche, formulate talvolta da una scienza incerta, inesatta e opinabile dalla quale non derivano verità assolute, esatte e certe come avviene nella scienza economica per i concetti di mercato rilevante, posizione dominante, pratica concordata ecc. Dunque, con l'eccezione di quelle ipotesi semplici in cui la comune esperienza dà la certezza della sussumibilità del presupposto di fatto nella norma o nella esattezza del provvedimento a contenuto tecnico scientifico adottato dall'autorità, l'uso di norme tecniche e di concetti giuridici indeterminati dà luogo a valutazioni di tipo probabilistico, e perciò non esclusive, ma compatibili con altre valutazioni formulabili con riferimento alla stessa norma tecnica ed allo stesso concetto indeterminato⁷⁷.

Da ciò discenderebbe che, mentre nel rapporto "norma-fatto" la valutazione tecnica, con l'eventuale ausilio di consulenti, è demandata al giudice (come nel caso inerente all'accertamento dell'entità del danno), nel rapporto "norma-potere-fatto" il giudice non si può sostituire ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire, nell'ipotesi che l'esercizio del potere sia regolato da norme tecniche e/o da concetti giuridici indeterminati, se la valutazione operata nell'esercizio del potere sia una delle valutazioni compatibili con quella norma tecnica o con quel concetto giuridico indeterminato.

A tal riguardo, si è osservato come l'indagine sulla sostituibilità del prodotto, quale elemento di fatto essenziale per individuare il mercato rilevante – a sua volta inteso alla stregua di un concetto giuridico indeterminato sulla cui base l'AGCM adotta provvedimenti antimonopolistici – possa essere ripetuta per il tramite di una consulenza tecnica d'ufficio, allorché la constatazione compiuta dall'autorità nella sua decisione amministrativa risulti dubbia, eppur tuttavia non possa essere ripetuta con metodo alternativo rispetto a quello adottato dall'AGCM, stante la circostanza che, sul piano tecnico-scientifico, vi sarebbe una pluralità di metodi i quali possono dare esiti anche molto diversi,

⁷⁵ Cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 125 ss.

⁷⁶ Come nota A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 429-430, la giurisprudenza amministrativa (in specie quella del Consiglio di Stato) «evita sempre di procedere a una individuazione autonoma del mercato rilevante. Di conseguenza il suo sindacato è limitato a verificare se la valutazione del "mercato rilevante" da parte dell'Autorità sia inficiata da vizi logici, di difetto di istruttoria o da carenze nella motivazione». Sicché, aggiunge l'A., «in questo contesto la valutazione dell'Autorità può essere contestata, in sede giurisdizionale, solo in presenza di errori macroscopici». Si afferma, per questa via, un sindacato di tipo debole e «di conseguenza anche il ricorso a una consulenza tecnica finisce con l'essere eccezionale».

⁷⁷ Così F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., p. 186. Ma già prima, negli stessi termini, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 54 ss.



ma tutti validi ai fini di un giudizio probabilistico sul corretto uso di un concetto giuridico indeterminato definibile tecnicamente⁷⁸.

Esemplificando, la valutazione riguardante l'evidenza o meno di una posizione dominante di una determinata impresa non costituirebbe un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione si risolverebbe in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica, fondata non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle attinenti alla scienza economica, ed implica per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito come una concentrazione, è destinato ad operare.

In tale ipotesi, allora, non è consentito un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la sua valutazione tecnica opinabile o il suo modello logico di attuazione del concetto indeterminato a quelli propri dell'AGCM. Ciò che è consentito al giudice amministrativo è di verificare i fatti e gli altri profili tecnici posti a fondamento dei provvedimenti dell'AGCM ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo in raffronto con i fatti accertati e le valutazioni compiute da quell'autorità. Conseguentemente egli non può censurare i fatti e le valutazioni tecniche – compreso il giudizio tecnico finale – che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza, appaiano attendibili.

Va osservato, infine, come in tale impostazione la consulenza tecnica d'ufficio⁷⁹ – introdotta nel processo amministrativo attraverso l'art. 35, d.lgs. n.80/1998 e l'art. 16, l. n. 205/2000 – venga impiegata per accertare la verifica di determinati fatti, ma non per consentire al giudice di adottare un ragionamento diverso da quello condotto dall'AGCM. Il giudice amministrativo, quindi, pur potendo impiegare per legge la consulenza tecnica⁸⁰, va tuttavia incontro a forti limitazioni nel sindacare la ricostruzione fattuale e gli apprezzamenti tecnici svolti dall'autorità, dal momento che non può ricostruire i fatti e riformulare le valutazioni cui è pervenuta l'AGCM⁸¹.

⁷⁸ F. MERUSI, *op. loc. ult. cit.*, e ciò perché, secondo l'A., «l'applicazione di concetti giuridici indeterminati e/o di norme tecnico-scientifiche è sottoposta ad un giudizio di compatibilità e di ragionevolezza, dal momento che, per loro natura, i concetti giuridici indeterminati e/o le norme tecniche comportano valutazioni non di tipo assoluto, ma probabilistico».

⁷⁹ Su cui si v. L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 1727 ss.; ID., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 422 ss.

⁸⁰ Sul punto cfr. A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 430, dove è detto che «la consulenza tecnica, quando il sindacato del giudice sia del modello "debole", finisce col risultare irrilevante».

⁸¹ Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 212, secondo il quale «i giudizi del consulente restano uno strumento di conoscenza al servizio del giudice, ma non sono risposte tecniche che egli possa radicalmente sostituire alle decisioni amministrative».



3.2. I termini attuali del dibattito. Il sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ed i suoi limiti.

3.2.1. Il sindacato di full jurisdiction come rimedio del processo ai difetti del procedimento amministrativo.

Più di recente a tali impostazioni, anche in virtù delle alterne vicende che come visto hanno caratterizzato il dato positivo (cfr. *supra* parr. 1.1, 1.3, 1.4) e giurisprudenziale (cfr. *supra* parr. 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4), parte della dottrina amministrativistica italiana ha in vario modo replicato, sostenendo così l'importanza dell'ampliamento dei poteri sindacatori del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM. Si tratta di un dibattito ampio e vivace, tuttora in corso, che in questa sede si può solo abbozzare.

In tale prospettiva, da un primo punto di vista⁸², si è sostenuto attraverso l'interpretazione dei principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (in seguito CEDU)⁸³ e sulla base di alcune rilevanti sentenze della Corte EDU⁸⁴, che il giudice amministrativo sia chiamato a compiere un sindacato pieno⁸⁵ sugli atti dell'AGCM.

In particolare, si è affermato che in ordine alle sanzioni amministrative e ai provvedimenti amministrativi capaci di incidere sui diritti civili il giudice amministrativo debba svolgere un controllo senza limitazione «*autoimposta o altrimenti prevista*» sui punti centrali della controversia tra amministrazione e cittadino, in modo che quest'ultimo

⁸² Per questa tesi cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; ID., *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Jus publicum*, 2014; ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 337 ss.; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 669 ss.; ID., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; ID., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, p. 199 ss.

⁸³ Il riferimento è soprattutto all'art. 6 CEDU, par. 1.

⁸⁴ Il riferimento è soprattutto Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, caso n. 43509/2008, nonché a Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10.

⁸⁵ Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., pp. 1609-1610, secondo la quale «il processo amministrativo è coinvolto dai principi dell'«*equo processo*» in via di correzione ex post dei deficit di realizzazione degli stessi nel procedimento amministrativo che costituisce il luogo primario di determinazione dei «diritti di carattere civile» o di inflizione delle sanzioni materialmente «penali»: di conseguenza, in un sistema ottimale, i diritti di difesa dovrebbero già trovare compiuta soddisfazione proprio nel momento di esercizio della funzione amministrativa; tuttavia, ove il procedimento non sia stato giusto e paritario [...] occorre che sia il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire [...] luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve dunque essere «piena», nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure ex post, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione pubblica idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile» o volta a comminare sanzioni afflittive». Secondo F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 213, in materia di sanzioni amministrative il modello della *full jurisdiction* può considerarsi come «un sindacato giurisdizionale appellatorio puro (invece che cassatorio)». In particolare, secondo l'A., lo schema logico sarebbe «quello di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere (di decisione su una controversia) qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell'organo inferiore (l'Amministrazione) da parte dell'organo superiore (il giudice di full jurisdiction). E ciò senza che rilievo alcuno di per sé abbia la circostanza che all'Amministrazione sanzionatrice sia conferito un (più o meno elevato) margine di apprezzamento. In altri termini, la discrezionalità amministrativa si degrada a mera manifestazione di opinione che l'organo superiore può, o meno, condividere».



abbia accesso ad un tribunale con giurisdizione sul merito della questione, ossia sul fatto come sul diritto, punto su punto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e le valutazioni tecniche⁸⁶.

Di qui si è poi giunti a sostenere come il concetto di piena giurisdizione, comportando il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle decisioni amministrative in ordine ai fatti e alle valutazioni tecniche, implichi un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale⁸⁷, nel senso che con il sindacato pieno si può rimediare *ex post* ai difetti del procedimento amministrativo⁸⁸.

Si è sostenuto, quindi, che solo sindacando direttamente il merito amministrativo e, nel caso di specie, le valutazioni tecniche opinabili contenute nella decisione dell'AGCM potrebbe effettivamente dirsi realizzato il canone della piena giurisdizione. A ciò, peraltro, deporrebbe l'art. 134, comma 1, lett. c), CPA, che prevede una giurisdizione di merito, anziché di mera legittimità, sulle sanzioni amministrative pecuniarie; giurisdizione che come tale sarebbe interamente sostitutiva dell'amministrazione e delle sue scelte non solo sul *quantum*, ma anche sull'*an* dell'illecito concorrenziale e, dunque, su ogni valutazione di merito, di fatto e di diritto rilevante per il suo accertamento⁸⁹.

3.2.2. Il giudizio sul rapporto e l'intensificazione del sindacato sul modello dei poteri cognitori e decisor spettanti al giudice ordinario.

Da un secondo punto di vista⁹⁰, specie in relazione alle rilevanti novità normative introdotte dalla direttiva 104/2014/UE e dal d.lgs. n. 3/2017 in materia di *private antitrust enforcement* si è avvertito come al giudice amministrativo, sulla falsariga di quelli previsti per il giudice civile, debbano ora essere riconosciuti più ampi poteri cognitori, istruttori e decisor sulle decisioni dell'AGCM.

In sostanza, una volta che l'AGCM e il giudice amministrativo vengono chiamati in base alla nuova normativa ad accertare la violazione alla disciplina antitrust con effetti vincolanti per il giudice civile in sede di *private enforcement* (su cui cfr. par. 1.2), appare chiaro che il sindacato del giudice amministrativo debba atteggiarsi al pari di quello previsto proprio per il giudice civile⁹¹.

⁸⁶ Cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., pp. 202-203.

⁸⁷ Cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit. p. 629 ss.

⁸⁸ Cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 203.

⁸⁹ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 158 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 119 ss.

⁹⁰ Per questa tesi cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 999 ss.

⁹¹ Cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1014, secondo il quale «in questo nuovo contesto il Giudice amministrativo è chiamato non solo a giudicare sulla legittimità o meno del provvedimento sanzionatorio, ma anche a giudicare su una componente fondamentale (l'illiceità della condotta) del rapporto risarcitorio, in luogo del Giudice ordinario». Ciò implica, secondo l'A., che «già per semplici ragioni di coerenza sistematica il Giudice amministrativo non potrà avere poteri cognitori e decisor inferiori a quelli del Giudice ordinario, che finisce per sostituire».



In tale ottica, peraltro, si sostiene che l'intensificazione dei poteri del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'autorità antitrust non debba discendere solo dal raffronto con quelli previsti per il giudice ordinario, ma anche dall'oggetto stesso del giudizio relativo all'illecito concorrenziale, già accertato dall'AGCM⁹². L'oggetto non è soltanto il provvedimento sanzionatorio, bensì proprio l'accertamento dell'illecito⁹³ e il giudizio su di esso offerto dalla medesima autorità, il quale ha valenza autonoma e non appartiene al merito amministrativo. Di qui s'impone, in vista di garantire la pienezza della tutela, che il giudice amministrativo assuma i poteri cognitori e decisorivi tipici del giudice ordinario⁹⁴ e che pertanto si passi dal modello del giudizio sull'atto a quello del giudizio sul rapporto, ma non rapporto amministrativo, bensì rapporto di diritto privato.

In questo modello anche le valutazioni di discrezionalità tecnica, insindacabili per via della loro intrinseca opinabilità, saranno oggetto di verifica da parte del giudice amministrativo, che potrà sostituirlle con valutazioni giudicate più plausibili⁹⁵.

3.2.3. Il controllo di ragionevolezza e proporzionalità e la riaffermazione del sindacato non sostitutivo sul merito amministrativo come limite invalicabile per il giudice.

Va rilevato che le impostazioni appena esposte, sebbene con diversità di accenti e partendo da assunti differenti, giungono infine a condividere l'idea comune del sindacato di tipo "forte" e quindi "sostitutivo" della decisione

⁹² G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 1015. «In realtà le ragioni della necessaria implementazione dei poteri dei poteri cognitori e decisorivi del Giudice amministrativo (idonei, ad esempio, a valutare nuove prove fornite dagli interessati e a giungere a conclusioni diverse da quelle dell'Autorità) non scaturiscono soltanto dal raffronto con quelli del Giudice ordinario. Esse viceversa discendono, a mio modo di vedere, dall'oggetto stesso del giudizio relativo ad un illecito antitrust, già constatato dall'Autorità garante».

⁹³ G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*, dove è detto che «il giudizio sulla sussistenza dell'illecito antitrust, in sé considerato (e, cioè, una volta isolato dal potere sanzionatorio), è e rimane un giudizio su questioni di diritto soggettivo (si tratta di un illecito compiuto da imprese private, sicché non si tratta certo di illecito lesivo di interessi legittimi). Né il già espletato intervento dell'Autorità ne muta la consistenza: [...] anche quello dell'Autorità è un accertamento, nell'esercizio di poteri non provvedimentali, ovvero, forse più esattamente, è una decisione (di tipo semicontenzioso o paragiurisdizionale), che riguarda rapporti tra privati».

⁹⁴ G. GRECO, *op. ult. cit.*, 1016. «Ne deriva che il Giudice amministrativo deve atteggiarsi rispetto a detta questione con i poteri cognitori e decisorivi del Giudice del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo (del resto la competenza esclusiva in materia ben lo consente). E come Giudice del diritto soggettivo potrà (e dovrà) valutare l'esistenza dell'illecito antitrust, alla stessa stregua di qualunque illecito civile».

⁹⁵ G. GRECO, *op. ult. cit.*, pp. 1016-1017, che aggiunge che «solo così si potrà dire che si tratta di un giudizio di piena giurisdizione, idoneo a soddisfare i canoni indicati anche dalla Corte EDU (potere di riforma della decisione dell'Autorità in qualsiasi punto, sia per ragioni di fatto, sia per ragioni di diritto), evitando altresì la sensazione di un totale appiattimento alle decisioni dell'Autorità».



dell'AGCM con quella propria giudice amministrativo⁹⁶. A tali tesi e particolarmente alla conclusione cui le stesse pervengono si è prontamente replicato⁹⁷.

Si è rimarcata, anzitutto, l'adeguatezza del potere giudiziale di cui è dotato il giudice amministrativo per sindacare gli atti dell'autorità antitrust compatibilmente con il principio della pienezza della tutela⁹⁸. Di tale adeguatezza del sindacato sarebbe indice la giurisprudenza amministrativa⁹⁹, la quale, da tempo, avrebbe abbandonato le categorie del sindacato esterno e del sindacato debole per aderire ad una concezione del potere giudiziale idoneo a garantire «un ampio e completo accesso ai fatti [...] anche nella loro rilevanza tecnico-economica»¹⁰⁰.

La critica che tale punto di vista rivolge alle anzidette impostazioni riguarda però l'affermazione di un sindacato sostitutivo in capo al giudice amministrativo. In questa prospettiva, infatti, si sostiene che limite invalicabile cui va incontro il giudice amministrativo è quello che non gli permette di compiere «un controllo di tipo interamente sostitutivo e ripetitivo» della scelta operata dall'autorità¹⁰¹.

A ciò, si dice, deporrebbe la tradizionale interpretazione che dottrina e giurisprudenza hanno sempre attribuito all'art. 134, comma 1, lett. c), come norma estensiva della giurisdizione di merito alla (sola) quantificazione della sanzione e non agli accertamenti che guidano alla conferma o meno dell'illecito concorrenziale¹⁰². E deporrebbe

⁹⁶ In modo netto si pone M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., p. 1634, secondo la quale «il giudice amministrativo dovrebbe [...] esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo». In modo altrettanto netto cfr. F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito*, cit., p. 213, secondo il quale «full jurisdiction significa davvero giurisdizione piena, nel senso di riesercizio (sostitutivo) del potere di scelta dell'Amministrazione [...]. Quindi una sostituzione piena, estesa ai profili di opportunità e capace di fornire la regola sostanziale della relazione tra cittadino e Amministrazione». In modo più sfumato cfr. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1016, dove è detto che «il Giudice amministrativo deve atteggiarsi [...] con i poteri cognitori e decisori del Giudice del diritto soggettivo [...]. E come Giudice del diritto soggettivo potrà (e dovrà) valutare l'esistenza dell'illecito antitrust, alla stessa stregua di qualunque illecito civile e con la pienezza dei poteri cognitori, istruttori e decisori (anche sostitutivi), che ciò comporta».

⁹⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507 ss. e ID., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti, (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.,

⁹⁸ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 1216. «La tendenza, che mi sembra costante negli scritti citati, è quella di mettere in discussione l'idoneità del sindacato utilizzando in prima battuta un argomento di sintesi e di immediata efficacia (i.e.: la consuetudine giurisprudenziale di equiparare la discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa; la limitatezza del sindacato debole; la distanza dalla full jurisdiction richiesta dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo) e poi di corroborare l'argomentazione, in seconda battuta, con una descrizione del tipo di controllo esercitato dal giudice amministrativo la quale però, nei fatti, risale ad un modello ormai sostanzialmente superato (i.e.: controllo estrinseco; giudizio sull'atto anziché sul rapporto)».

⁹⁹ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 1216-1217 e p. 1223. «Del resto, se si guarda anche ai dati percentuali, la sensazione è che il g.a. non si sia mai sottratto ad un controllo effettivo sugli atti sanzionatori dell'Autorità. Il processo, potremo dire, è stato un efficace contrappeso al potere di AGCM e, insieme al procedimento, un vero e proprio garante della stessa neutralità e competenza tecnica dell'AGCM». «Senonché l'esperienza concreta [...] è quella di un g.a. che, perlomeno nella gran parte dei casi, non teme affatto di cimentarsi con le nozioni economiche e che conduce, proprio attraverso l'analisi delle argomentazioni economiche dell'Autorità, un sindacato che mette in discussione alla radice la scelta compiuta, e proprio in merito all'accertamento dell'illecito».

¹⁰⁰ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, dove, inoltre, viene criticata la tesi (dissenziente) del giudice della Corte EDU, Pinto De Albuquerque resa sul noto caso *Menarini* (su cui si v. *sub par.* 4.3), per il fatto che essa si riferirebbe ad «un modello di processo amministrativo superato da molti decenni».

¹⁰¹ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 1217 dove è detto che il giudice non può spingersi «oltre il caso in cui possa dirsi che l'Autorità abbia dato una risposta compresa tra quelle che rientrano nella ristretta gamma delle soluzioni ragionevoli al caso». Più avanti si chiarirà che «non sostitutivo non significa non idoneo e non pronto a vagliare il modo in cui l'Autorità ha accertato un certo illecito. Significa però che il processo non è la ripetizione di quel procedimento» (p. 1223).

¹⁰² F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*



anche un problema di effettività della tutela cui si andrebbe incontro allorché si consideri il sindacato del giudice come sostitutivo e ripetitivo della scelta fatta dall'autorità¹⁰³.

Si afferma, dunque, per questa via, un sindacato di tipo debole o, più esattamente, «*non sostitutivo*»¹⁰⁴ della decisione dell'autorità con quella propria del giudice in quanto tale inerente alla sola legittimità del provvedimento emanato dall'AGCM, che si sostanzia nel compito di controllare se la scelta delle regole tecniche da applicare al caso concreto sia avvenuta secondo «*ragionevolezza*» e «*proporzionalità*»¹⁰⁵ e se dall'applicazione delle stesse si sia ricavato un risultato logico e plausibile.

Verificata la verità dei fatti, la correttezza, la logicità e l'attendibilità del risultato ottenuto attraverso il giudizio tecnico-valutativo, il giudice amministrativo deve prendere atto della legittimità della valutazione effettuata dall'autorità senza potervi sovrapporre una propria.

4. La cognizione piena sui fatti e sui profili tecnici come elemento essenziale della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.

4.1. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona.

Nelle pagine precedenti, tramite la ricognizione delle principali tesi sull'argomento, si è visto per sommi capi come gran parte della giurisprudenza ed alcune autorevoli voci della dottrina amministrativistica italiana abbiano non poco significativamente argomentato in ordine al limitato sindacato che il giudice amministrativo può compiere, nell'esercizio della sua giurisdizione, sulle decisioni dell'AGCM. Più esattamente, la prevalente giurisprudenza e parte non marginale della dottrina, sostengono in vario modo come il giudice amministrativo, allorché sia chiamato a verificare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall'autorità antitrust, debba operare un sindacato

¹⁰³ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 1223-1124. Secondo l'A. ciò accade «*perché, dovendo il giudice del diritto soggettivo ripetere tutto il procedimento e non limitarsi più a dire se è tecnicamente ragionevole e corretto quel che l'Autorità ha fatto, allora anche la tecnica (pur così preziosa) di sindacato che mira a svelare difetti di istruttoria, lacune, incoerenze logiche, disarmonie probatorie, non potrebbe più dar luogo ad annullamento del provvedimento [...], bensì ad una necessitata rielaborazione giudiziale della fattispecie, per stabilire se l'illecito vi è o non vi è*». Sicché, «*il giudice non potrebbe fermarsi ad apprezzare tali lacune od incongruenze istruttorie per farne derivare l'annullamento del provvedimento impugnato, ma sarebbe tenuto a sostituire la sua decisione, ponendosi quale giudice del rapporto "di diritto privato"*». Tuttavia, la prospettiva che impone di preferire al sindacato sul potere un giudizio sul rapporto di diritto privato, rischierebbe «*persino di ridurre le garanzie difensive delle parti*». In sostanza, «*il rischio è che il miraggio della completa sostituzione, alla quale per atteggiamento culturale e naturale propensione del giudice [...] sarebbe in ogni caso difficile pervenire, depotenzi l'effettività di una parte della tutela demolitoria tipica del processo di impugnazione*».

¹⁰⁴ F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit., p. 537, secondo il quale il sindacato del giudice amministrativo è di tipo «*non sostitutivo, perché esiste pur sempre una riserva di amministrazione legata ad una sfera di merito*» e che «*si sviluppa perciò lungo le linee di un controllo di ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa*».

¹⁰⁵ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*, dove è detto che, in disparte per «*i vizi di violazione di legge e di incompetenza relativa, il cuore del sindacato si sviluppa perciò lungo le linee di un controllo di ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa*». Sicché il «*giudizio resta così impugnatorio e basato sull'attacco alla decisione amministrativa sulla scorta di alcuni vizi-motivi*».



di tipo esterno ovverosia, quand'anche interno, di tipo debole e non sostitutivo, limitato in quanto tale alla verifica della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione adottata da quell'autorità.

Nelle pagine che seguono, attraverso l'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato a partire dall'esame del dato positivo europeo e italiano (cfr. *sub par.* 4.2.) e della giurisprudenza di un'autorevole corrente della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU) sulla disciplina della *full jurisdiction* (cfr. *sub par.* 4.3), scopo della ricerca è anzitutto quello di dimostrare come la cognizione autonoma dei fatti e dei profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Non pare superfluo, d'altra parte, anticipare come dalla corretta ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato dipendano in misura rilevante le possibilità di tutela che i soggetti giuridici (persone e imprese) hanno in relazione all'esercizio dei pubblici poteri, anche, ai nostri fini, di quelli propri dell'AGCM.

Per far ciò è il momento di guardare a tale questione da un punto di vista teorico. Non è escluso in effetti che il problema della pienezza della giurisdizione amministrativa, per come consegnata dal dato giurisprudenziale e dottrinale, sia principalmente un problema di ordine teorico e culturale, vale a dire di definizione del contenuto degli elementi di analisi e delle prospettive interpretative dalle quali si muove.

Nell'intento di offrire una soluzione speculativa adeguata alla questione, compito del giurista positivo è senz'altro quello di muovere l'indagine dalle norme di diritto rilevanti. E ciò in vista di confutare, attraverso l'interpretazione del dato positivo, quelle tesi – soprattutto di matrice giurisprudenziale – che, nell'ambito delle vicende oggetto delle statuizioni dell'AGCM, restringono il sindacato del giudice amministrativo, limitando non marginalmente la protezione dei diritti della persona in relazione all'esercizio del potere di quella autorità.

In relazione a quest'ultima conseguenza, vale a dire alla limitazione della protezione dei diritti per la persona, appare chiaro, come più volte visto dall'analisi del dato giurisprudenziale, che ad essere direttamente interessate dalle decisioni con cui l'AGCM accerta un illecito antitrust, come l'abuso di posizione dominante o l'intesa restrittiva della concorrenza, siano essenzialmente le imprese. Ora, è evidente che la giurisdizione piena del giudice amministrativo sia pensata per la protezione dei diritti di tutti i soggetti giuridici e, quindi, tanto per la tutela delle imprese quanto per la tutela delle persone. Dal momento che il tema oggetto di analisi riguarda la protezione dei diritti fondamentali della persona (del soggetto) in un caso in cui il soggetto è l'impresa, è importante anticipare – giacché non è indifferente per la tesi che si sostiene e su cui ci si intratterà specialmente nella parte conclusiva del lavoro (cfr. *sub par.* 6) – come l'attenuazione della protezione in quel caso non è senza effetti rispetto ad un indebolimento anche per la persona, dal momento che la diminuzione delle garanzie dei diritti avviene attraverso categorie generali, vale a dire mediante i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo.



4.2. L'elaborazione dei concetti di processo e di sindacato nel diritto positivo europeo e italiano.

Appare utile, in ragione del risultato da raggiungere, mettere subito sul tavolo i dati normativi a disposizione per poi, in un secondo momento, analizzarli nella sede dello scritto più appropriata. Un criterio di ordine sistematico suggerisce di cominciare dai dati positivi offerti dal diritto comunitario vigente. Nel panorama europeo le principali norme che disciplinano l'istituto del processo e del sindacato giurisdizionale, e che maggiormente rilevano ai fini dell'indagine, si ritrovano nelle disposizioni di cui agli art. 6, par. 1, e 13 della CEDU¹⁰⁶ ed in quelle di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in seguito CDFUE).

Partendo dall'esame di quest'ultima norma può notarsi come essa stabilisca, in modo inequivoco, il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ed a un giudice imparziale. In dettaglio, l'art. 47 CDFUE prevede che ogni soggetto «i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati» debba avere accesso «a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice». La norma, a tal fine, dispone che la causa sia «esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole» e si svolga dinnanzi ad un «giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge» e che, in vista di ciò, ogni soggetto possa «farsi consigliare, difendere e rappresentare».

In questi termini, per quanto concerne le disposizioni della CEDU, si pone anche l'art. 13, il quale è significativamente rubricato «diritto ad un ricorso effettivo». Tale norma, in particolare, dispone che il soggetto i cui diritti e le cui libertà siano stati violati abbia «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale» e ciò – sottolinea la disposizione – «anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Significativa è poi la disposizione di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU sul «diritto a un equo processo», che, sulla stessa lunghezza d'onda delle due precedenti norme, stabilisce il diritto «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole». Esame della causa, sottolinea la norma, che deve essere sottoposto necessariamente ad «un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» che «sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Nell'ordinamento italiano, in disparte le norme ordinarie, i dati di diritto positivo inerenti al concetto di processo e di sindacato sono agevolmente ricavabili dalla lettura coordinata delle disposizioni di matrice costituzionale di cui agli artt. 24, 111 e 113. In particolare, la fondamentale norma di cui all'art. 24 Cost. stabilisce la regola di diritto

¹⁰⁶ Sulla rilevanza della CEDU per il diritto amministrativo e processuale amministrativo italiano, si v., almeno, C.E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 25 ss.; A. TRAVI, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del controllo giurisdizionale*, in *AIPDA, Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Annuario 2007, Napoli, 2008, p. 291 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 267 ss.



secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». L'art. 111 Cost., per parte sua, sancisce il canone del «giusto processo regolato dalla legge» e fissa il precetto in base al quale «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»¹⁰⁷. Infine, la disposizione di cui all'art. 113 statuisce la regola in virtù della quale «è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi» avverso «gli atti della pubblica amministrazione».

Si può osservare come dall'esame delle disposizioni comunitarie e italiane rammentate siano agevolmente individuabili alcune coordinate normative di sistema utili per la ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato propri della giurisdizione del giudice amministrativo. Nell'ambito delle disposizioni del diritto europeo ciò avviene particolarmente per l'argomento del giudizio effettivo come si evince dall'art. 6, par. 1, CEDU, dove è detto che la «causa» deve essere esaminata «equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole»; dall'art. 13 CEDU, dove è prescritto il «diritto a un ricorso effettivo»; dall'art. 47 CDFUE, dove è rimarcato che tutti hanno «diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice [...] indipendente e imparziale, precostituito per legge».

Allo stesso modo ciò avviene nell'ambito delle disposizioni del diritto italiano, dove il giudizio effettivo è contemplato, rispettivamente, all'art. 24 Cost («tutti possono agire in giudizio»), all'art. 111 Cost., («la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge») e all'art. 113 («contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale»). Basterebbe il riferimento all'art. 24 Cost.¹⁰⁸ per dire che l'effettività della tutela – da intendere come capacità del processo di assicurare l'accesso al bene della vita per come protetto dal diritto sostanziale – sia già contenuto nel diritto fondamentale di agire in giudizio «per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

Come si può evincere tali coordinate normative conferiscono una certa fisionomia ai concetti di processo e di sindacato. Fisionomia che, come si può intuire, si pone non poco in controtendenza rispetto all'affermarsi odierno di letture notevolmente limitative dei poteri giurisdizionali del giudice amministrativo dinnanzi agli atti delle autorità indipendenti. Ciò vale a maggior ragione per quei poteri che consentono al giudice di accedere pienamente ai fatti

¹⁰⁷ Sul principio del giusto processo, tra molti, si v. V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 42 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 1 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; ID., voce *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, p. 377 ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, p. 91 ss.; M. MENGOLZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009; F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 2 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 101 ss. Sulle relazioni fra l'art. 111 Cost. e l'art. 6, paragrafo 1 CEDU, si v. G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 369 ss.; V. DOMINICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 859; L.P. COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 225 ss.; S. CASSESE, *A Global Due Process of Law?*, in G. ANTHONY et AL. (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 17 ss.

¹⁰⁸ Su cui cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.



della causa e di sindacarne nel merito la ricostruzione, anche dal punto di vista della valutazione tecnico-scientifica¹⁰⁹, offerta dall'AGCM.

È vero invece che la fisionomia dei concetti di processo e di sindacato, emergente dalle coordinate normative poste, fa cogliere come la cognizione piena dei fatti e dei profili tecnici costituisca tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo. Che le cose stiano in questo modo è confermato non solo dal dato positivo, ma anche da una parte significativa della giurisprudenza della Corte EDU.

4.3. La giurisprudenza della Corte EDU sulla disciplina della full jurisdiction.

Un autorevole indirizzo della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nella prospettiva della *full jurisdiction*, il giudice debba conoscere e sindacare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la soluzione della causa¹¹⁰. In tal senso, secondo quest'indirizzo della Corte di Strasburgo, non si può parlare di pienezza della giurisdizione a fronte di un giudice che ritiene di non avere il potere di verificare la decisione dell'amministrazione in relazione alle circostanze fattuali ed ai profili tecnici della vicenda posta alla sua cognizione¹¹¹. Si tratta, a dire della stessa Corte, di un giudice cui mancherebbe la fondamentale garanzia dell'indipendenza come invece richiesto dal diritto convenzionale europeo e che, in quanto tale, sarebbe sprovvisto del potere di verificare la decisione dell'amministrazione in ordine agli aspetti fattuali e tecnici della causa.

In quest'ottica, si è affermato in modo reciso «*that only an institution that has full jurisdiction and satisfies a number of requirements, such as independence of the executive and also of the parties, merits the designation "tribunal" within the meaning of Article 6 § 1*»¹¹². Si è osservato pure come la giurisdizione del giudice amministrativo possa definirsi in linea con il dettato dell'art. 6, par. 1, CEDU solo «*if the proceedings before that body are subject to*

¹⁰⁹ Già in passato si v. la fondamentale opera di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

¹¹⁰ In tal senso già in passato cfr. Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, 28 gennaio 1983, casi n. 7299/75 e n. 7496/76, § 29; Corte EDU, *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, 17 dicembre 1996, caso n. 1996-VI, § 52; Corte EDU, *Tinnelly and Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, casi n. 20390/92 e n. 21322/92, § 48. Recentemente cfr. Corte EDU, *Haralambi Borisov ANCHEV v. Bulgaria*, casi n. 38334/08 e n. 68242/16, 11 gennaio 2018, dove è detto come «*one of the requirements flowing from Article 6 § 1 of the Convention is that a "tribunal" which determines "civil rights and obligations" must be able to examine all questions of fact and law which are relevant to the case*». Nello stesso senso si v. Corte EDU, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 24 novembre 2005, caso n. 49429/99, § 98; Corte EDU, *I.D. v. Bulgaria*, 28 aprile 2005, caso n. 43578/98, § 45; Corte EDU, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 107; Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 111; Corte EDU, *Putter v. Bulgaria*, 2 dicembre 2010, caso n. 38780/02, § 47; Corte EDU, *Fazliyski v. Bulgaria*, 16 luglio 2013, caso n. 40908/05.

¹¹¹ Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, 14 novembre 2006, caso n. 60860/00, §§ 40 ss.

¹¹² Corte EDU, *Chevol v. France*, 13 febbraio 2003, caso n. 49636/99, § 76; Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 40; Corte EDU, *Ringeisen v. Austria*, 16 luglio 1971, caso n. 13, § 95; Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 giugno 1981, caso n. 6878/75 e n. 7238/75, § 55; Corte EDU, *Belilos v. Switzerland*, 29 aprile 1988, caso n. 132, § 64; Corte EDU, *Beaumont v. France*, 24 novembre 1994, caso n. 296-B, §§ 38-39.



*subsequent control by a judicial body that has “full” jurisdiction»¹¹³. È anche quest’ultimo aspetto – il controllo “pieno” di fatti e profili tecnici – che, sempre secondo la Corte EDU¹¹⁴, caratterizza il concetto di *full jurisdiction*. Sul tema l’analisi di una significativa parte della giurisprudenza dalla Corte EDU rivela inoltre come il tribunale amministrativo, per considerarsi organo di giurisdizione piena, deve sempre poter sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall’autorità. È utile, in tal senso, osservare che «*for the determination of civil rights and obligations by a “tribunal” to satisfy Article 6 § 1, the “tribunal” in question must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute*»¹¹⁵.*

L’indirizzo della Corte EDU sull’argomento dell’intensità del sindacato è significativo e dimostra come non vi debbano essere ostacoli di sorta che impediscano la piena giurisdizione del giudice su tutti i punti, di fatto e di diritto, riguardanti la controversia posta alla sua cognizione. In quest’ordine di idee si inseriscono quelle pronunce in materia di valutazioni tecniche complesse dove si è affermato che il provvedimento amministrativo, sebbene si basi su di un concetto indeterminato, ciò non esime il giudice amministrativo di sindacare tale valutazione al fine di offrire una diversa interpretazione dei fatti e dei profili tecnici posti alla base della decisione amministrativa assunta dall’autorità¹¹⁶. Proprio in relazione alla sindacabilità delle valutazioni tecniche di natura complessa, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che nei casi dove «*the full jurisdiction is contested proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant’s submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts*»¹¹⁷.

Si tratta, dunque, di uno scrutinio particolarmente intenso che si estende alla verifica delle valutazioni tecniche compiute dall’autorità nella sua decisione, la quale deve essere quindi sindacata *point by point* dal giudice amministrativo. Pena un evidente diniego di giustizia che si concreta, sempre secondo la Corte EDU, in una «*violation of the right to access to a court*» laddove un soggetto «*could not challenge before a court an assessment of facts in a*

¹¹³ Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 49 dove è aggiunto che il requisito della *full jurisdiction* «*will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised “sufficient jurisdiction” or provided “sufficient review” in the proceedings before it*». In senso analogo cfr. Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, 21 luglio 2011, casi n. 32181/04 e n. 35122/05, §§ 151-152.

¹¹⁴ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., § 157.

¹¹⁵ Corte EDU, *Chevrol v. France*, cit., § 77; In senso analogo, *mutatis mutandis*, cfr. Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, cit., § 51 (b); Corte EDU *Fischer v. Austria*, 26 aprile 1995, caso n. 312, § 29; Corte EDU *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, caso 17 dicembre 1996, § 52.

¹¹⁶ In tal senso cfr. Corte EDU, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 24 novembre 2005, caso n. 49429/99, § 113 dove è detto che «*the difficulties encountered in this respect could also be overcome through the provision of a right of appeal against the BNB’s decision to an adjudicatory body other than a traditional court integrated within the standard judicial machinery of the country, but which otherwise fully complies with all the requirements of Article 6 § 1, or whose decision is subject to review by a judicial body with full jurisdiction which itself provides the safeguards required by that provision*». Nello stesso senso cfr. Corte EDU, *Langborger v. Sweden*, 22 giugno 1989, caso n. 155; Corte EDU, *McMichael v. the United Kingdom*, 24 febbraio 1995, caso n. 307-B; Corte EDU, *Bryan v. the United Kingdom*, 22 novembre 1995, caso n. 335-A; Corte EDU, *AB Kurt Kellermann v. Sweden*, n. 41579/98, 26 ottobre 2004.

¹¹⁷ Corte EDU, *Družstevní záložna Priea and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008, caso n. 72034/01, § 111. Negli stessi termini cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993, caso n. 268-A, § 31-32; Corte EDU *Fischer v. Austria*, cit., § 34



decision adopted by an administrative authority», e ciò quand'anche tale autorità agisce «*within its discretionary power*»¹¹⁸.

Più ancora assai nella prospettiva della *full jurisdiction*, parte significativa della giurisprudenza della Corte EDU ha ravvisato che non si potrà parlare di giurisdizione “piena” laddove il giudice non possa sindacare «*the merits of the case*» o non possa compiere «*review of the facts*»¹¹⁹, mediante un sindacato di tipo sostitutivo.

A tale scopo, si è precisato che non basta determinare se il potere discrezionale di cui godono le autorità amministrative¹²⁰ «*has been used in a manner compatible with the object and purpose of the law*»¹²¹, ma occorre che il sindacato del giudice amministrativo si spinga «*in order to verify whether grounds in fact existed*»¹²² di modo che questi «*should have full jurisdiction to review the facts*»¹²³. Sicché ove il giudice «*did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views*»¹²⁴ in relazione alle valutazioni tecniche ed ai fatti della causa, la *full jurisdiction* non può dirsi realizzata, giacché a mancare in uno stato di diritto sarà una giurisdizione amministrativa realmente efficace ed effettiva.

Sulla disciplina della *full jurisdiction* particolarmente rilevante è la nota sentenza resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Menarini*¹²⁵. Sulla vicenda, riguardante l'accertamento da parte dell'AGCM di pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test per la diagnosi del diabete da parte della nota società farmaceutica italiana, la Corte EDU ha stabilito alcuni punti fermi in materia di giurisdizione piena del giudice amministrativo. In primo luogo, si è ribadito che solo ad «*un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause*» spetti «*l'appellation de “tribunal” au sens de l'article 6 § 1*»¹²⁶. In secondo luogo, si è affermato che per essere effettivamente organo «*de la plénitude de juridiction*» il giudice amministrativo deve esercitare il potere sindacatorio «*sur les différentes allégations de fait et de droit*»¹²⁷ sottoposte alla sua cognizione, non potendosi altresì limitare «*à un simple contrôle de légalité*»¹²⁸.

¹¹⁸ Corte EDU, *Družstevní záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111. Sul punto si v. anche Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998, caso n. 1998-IV, § 74.

¹¹⁹ Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., § 36, dove i giudici di Strasburgo si sono espressi sui limiti del giudizio di cassazione, rilevando appunto come «*the public character of the cassation proceedings does not suffice to remedy the defect found to exist at the stage of the disciplinary proceedings*». In senso analogo cfr. Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, cit., § 60, dove è ribadito come «*the public character of the proceedings before the Belgian Court of Cassation cannot suffice to remedy this defect. In fact, the Court of Cassation “shall not take cognisance of the merits of cases” (Article 95 of the Constitution and Article 23 of Royal Decree no. 79)*».

¹²⁰ Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111, secondo la quale la *full jurisdiction* non può dirsi realizzata quando il giudice amministrativo si sia limitato a verificare se l'amministrazione non abbia agito oltre il suo potere discrezionale.

¹²¹ Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990, caso n. 11761/85, § 70.

¹²² Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 47.

¹²³ Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 31.

¹²⁴ Corte EDU, *Tsfayo v. the United Kingdom*, cit., § 47.

¹²⁵ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, caso n. 43509/2008.

¹²⁶ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 61. In modo non dissimile si v. soprattutto Corte EDU, *Beaumont c. France*, 24 novembre 1994, caso n. 15287/89, §§ 38-39; ma anche cfr. Corte EDU, *Ringeisen c. Autriche*, 16 luglio 1971, caso n. 2614/65, § 95; Corte EDU, *Belilos c. Suisse*, 29 aprile 1988, caso n. 10328/83, § 64.

¹²⁷ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 63.

¹²⁸ Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 64.



Più in dettaglio, secondo la Corte, il giudice amministrativo deve: i) «*vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs*»; ii) «*examiner le bien-fondé [il merito] et la proportionnalité des choix de l'AGCM*»; iii) «*vérifier ses évaluations d'ordre technique*»¹²⁹. In ragione di siffatti poteri, così come configurati nel caso *Menarini*, la Corte EDU ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'autorità antitrust «*en allant au delà d'un contrôle "externe" sur la cohérence logique de la motivation de l'AGCM*»¹³⁰, precisando che «*parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points en fait comme en droit, la décision entreprise*»¹³¹.

In quest'ordine di idee non appare difficile ribadire che il recente indirizzo assunto dalle corti amministrative italiane e da una parte significativa della dottrina con riguardo ai limiti che il giudice incontrerebbe nel sindacare pienamente fatti e valutazioni tecniche rese dall'AGCM nelle sue decisioni si ponga in contrasto con una parte autorevole della giurisprudenza della Corte EDU in materia di *full jurisdiction*.

Vero è che simile indirizzo della Corte EDU, unitamente al dato positivo del diritto europeo e di quello italiano, fanno cogliere come il sindacato pieno su fatti e profili tecnici sia invece elemento basilare della giurisdizione amministrativa. Se ciò è esatto, e quindi il controllo sulla discrezionalità tecnica costituisce tratto essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, lo è nella misura in cui si può effettivamente affermare la necessità di un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo, nel senso di prevedere la possibilità che il potere giudiziale si spinga sino a sostituire la decisione del giudice con quella dell'amministrazione.

A questo scopo nelle pagine che seguono (cfr. *sub par. 5*), una volta riannodate le fila del discorso e ripreso per sommi capi il fulcro del problema, si soffermerà l'attenzione sull'art. 24 della Costituzione italiana e sull'art. 6, par. 1, della CEDU, in base all'ipotesi che da una corretta interpretazione della disciplina di tali norme possa derivare una sindacabilità piena delle decisioni dell'AGCM, anche in ordine alla ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici, da parte del giudice amministrativo.

Nella parte conclusiva (cfr. *sub par. 6*), nella prospettiva della *full jurisdiction* si avanzerà la tesi del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM a partire da una diversa concezione della natura e della funzione del potere pubblico come potere che, in virtù della spettanza della sovranità al popolo (art. 1), è funzionalizzato al godimento pieno ed uguale (art. 3 Cost.) e alla tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.).

¹²⁹ Corte EDU, *A. Menarini Diagnosticts s.r.l. c. Italia*, cit., § 64.

¹³⁰ Corte EDU, *A. Menarini Diagnosticts s.r.l. c. Italia*, cit., § 66.

¹³¹ Corte EDU, *A. Menarini Diagnosticts s.r.l. c. Italia*, cit., § 59, dove è aggiunto che «*la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction*». In senso analogo si v. Corte EDU, *Schmautzer, Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche*, 23 ottobre 1995, caso n. 15523/89, n. 15527/89, n. 15963/90, n. 16718/90, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38.



5. Pienezza del sindacato e giurisdizione amministrativa sulle decisioni dell'AGCM nel diritto positivo italiano ed europeo.

5.1. La limitazione della giurisdizione sugli atti dell'AGCM e la violazione del diritto di difesa convenzionalmente e costituzionalmente sancito nell'ordinamento europeo e italiano.

In apertura della trattazione si è visto come il recente recepimento della normativa europea in materia di *private antitrust enforcement* (dir. 2014/104/UE) da parte del legislatore italiano (d.lgs. n. 3/2017) abbia posto un grave problema per ciò che riguarda la pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'AGCM e, di conseguenza, un vero e proprio *vulnus* per la tutela dei soggetti giuridici allorché alcun giudice – ordinario o amministrativo – possa essere chiamato a sindacare l'accertamento dei fatti e dei profili tecnici compiuto da quell'autorità.

In questa prospettiva si è infatti spiegato come, da un lato, (I) il sindacato del giudice ordinario su fatti e valutazioni tecniche oggetto della constatazione dell'AGCM sia vietato dalla recente normativa (cfr. *sub* parr. 1.1 e ss.)¹³², mentre, dall'altro, (II) tale sindacato – nel silenzio della legge – non sia ammesso dall'orientamento assunto dalla prevalente giurisprudenza (cfr. *sub* parr. 2.1 ss.) e da parte significativa della dottrina (cfr. *sub* parr. 3.1 ss.), le quali propendono per un sindacato esterno o comunque di tipo debole¹³³.

Allo stato attuale delle cose si prospetta, dunque, un paradosso. Se la piena cognizione dei fatti e dei profili tecnici della decisione dell'autorità antitrust per il giudice ordinario è impedita dalla legge, mentre per il giudice amministrativo, nel silenzio di quest'ultima, è esclusa dalla prevalente giurisprudenza e, in parte, dalla dottrina, si avrà che alcun giudice, nel rispettivo giudizio, sindacherà la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici resa dall'AGCM. In questo scenario appare chiaro che spetti al giudice amministrativo il sindacato di merito sulle decisioni dell'autorità antitrust, perché, in caso contrario, la conseguenza estrema sarà quella di ritenere che non vi sia alcun giudice in grado di esercitare simile sindacato.

Sta qui un punto decisivo del problema.

¹³² Come si ricorderà il d.lgs. n. 3/2017, frutto in parte del recepimento della dir. 2014/104/UE, in vista di garantire l'efficienza e l'efficacia del sistema del risarcimento per i soggetti che hanno subito un danno dalla violazione della disciplina antitrust ha stabilito che negli atti dell'AGCM non impugnati dal giudice amministrativo o che, seppur impugnati, non annullati l'accertamento dei fatti e dei profili tecnici ivi contenuto non è più sindacabile dal giudice ordinario in sede di *private enforcement*. Si pensi, per esemplificare, al caso in cui l'AGCM dichiara che vi sia stato un abuso di posizione dominante o un'intesa anticoncorrenziale. Se l'impresa, cui è stata comminata la sanzione, adisce il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del provvedimento dell'autorità antitrust e questi non lo annulla, allora l'accertamento compiuto dall'AGCM non è più contestabile dal giudice ordinario quando – poniamo il caso – dei privati agiscono per ottenere il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa che ha abusato della posizione dominante o delle imprese che hanno concluso l'intesa illecita.

¹³³ Quest'ultime, in estrema sintesi, sostengono che in relazione all'accertamento e alla qualificazione di fatti e profili tecnici compiuti dall'AGCM il giudice amministrativo possa esercitare soltanto A) un sindacato di tipo esterno, vale a dire non pienamente esteso al merito della causa ovvero, quand'anche interno, comunque B) un sindacato di tipo debole non sostitutivo della decisione adottata dall'autorità.



Se alcun giudice può essere invocato per chiedere che siano sindacati l'accertamento dei fatti e la ricostruzione dei profili tecnici svolti dall'autorità antitrust, ad esser violato sarà il diritto di difesa costituzionalmente e convenzionalmente sancito dall'ordinamento italiano ed europeo.

Tale diritto è garantito sia dall'art. 24 della Costituzione per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, sia dall'art. 6, par. 1, della CEDU per ciò che riguarda l'ordinamento europeo. È a queste due norme ed alla loro disciplina che, in definitiva, si potrà fare riferimento per offrire una soluzione adeguata al problema della insindacabilità nel merito delle decisioni dell'AGCM da parte del giudice amministrativo.

5.2. L'art. 24 Cost. sul diritto di agire in giudizio come norma che esige il sindacato pieno del giudice amministrativo sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.

In relazione all'art. 24 Cost., come è ben noto, tra i diritti fondamentali che la Costituzione italiana prevede vi è quello di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni soggettive¹³⁴. In questo senso tale norma stabilisce che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi»¹³⁵. In altri termini, con l'art. 24 della Costituzione può dirsi stabilito nell'ordinamento italiano il diritto ad ottenere tutela piena ed effettiva dei propri diritti ed interessi attraverso l'esercizio dell'azione (e della funzione) giurisdizionale. In tal senso, può pure dirsi che l'art. 24 Cost. fissi un autonomo concetto costituzionale di azione e che esso sia un diritto fondamentale inviolabile, come tale ricompreso nel novero di quei diritti previsti dall'art. 2 Cost.¹³⁶.

¹³⁴ Sulla natura del diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost. quale diritto pubblico di prestazione si v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 197; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937, p. 5, S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906. Più in generale esso è stato ricondotto al novero dei diritti pubblici subiettivi anche dalla dottrina processual-civilistica, in considerazione delle impostazioni pubblicistiche del processo, in tal senso cfr. N. TROKER, *Processo civile e Costituzione. Profili di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 34 e L.P. COMOGLIO, *Garanzia costituzionale del diritto di azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 47. Vi è anche chi lo ha ricondotto ai diritti civili, ed in tal senso, tra molti, cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 890, ma anche ID., *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 289.

¹³⁵ Nella dottrina classica si v. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, II ed., Roma, 1936; ID., *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 765 ss.; D. BARBERO, *Diritto soggettivo*, IV, Firenze, 1939, p. 42 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 1 ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. I, p. 9 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1980, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963; P. COMOGLIO, *Garanzia costituzionale del diritto di azione e il processo civile*, Padova, 1970; ID., *Sub art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1981; ID., *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 633 ss.; V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 116 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 97 ss.; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 402.

¹³⁶ L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 253, dove è aggiunto che «è solo l'inserimento del diritto di ottenere tutela attraverso l'esercizio dell'azione nel catalogo dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione che modifica, dal punto di vista strutturale, la relazione tra libertà ed autorità». Secondo l'A., in particolare, in base all'art. 2 Cost., ed al suo collegamento con l'art. 1 Cost., la giurisdizione – che viene esercitata nel nome del popolo secondo l'art. 101 Cost. – si inserisce nella dinamica della sovranità. Anzi – aggiunge in modo più netto l'A. – la giurisdizione è una «delle forme del suo esercizio (art. 1 Cost.) da parte del popolo». Sicché non si tratta tanto di esercitare una potestà o pretesa che deriva da uno status, quanto di «godere di un diritto inviolabile che discende dalla sovranità». In tal senso, infine, l'A. ricorda come il «diritto inviolabile, diversamente dalle posizioni soggettive dello statalismo autoritario, non si esercita nei confronti dello Stato, ma attraverso il potere giurisdizionale statale in quanto forma dell'esercizio della sovranità» (p. 261).



Stante questa definizione dell'art. 24 Cost., già a prima vista si intuisce come tale disposizione abbia il pregio di conferire una certa fisionomia al processo, anche a quello amministrativo, nel momento in cui richiede che il giudizio di legittimità sia configurato per la tutela effettiva della posizione sostanziale compressa dall'esercizio del potere pubblico. E ciò perché l'effettività della tutela – intesa quale capacità del processo di garantire l'accesso al bene della vita per come protetto dal diritto sostanziale in via diretta o indiretta – è già contenuta nel diritto fondamentale di agire in giudizio «*per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»¹³⁷.

L'interpretazione della disposizione costituzionale suggerisce, in sostanza, che al ricorrere di una posizione sostanziale lesa, resa incerta o sofferente, vi sarà sempre un'azione giurisdizionale (una garanzia secondaria) ad assisterla. In questi termini l'art. 24 Cost. fornirebbe una *actio utilis* al soggetto per la tutela della propria sfera giuridica. D'altra parte, se si indaga la giurisprudenza italiana degli ultimi decenni, non si faticerà a scorgere che il giudice talora utilizzi questo schema, leggendo le norme relative alla singola azione processuale alla luce dell'art. 24 Cost. e del principio europeo di pienezza della tutela, per costruire un'azione effettivamente utile in quel caso. Senonché, appare del tutto evidente in tale prospettiva, che la disposizione costituzionale di cui all'art. 24 debba ritenersi violata ogni qual volta il giudice non abbia pieno accesso al merito della causa, attraverso un sindacato interno e sostitutivo.

Non è sufficiente, infatti, che si celebri un 'giusto' processo fra parti che agiscono nel proprio interesse e in posizione di 'parità' con il 'pieno' dispiegarsi del principio dispositivo, perché vi possa essere tutela effettiva della posizione sostanziale dedotta in giudizio. Nel caso di specie, occorre che la parte possa chiedere al giudice di riesaminare i fatti ed i profili tecnici oggetto delle ricostruzioni compiute dall'autorità pubblica e, ove possibile, ottenerne una diversa interpretazione. D'altra parte, non potrà dirsi 'giusto' il processo che si celebra senza la possibilità di contestare i fatti e le valutazioni tecniche per come resi nella decisione dell'autorità. Né potrà dirsi che vi sia stata 'parità', laddove una delle parti non abbia potuto far conoscere al giudice una diversa realtà fenomenica od una diversa spiegazione tecnica di un elemento rilevante del fatto materiale consegnatogli dalle statuizioni dell'autorità. Né, infine, potrà definirsi 'pieno' il diritto di fornire tutte le prove in giudizio, allorché alcun elemento in ordine alle valutazioni tecniche ed ai fatti compiuti dall'autorità siano disponibili per la parte che vuole dimostrare una diversa ricostruzione materiale della vicenda.

Il giudice non può dunque limitarsi ad un sindacato debole o addirittura esterno sui fatti ed i profili tecnici della causa, perché in tal caso verrebbe meno all'esercizio della funzione giurisdizionale per come disegnata dalla norma costituzionale dell'art. 24, in una materia, peraltro, specificamente assegnata al giudice amministrativo dall'art. 133

¹³⁷ Sul punto cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 235 ss., e in part. p. 243 dove secondo l'A. «*dal testo dell'art. 24 emerge con chiarezza come lo stesso diritto d'azione sia riconosciuto "per" la tutela della posizione sostanziale*».



CPA («sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti [...] adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato»).

La sottrazione delle constatazioni fattuali e delle valutazioni di carattere tecnico compiute dall'AGCM nelle proprie decisioni si tradurrebbe, invero, in una negazione del controllo giurisdizionale sull'accertamento di elementi basilari per l'emanazione del provvedimento amministrativo di quell'autorità. Il che implica, senza ombra di dubbio, il sacrificio del diritto di difesa in giudizio della persona, costituzionalmente garantito proprio dall'art. 24.

Il sindacato di merito da parte del giudice amministrativo, specialmente su elementi basilari del provvedimento come i fatti ed i profili tecnici della causa, assume, dunque, un particolare rilievo in ordine al concreto dispiegarsi del diritto di difesa della persona nell'ordinamento costituzionale. Il che pone, evidentemente, la disciplina dell'art. 24 Cost. a sostegno della tesi della pienezza del sindacato amministrativo sulle decisioni dell'AGCM.

5.3. L'art. 6, par. 1, CEDU e il principio della full jurisdiction sul merito degli atti dell'AGCM per la tutela effettiva della persona.

La pienezza del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'autorità antitrust è confermata, nell'ambito dell'ordinamento europeo e particolarmente di quello convenzionale, dall'art. 6, par. 1, CEDU¹³⁸ e dalla sua applicabilità all'ordinamento italiano¹³⁹. L'art. 6, par. 1, CEDU è così formulato: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Con tale norma si è inteso attribuire natura para-penale alle sanzioni inflitte dalle autorità amministrative indipendenti. L'art. 6 CEDU, infatti, nella prospettiva della *full jurisdiction* impone che la decisione di applicare tali sanzioni,

¹³⁸ Nella dottrina italiana si v. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., *passim*; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, cit., p. 546 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss.; B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi*, cit., p. 1057 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 110; Id., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss. Nella dottrina europea, P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Publ. L.*, 2003, p. 753 ss.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambr. L. Journ.*, 2003, p. 244 ss.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICH, *Article 6: the Right to a Fair Trial*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009; J.C. BONICHOT, *L'application de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. aux autorités de régulation: la position du Conseil d'Etat*, in *Petites Affiches*, 2000, p. 3 ss.; J.F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 1999, p. 847 ss.; G. POLIS e M.R. STAFFEN, *Circulação de modelos jurídicos: a influência da corte europeia de direitos humanos na ideia brasileira de razoável duração do processo*, in *Rev. da Univ. Católica de Brasília*, 2017, p. 237 ss.

¹³⁹ Come noto, l'applicabilità dell'art. 6 CEDU e più in generale dell'intera Convenzione nell'ordinamento italiano avviene in virtù dell'art. 117, comma 1, della Costituzione che vincola il legislatore statale al rispetto degli obblighi internazionali. Tale norma, anche per via dell'attività interpretativa delle Corti Costituzionale italiana che si è espressa in tal senso con le sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007, attribuisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il ruolo di "norma interposta", ponendola al di sotto della Costituzione ed al di sopra della legge ordinaria.



emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui al primo paragrafo della disposizione¹⁴⁰, sia soggetta a un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena¹⁴¹. Tale approccio si basa su una condivisibile considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase di controllo giurisdizionale – per come prospettata anche da una parte della dottrina amministrativistica italiana¹⁴² – per cui il processo innanzi al giudice amministrativo diviene sede di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale, della potenziale carenza di garanzie – *in primis* in termini di contraddittorio¹⁴³ – del momento di accertamento del fatto e di conseguente imposizione della relativa sanzione.

Una simile impostazione, che in linea teorica richiederebbe un vero e proprio ri-esercizio del potere, allo scopo di assicurare che i diritti procedimentali vengano garantiti nella fase di assunzione della decisione¹⁴⁴, impone quantomeno che al giudice non sia sottratta la possibilità di verificare la corretta individuazione della fattispecie sanzionabile da parte dell'autorità, anche e soprattutto quando tale individuazione coinvolga valutazioni complesse come accade sovente nella normativa antitrust con riguardo all'identificazione del mercato rilevante¹⁴⁵.

Nell'ambito della *full jurisdiction* sulle decisioni dell'autorità antitrust, la disciplina dell'art. 6, par. 1, CEDU, come visto a proposito della ricostruzione dei concetti di processo e di sindacato offerta da una significativa parte della giurisprudenza della Corte EDU¹⁴⁶ (cfr. *supra* par. 4.3), rappresenta senz'altro uno snodo fondamentale per l'elaborazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM in termini di pienezza della tutela delle posizioni soggettive variamente incise dall'esercizio dei pubblici poteri.

¹⁴⁰ Nella dottrina amministrativistica italiana, per la rilevanza dell'art. 6 CEDU quale norma che assicura il "giusto" procedimento si v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, p. 173 ss., spec. pp. 239-240; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, in part. da p. 27 ss.

¹⁴¹ Cfr. Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 63.

¹⁴² Si fa riferimento a quella dottrina che ha ricostruito il procedimento alla luce delle categorie del processo. Per questa tesi si v. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. II, p. 1117 ss. La stessa idea è alla base degli scritti dove si sostiene la parità dei rapporti tra amministrazione e persona e su cui, almeno, ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807, poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3223 ss.; nonché in quelli sull'amministrazione "oggettivata" su cui cfr. ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 6 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, cit., p. 3467 ss. La tesi della giurisdizionalizzazione del procedimento o, se si vuole, dell'apertura del procedimento ad una dialettica tipicamente processuale è di G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 437 ss. Lo sviluppo della tesi sulla continuità procedimento-processo – nel senso che processo e procedimento amministrativi siano entrambe procedure destinate ad assicurare la garanzia delle posizioni soggettive delle persone nel rapporto con il potere pubblico – si deve particolarmente agli studi di G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1965; ID., *La legge generale sull'azione amministrativa*, in ID., *Scritti scelti (1962-1991)*, I, 2010, p. 249 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, *ivi*, p. 361 ss.; ID., *L'interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo, e auto amministrazione*, *ivi*, (1992-2010), II, 2010, p. 523 ss. In questo solco, più recentemente, L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo - Parte prima: Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

¹⁴³ Tale aspetto è ben presente, ad esempio, nella dottrina anglosassone. In tal senso, almeno, P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public Law*, 2003, p. 753 ss.

¹⁴⁴ Cfr. Corte EDU, *Kyprianou v. Cyprus*, 27 gennaio 2004, caso 73797/01, § 44.

¹⁴⁵ Cfr. Corte EDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003, caso n. 29010/95, §§ 64-65.

¹⁴⁶ L'elaborazione della Corte edu, inoltre, rende manifesta la necessità della pienezza dei poteri di cognizione e decisione del giudice. In tal senso cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, cit., § 32. Più recentemente cfr. Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 50.



In linea generale, si può interpretare l'art. 6, par. 1, CEDU nel senso di garantire un effettivo controllo giudiziale da parte dei tribunali amministrativi nazionali in materia di diritti civili e quindi anche in relazione alle posizioni soggettive incise dalle decisioni dell'autorità antitrust. In quest'ottica si ben comprende perché una «*limited review cannot be considered to be an effective judicial review*»¹⁴⁷. Non è un caso, inoltre, che a tal proposito si sia enunciato «*the principle that a court should exercise full jurisdiction required it not to abandon any of the elements of its judicial function*»¹⁴⁸.

Vero è che si deve ritenere violato l'art. 6, par. 1, CEDU laddove il giudice non sia in grado di conoscere a fondo il merito della causa e pertanto non possa sottoporre a scrutinio i fatti ed i profili tecnici per come ricostruiti dall'autorità¹⁴⁹. Allo stesso modo, si deve ritenere una violazione della *full jurisdiction* il fatto che il giudice tramite il suo sindacato non si sia spinto alla questione di merito, ma si sia limitato a verificare che l'autorità non abbia agito oltre il suo potere discrezionale¹⁵⁰.

Nell'ottica della pienezza del sindacato, appare senz'altro evidente che il vaglio del giudice amministrativo non debba limitarsi ad un semplice controllo di legalità, bensì debba essere esteso ad appurare se la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta dall'autorità non sia smentita da quella offerta dal privato¹⁵¹. In questa direzione, la pienezza del sindacato del giudice amministrativo va verificata anche con riguardo alla circostanza che tale giudice non deve determinare solo se il potere discrezionale sia stato correttamente usato dall'autorità pubblica senza poter sostituire le decisioni assunte da questa con quelle proprie (tesi del sindacato debole), ma deve rivedere le valutazioni tecniche ed i fatti resi dalla stessa autorità e semmai ripeterli¹⁵². Allo stesso modo, ed in un senso ancor più limitativo (secondo la più risalente tesi del sindacato esterno), non può ridursi la cognizione del giudice a tal punto da impedire a questi di verificare se esistano effettivamente i fatti per come ricostruiti dall'autorità amministrativa¹⁵³.

È evidente che la lettura dell'art. 6, par. 1, CEDU appena offerta, anche per ciò che emerge da una significativa parte della giurisprudenza della Corte EDU¹⁵⁴, sembra smentire quelle linee interpretative che ritengono il giudice amministrativo strutturalmente incompatibile con lo stato di diritto e con il sistema di tutele garantito dalla Convenzione,

¹⁴⁷ In questi termini si è espressa Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, cit., § 70, dove i giudici di Strasburgo hanno aggiunto: «*this means, in the final result, that the decision taken by the administrative authorities, which declares the dismissal of a disabled person to be socially justified, remains in the majority of cases, including the present one, without any effective review exercised by the courts*».

¹⁴⁸ In tal senso è la pronuncia della Corte EDU, *Chevol v. France*, cit., § 63, dove si è discusso anche dell'indipendenza del giudice amministrativo dal potere esecutivo. In tal senso, scrivono i giudici di Strasburgo, «*the court's independence from the parties and the executive meant that, where it was dealing with a dispute that came within its jurisdiction, it could not have the solution dictated to it by one of the parties or by a representative of the executive*».

¹⁴⁹ È questa la posizione espressa da Corte EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., § 29.

¹⁵⁰ Concordemente a Corte EDU, *Družstevní Záložna Pria and Others v. the Czech Republic*, cit., § 111.

¹⁵¹ Come si può ricavare ancora in Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italie*, cit., § 63.

¹⁵² In questa prospettiva di interesse è la pronuncia della Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, cit., § 70.

¹⁵³ Cfr. Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, cit., § 48.

¹⁵⁴ I giudici di Strasburgo sono intervenuti più volte rispetto a processi nazionali che si celebravano davanti al giudice amministrativo, senza mai ravvisare che in capo ad esso difettassero i requisiti necessari per essere giudice di *full jurisdiction*.



oltre che dalla stessa Costituzione italiana. Non è un caso che la disciplina dell'art. 6, par. 1, CEDU e dell'art. 24 Cost. rendono urgente l'esigenza di assicurare la pienezza dei poteri di cognizione e decisione del giudice¹⁵⁵. Di qui, pertanto, è avvertita la necessità di una concezione costituzionalmente e convenzionalmente orientata ed avanzata dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo e non certo la smentita del suo ruolo, in disparte, in questa sede, la considerazione per cui tale giudice è – nella prassi e per gli strumenti processuali di cui dispone – assai più incline alla *deference*¹⁵⁶ nei confronti dell'autorità pubblica e meno efficace di quello ordinario.

5.4. Inquadramento di fatti e profili tecnici resi dall'AGCM all'interno del merito amministrativo e loro insindacabilità. Critica. Riconduzione di tali elementi alla discrezionalità tecnica e loro piena sindacabilità da parte del giudice amministrativo.

Un altro aspetto di non scarso rilievo nell'ambito del discorso sulla disciplina degli artt. 24 Cost. e 6 CEDU, quali norme di salvaguardia delle pretese processuali della persona, è quello riguardante l'opinione – in vario modo argomentata da giurisprudenza e dottrina che portano avanti le tesi del sindacato esterno e debole (su cui cfr. *supra* parr. 2 e 3) – in base a cui fatti e profili tecnici della causa rientrerebbero nell'area dell'insindacabilità in quanto ricompresi nella discrezionalità pura¹⁵⁷ – il merito amministrativo – dell'autorità che li ha resi.

Va affermato, in controtendenza a questa opinione, che le ricostruzioni fattuali e lo svolgimento di valutazioni tecniche nel corso del procedimento amministrativo ineriscono non alla fase di esercizio del potere, ma a quella prodromica e distinta di determinazione del presupposto dell'azione amministrativa, la quale non coinvolge questioni di merito. A ben vedere, infatti, solo il momento decisorio implica allo stesso tempo giudizio e volontà; gli accertamenti di fatto e le valutazioni tecniche, attenendo invece al momento conoscitivo, implicano il solo giudizio:

¹⁵⁵ In questa prospettiva, tra molte, cfr. Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, cit., § 32 e, più recentemente, cfr. anche Corte EDU, *Steininger v. Austria*, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, § 50.

¹⁵⁶ Sull'argomento della *deference* del giudice amministrativo nei confronti dell'amministrazione pubblica, si v. G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 659 ss.

¹⁵⁷ Non è possibile, in questa sede, dare conto delle varie tesi che si sono avanzate nell'ambito della discrezionalità amministrativa da parte della dottrina italiana. Sicché appare utile richiamare almeno alcuni contributi fondamentali cui si dovrà necessariamente rinviare. In generale sulla discrezionalità amministrativa si v., almeno, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro it.*, 1987, c. 3165 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. BARONE, *Discrezionalità (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; A.M. ANGIULI, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, 1992; V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 669 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 739 ss.; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.



ciò che attiene alla volizione e dunque l'esercizio del potere avviene in un frangente successivo e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale¹⁵⁸.

L'esistenza di uno spazio caratterizzato da indeterminatezza, come visto, in particolare, nella normativa antitrust a proposito dei concetti giuridici indeterminati (cfr. *supra* par. 3.1.2), mercato rilevante su tutti¹⁵⁹, non è sufficiente per giungere alla conclusione che siano di merito le valutazioni attraverso cui tale spazio viene colmato. Il merito amministrativo e, dunque, la discrezionalità pura insindacabile dal giudice sussistono automaticamente solo in presenza di un'attività di comparazione tra interessi alla luce dell'interesse pubblico, attività che non avviene nel corso dello svolgimento della fase istruttoria di determinazione del fatto, né tanto meno in quella concomitante di ricostruzione dei profili tecnici della vicenda.

In questi ultimi casi, pur parlandosi tendenzialmente di discrezionalità – tecnica, appunto – tutte le volte in cui nel giudizio classificatorio di sussunzione del fatto all'ipotesi descritta dalla norma sia necessario riferirsi a criteri propri di scienze applicate, non vi è alcun tipo di discrezionalità.

Nel caso di valutazioni tecniche, non vi è un margine libero limitato positivamente, entro il quale l'amministrazione si esprime tramite un atto di volontà: entrano in gioco una serie di regole extragiuridiche, le quali non possono aver rilievo diretto che in un giudizio di merito. Ove quest'ultimo venisse a mancare, l'osservanza di siffatte regole rimarrebbe incontrollabile e l'autorità si esprimerebbe attraverso il puro arbitrio.

Delineato in questi termini il fenomeno della discrezionalità tecnica¹⁶⁰, non si intravedono ragioni per cui il sindacato del giudice amministrativo su fatti e valutazioni – che coinvolgono esclusivamente competenze tecniche e non esercizio di poteri – debba rimanere confinato al mero controllo della legalità estrinseca (secondo la tesi del sindacato esterno¹⁶¹) ovvero debba ritenersi ridotto al solo apprezzamento legato ai profili della razionalità, erroneità, proporzionalità o ragionevolezza (per stare ai tipici parametri del sindacato debole¹⁶²), dovendo invece essere, in

¹⁵⁸ Ed è questa la tesi di autorevole dottrina, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 488-489. Secondo l'A., fatti e profili tecnici, «malgrado il carattere fortemente valutativo [...] rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale»; sicché si avranno pur «sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale».

¹⁵⁹ Su cui cfr. *supra* nota 24. Per una netta apertura alla sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo si v. Cass. civ. sez. un., 19 luglio 2000, n. 507, secondo la quale ciò che è insindacabile dal giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, è infatti solo la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato nel quadro della ponderazione comparativa degli interessi in conflitto e «della scelta dell'interesse-valore da attivare, di quel cioè che, con espressione di sintesi, si definisce “merito amministrativo”». Secondo la Corte, «diversa dal “merito” è la “discrezionalità tecnica” proprio perché non comporta scelta di valori (e, per tal profilo, «essa gravita più nella sfera dell'attività vincolata che in quella della discrezionalità vera e propria»), in fattispecie in cui quella scelta è già stata operata, a monte, dal legislatore e cristallizzata nella norma, venendo (nella previsione di questa) unicamente demandata all'amministrazione la verifica della sussistenza in concreto dell'interesse da attuare e dei presupposti (prestabiliti) della correlativa tutela, sulla base di determinate regole tecniche».

¹⁶⁰ Sulla discrezionalità tecnica cfr. *supra* par. 2.1 e 3.1.2 e relative note.

¹⁶¹ Per sindacato esterno, come visto (cfr. *supra* par. 2.1 *sub A*) si intende un potere assai limitato del giudice che non è esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e che come tale resta appunto esterno a simili elementi della causa. In tale tipologia di sindacato il giudice amministrativo non accerta direttamente i fatti, ma si limita a ripercorrere il percorso logico-argomentativo svolto dall'autorità nel procedimento acquisitivo dei fatti; ne segue che l'accertamento del giudice viene fondato non sul rapporto di corrispondenza tra la realtà e la rappresentazione che di tale realtà ha prospettato l'autorità, ma tra elementi tutti situati all'interno della rappresentazione della realtà cristallizzata nella decisione dell'autorità medesima.

¹⁶² Per sindacato debole (cfr. *supra* par. 2.1 *sub B*), a sua volta distinto da uno di tipo forte, si intende un tipo di controllo giudiziale che, sebbene esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e come tale dunque non più meramente esterno a simili elementi bensì “interno”, non permette al giudice di spingersi a tal punto da sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, soprattutto quando in tale decisione siano presenti valutazioni



virtù di un sindacato di tipo sostitutivo, ripetizione della valutazione compiuta dall'autorità secondo le regole della tecnica in base alla quale è stata assunta.

Vero è che tali considerazioni fanno emergere in modo nitido proprio il contrasto che si crea fra quelle tesi, soprattutto di matrice giurisprudenziale, sul sindacato esterno e debole diffusesi – più e meno recentemente – in Italia ed il principio della pienezza della tutela giurisdizionale affermato chiaramente dagli artt. 6, par. 1, CEDU e 24 Cost. Eppure tuttavia, in questa prospettiva nella quale ben si comprende la necessità di ricorrere a norme cardine del sistema democratico, quali le disposizioni europee e italiane sulla *full jurisdiction* e sul diritto di agire in giudizio a difesa delle proprie prerogative, resta ancora sullo sfondo il problema della pienezza della tutela di fronte all'esercizio del potere pubblico e, in specie, di quello (tecnico-)discrezionale ove non si ponga particolare attenzione proprio alla natura e alla funzione del potere pubblico.

È qui che si colloca un problema teorico decisivo cui è dedicata la parte conclusiva dello scritto.

6. Il sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo nella concezione del potere pubblico come potere funzionalizzato al godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali della persona.

Nella cultura giuridica italiana¹⁶³ per lungo tempo si è coltivata l'idea del potere pubblico come espressione di volontà della persona giuridica pubblica¹⁶⁴ – lo stato o l'amministrazione che lo incorpora¹⁶⁵ – che si impone a tutti

e apprezzamenti su fatti e i profili tecnici caratterizzati da complessità ed oggettiva opinabilità, come avviene sovente nella disciplina antitrust in relazione ai c.d. concetti giuridici indeterminati.

¹⁶³ Non diversamente ciò vale per la cultura giuridica tedesca, dove è nota la tesi di G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1991, p. 52 ss., per il quale se il diritto deve essere vantato nei confronti dello stato dovrà ritenersi necessariamente che esso si fonda sulla concessione che ne faccia l'ordinamento per volontà dello stato, non potendosi ammettere soggettività di diritto pubblico alla pretesa sorta nello spazio della libertà: in essa vivranno le posizioni soggettive che si fondano sulla mera liceità (*Dürfen*), ma nel rapporto con lo stato non esiste diritto senza che lo stato medesimo assegni al singolo uno specifico potere (*Können*) in ordine ad esso senza che uno specifico *status* sia a questi assegnato in ragione del coincidere di interesse pubblico ed individuale (p. 106). Nella dinamica delle posizioni soggettive che possono esprimersi nei confronti del potere pubblico è assai chiaro, dunque, come esse possono fondarsi solo nella sovranità dello stato e che quest'ultimo le costituisca; anzi, come si sottolinea, «*concepire il diritto subbiettivo come qualche cosa di originario che derivi da sé medesimo la sua autorità ed il suo valore, non è altro che scambiare il fatto col diritto*» (p. 11). Nel panorama italiano, sul punto, il riferimento è ovviamente a S. ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

¹⁶⁴ Non è disagevole mostrare come nell'impostazione classica tutta la costruzione si regga sul presupposto che la sovranità sia la fondamentale posizione di diritto pubblico – da cui le altre derivano – ed essa spetti allo stato. Per un approfondimento sul tema e la comprensione dei relativi problemi, in generale, si v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009. Sulla situazione in Italia cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985. Su quella in Germania cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

¹⁶⁵ Non è difficile sostenere, in quest'ordine di idee, che lo stato si mostri alla stregua di un'unità organica o *Genossenschaft* (su cui cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965) e, quindi, legittimi la cittadinanza attiva per il tramite della *Selbstverwaltung* (su cui cfr. O. VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Band III (1881), rist. anast. Akademischer Druck, Graz, 1954). Sia che le posizioni soggettive si mostrino come il riflesso dell'azione dell'autorità (su cui cfr. F.C. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tubinga, 1852, ora ID., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. LUCCHINI, Milano, 1971), sia che si strutturino nella *Obrigkeith* statale (su cui cfr. R. VON JHERING, *La nascita del sentimento nel diritto*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Milano, 1989), non è difficile osservare come ogni posizione soggettiva individuale di diritto pubblico scaturisca dalla sovranità statale. Sicché pure quando la legge riconosce tale posizione essa potrà essere pur sempre investita da un successivo atto di volontà dello stato, rimanendo condizionata alla determinazione dell'autorità pubblica titolare della sovranità.



i destinatari in virtù della sua esecutorietà, del suo monopolio della forza e della determinazione circa l'interesse pubblico.

In tale impostazione è ben presente il principio della legittimazione politica dell'autorità pubblica per il tramite della rappresentanza, di conseguenza l'amministrazione è descritta come una serie di enti, a loro volta intesi quali centri di imputazione subiettiva della volontà autoritativa dello stato e serventi materialmente il potere legislativo.

Tuttavia, la forte identificazione con uno dei tre poteri pubblici – stante il dato per cui gli enti assieme al governo formano il potere esecutivo – fa sì che nell'amministrazione la connotazione politica sia meno influente ed emerga, da un lato, I) il profilo istituzionista alla luce del quale l'ente pubblico è istituzione in sé, da sé si dà norme di funzionamento e fa originare da sé stesso il suo ordinamento¹⁶⁶, dall'altro II) il profilo normativista secondo il quale il potere è attribuito all'ente pubblico dall'ordinamento positivo unitamente all'attitudine di concretizzare la regola astratta con regole discrezionalmente definite, in base ad una volizione autoritaria sorretta dall'interesse pubblico.

In quest'ordine della questione la decisione dell'amministrazione potrà apparire ben sindacabile, pure quando sia ampiamente discrezionale, e purtuttavia la cognizione del giudice amministrativo sarà rivolta al mero controllo 'esterno' di legalità, attenendo appunto il suo giudizio solo alla legalità 'esterna' del potere amministrativo e non anche al nucleo fondamentale della valutazione e volizione dell'autorità sovrana che rimane estranea ad un simile scrutinio, e comunque non ripetibile e sostituibile da una decisione giudiziale poiché il sindacato del giudice sarà limitato all'indagine sulla 'erroneità', 'logicità', 'proporzionalità' e 'ragionevolezza' della scelta compiuta dall'autorità.

Ne sono esempio, come visto, proprio le decisioni dell'AGCM che sono assoggettate da preminente giurisprudenza e significativa parte della dottrina ad un sindacato di tipo esterno, come tale limitato ai classici profili dell'errore, oltre che della logica, proporzionalità e ragionevolezza e a un sindacato di tipo debole, vale a dire non sostitutivo della decisione dell'autorità con quella propria del giudice.

¹⁶⁶ Si possono distinguere due nozioni di ordinamento giuridico. Una sul piano della realtà sociale, come insieme di condotte distinte per il loro riferimento alle norme. Un'altra sul piano logico-formale, come insieme di norme, di posizioni giuridiche, di atti giuridici compresenti nella società. Due, difatti, sono le teorie dell'ordinamento che sono emerse storicamente: la teoria "istituzionale" e la teoria "normativa". Mentre la seconda deriva propriamente dalla teoria generale del diritto, la prima nasce dalla nozione sociologica (cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 52 ss. – su cui cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, I p. 243 ss. – nonché S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 53 ss.; O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in *Z. Staatsw.*, 1874, p. 27 ss.) e M. HAURIU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, 1929 tr. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967; ma, in argomento, si v. pure R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 41 ss.), ma è stata poi trasposta sul terreno di quella teoria (su cui si v. ancora S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 57; e pure R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, cit., p. 13 ss.; e L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordinamento*, in AA.VV., *Il diritto come ordinamento*, Atti del X Congr. naz. soc. it. di fil. giur. e pol., Milano, 1976, p. 9 ss. Per cogliere il progressivo spostamento della concezione di Santi Romano da posizioni per così dire sociologiche a posizioni di teoria generale del diritto si devono confrontare le due edizioni – quella del 1918 e del 1951 – de *L'ordinamento giuridico*, nonché dalle tesi sostenute nel suo saggio *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925.



Appare chiaro, dunque, come al centro del problema sulla sindacabilità delle decisioni dell'autorità oltre a quella della pienezza della tutela, vi sia in misura rilevante anche la questione sulla concezione della natura e della funzione del potere pubblico.

In tal senso si può osservare come nella cultura giuridica italiana vi siano tutti gli elementi per affermare la pienezza della giurisdizione amministrativa, anche sulle decisioni dell'autorità antitrust: *i*) il processo delineato come lite fra parti in condizione di parità; *ii*) il giudice quale organo pienamente indipendente e munito di poteri tali da garantire una tutela soddisfacente; *iii*) la causa retta dal principio dispositivo in materia di prove; *iv*) l'istruttoria adeguata ed efficace. Ciò nondimeno il potere dell'autorità, particolarmente quello discrezionale, è e resta assai poco sindacabile. Il che è evidentemente indice del fatto che il potere sia tuttora inteso come entità spettante allo stato e, per il suo tramite, all'autorità.

Da più parti, come è noto, il potere pubblico è raffigurato quale attributo essenziale della sovranità, la quale a sua volta è posta esclusivamente in capo allo stato. Per questa ragione, una volta intestata la sovranità allo stato, si è potuto considerare il potere pubblico come appartenente all'autorità che lo esercita in conformità della legge. Viene così radicato il potere pubblico in un soggetto, l'amministrazione, di cui è a sua volta predicata la natura pubblicistica; tale soggetto è titolare del potere in via generale ed astratta ed è destinato ad attivarsi ogni qual volta che ne ravvisi un'esigenza di pubblico interesse, in disparte poi la definizione del tutto insufficiente di quest'ultimo che lo connota per una riserva quasi inesauribile di potestà.

In simile costruzione l'insindacabilità della decisione discrezionale viene fatta comunemente discendere anche dalla sua intrinseca opinabilità e questo spazio di valutazione viene riservato all'autorità. Logica vuole, quindi, che le decisioni discrezionali siano rimesse all'apprezzamento dell'autorità, sicché le valutazioni opinabili, più esattamente l'esigenza di compiere un giudizio con riguardo al loro possibile contenuto, costituiscono tratto essenziale della discrezionalità amministrativa. Ciò che non appare logico o che comunque non viene spiegato in modo convincente da giurisprudenza e dottrina è il perché la valutazione dell'autorità, anche quella discrezionale, non possa essere ripetuta e sostituita.

La soluzione risiede proprio nella concezione che si ha del potere pubblico e della sua funzione. Tutto difatti appare più logico e, se si vuole, anche convincente una volta che si sia intestata la sovranità allo stato e per il suo tramite all'autorità, e questi la esercitino tutte le volte che vi ravvisino un'esigenza di pubblico interesse. In questa prospettiva è evidente come trovino ampia giustificazione le tesi del sindacato esterno e del sindacato debole, ora anche rafforzate dal dato positivo europeo e italiano in materia di *private enforcement*, oltre che dal dato giurisprudenziale e (in parte) dottrinale.

Concezione del potere pubblico che presso la cultura giuridica italiana giustifica poi il tradizionale riparto fra sfere giuridiche, vale a dire fra diritti soggettivi e interessi legittimi sulla base proprio della natura vincolata o



discrezionale del potere¹⁶⁷; sicché rispetto ai primi le decisioni dell'autorità sarebbero pienamente sindacabili, mentre riguardo ai secondi si avrebbe un certo spazio, sempre riservato all'autorità, contraddistinto dall'essere manifestazione di un comando politico¹⁶⁸ che, come tale, quindi, risulta insindacabile ed essenzialmente libero.

La concezione del potere pubblico e della relativa spettanza della sovranità allo stato e, più in generale, all'autorità è tuttavia fortemente disattesa dal dato positivo emergente in modo limpido dalla Costituzione.

Che la sovranità non appartenga allo stato¹⁶⁹, né all'autorità, la Costituzione lo spiega nelle disposizioni che collegano la sovranità al popolo (art. 1) ed in quelle ove avviene il "riconoscimento"¹⁷⁰ dei diritti inviolabili delle persone¹⁷¹ (art. 2) nei quali la sovranità si trattiene, giacché, appunto, al popolo «*appartiene*» e permette di porre in essere l'ordinamento, esercitando il potere costituente. Dal momento che i diritti fondamentali delle persone (art. 2), non potendo essere altrimenti creati modificati o corretti, vengono "riconosciuti"¹⁷² quali entità giuridiche nell'esercizio del potere costituente, essi appartengono chiaramente alla sovranità.

L'appartenenza della sovranità al popolo si spiega, da un lato, con la legittimazione democratica dell'autorità, dall'altro, come mostrano i diritti fondamentali, trattenendosi nell'area della sovranità popolare, senza snodarsi in

¹⁶⁷ Per una critica sulla contrapposizione fra diritti soggettivi e interessi legittimi ed una diversa ricostruzione in merito si v. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss. Sull'argomento, sia pure in relazione all'art. 113 Cost., si v. G. BERTI, *Art. 113*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, Bologna, 1987, p. 134. L'A., in merito alla distinzione delle posizioni soggettive che tanta parte ha avuto nel depotenziare l'azione giurisdizionale amministrativa, chiarisce come «*diritti e interessi legittimi sono allora soltanto delle specificazioni, sul versante dei rapporti privati e in quello dei rapporti amministrativi, di un'unica sostanziale tutela e garanzia. È chiaro che l'attività amministrativa dà luogo a situazioni di tutela relative ai rapporti che si istituiscono tra cittadino e amministrazione. Ma questa relatività non vuol dire riduzione o affievolimento di tutela, che deve essere piena e diretta. I diritti non relativi a siffatti rapporti si fanno valere, non nella giustizia amministrativa, ma in quella ordinaria, anche nei confronti del potere politico. Ed ecco allora che la discriminazione delle giurisdizioni prenderebbe un razionale significato. Poiché non vi sono rapporti giuridicamente rilevanti tra il cittadino ed il potere politico o politico-legislativo, i diritti individuali e sociali in quanto ci sono, sono assoluti, cioè impermeabili agli effetti delle decisioni e dei provvedimenti, e difendibili pertanto davanti al giudice ordinario*», sicché, «*il vero approdo delle direttive costituzionali*» viene riconosciuto nel «*divenire l'amministrazione un soggetto di imputazione, come gli altri dell'ordinamento, sia nel giudizio ordinario, sia nel giudizio amministrativo*».

¹⁶⁸ Cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 329 ss.

¹⁶⁹ Di particolare rilevanza sul tema della sovranità, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà-liberale*, Bari-Roma, 2001; nonché i lavori del convegno "Crisi e metamorfosi della sovranità", Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Trento, 29-30 settembre 1994, a cura di M. BASCIU, Milano, 1996, in cui si v., almeno, G. MARRAMAO, *Stato, soggetti e diritti fondamentali*, pp. 235-253; Per un approfondimento sulle teorie giuridiche della sovranità ed in ordine alle sue criticità, D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, 2004. Sulla recessione dell'idea della sovranità, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari-Roma, 2004.

¹⁷⁰ Il testo costituzionale dell'art. 2 usa il verbo «*riconosce*», che lascia intendere la preminenza dei diritti inviolabili della persona rispetto all'ordinamento giuridico e soprattutto allo stato. Il principio personalista enunciato dalla disposizione costituzionale stabilisce in sostanza che lo stato e le sue articolazioni (amministrazioni centrali e periferiche) siano in funzione delle persone e non viceversa. In questa prospettiva appare chiaro che il "riconoscimento" dei diritti inviolabili implichi un'attività di estrazione e di scoperta e non un'opera di invenzione degli stessi.

¹⁷¹ Si v. particolarmente L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 141 ss., ma sul punto spec. p. 167 dove è spiegato come «*lo Stato costituzionale di diritto, attraverso la sua funzionalizzazione alla garanzia dei diversi tipi di diritti fondamentali, viene a configurarsi come "strumento" per fini non suoi*». In quest'ordine delle cose, secondo l'A., «*sono infatti le garanzie dei diritti fondamentali – dal diritto alla vita ai diritti di libertà e ai diritti sociali – i "fini" esterni o, se si vuole, i "valori" e, per così dire, la "ragione sociale" costituzionalmente stipulata di quegli artifici che sono lo Stato e le altre istituzioni politiche*».

Più in generale sulla sua teoria dei diritti fondamentali cfr. anche ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. VITALE, (a cura di), Roma-Bari, 2001; ID., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Anal. e dir.*, 2002-2003, p. 331 ss.

¹⁷² Nucleo comune dei diritti inviolabili è proprio il fatto che essi non possano essere fondati, modificati o corretti, ma soltanto appunto riconosciuti svelati individuati. Sul punto è imprescindibile la lettura di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 11, nonché ID., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 10 ss.; e anche A. BARBERA, *Sub art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 50.



forme istituzionali¹⁷³ (stato e amministrazioni) ed esprimendosi con l'esercizio dei diritti inviolabili che la Costituzione stessa «riconosce» e non crea. Tant'è che il riconoscimento e la garanzia apprestati ai diritti inviolabili della persona appare l'elemento di maggiore rottura con la teoria ottocentesca dei diritti pubblici subiettivi¹⁷⁴ e di alterazione profonda dei presupposti teorici della dottrina dello stato moderno e contemporaneo. In quest'ottica, la disposizione di cui all'art. 2 Cost. determina il venire meno del presupposto teorico dello stato amministrativo, vale a dire quello per cui solo allo stato spetta la capacità giuridica di diritto pubblico e alle persone tale capacità derivi in considerazione di uno *status* concesso dallo stato stesso.

Esiste, dunque, una fonte meta-positiva che si impone per una forza propria fondata sulla sovranità delle persone e che la Costituzione riconosce. In quest'ottica, una spiegazione possibile del potere pubblico, che è una delle forme con cui la sovranità si manifesta e viene esercitata, è la sua funzionalizzazione al godimento pieno ed uguale (art. 3 Cost.) dei diritti fondamentali che quel potere pongono in essere e che permanentemente si trattengono nel *nomos* costituzionale della sovranità popolare. Ed è proprio nel rapporto tra mezzi istituzionali e fini sociali e nel conseguente primato dei diritti fondamentali sui pubblici poteri che può in fondo rivelarsi il significato profondo della democrazia¹⁷⁵. Se poi, in tale concezione, i diritti delle persone non sono l'oggetto del potere e, invece, essi sono la fonte del potere e la loro massimizzazione il fine da raggiungere, viene anche a chiarirsi il concetto di interesse

¹⁷³ In questa impostazione sarà difficile ritenere che la sovranità sia esaurisca costituendo le istituzioni democratiche ed assegnandola allo stato. Allo stesso modo sarà difficile credere che essa si esprima solo attraverso la legittimazione di quei poteri mediante il voto. L'opinione che il cittadino sia attivo solo con la legittimazione democratica di chi è chiamato alla funzione legislativa – il Parlamento *in primis*, ma anche le assemblee politiche degli enti locali – comporterebbe la conservazione della sua posizione di suddito rispetto all'esercizio degli altri poteri pubblici, a partire da quello esecutivo. L'impianto della Costituzione impone di rivalutare la condizione del cittadino come tale solo in quanto legittimato, attraverso gli istituti della democrazia rappresentativa, ad eleggere le assemblee legislative o politiche o, indirettamente, le autorità, anch'esse intestate del potere normativo, che si suole definire indipendenti.

¹⁷⁴ Sulla teoria dei diritti pubblici subiettivi – anche in ordine alla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive – per un inquadramento storico circa l'influenza esercitata dai giuristi tedeschi dell'epoca nel panorama europeo si v. M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, nonché ID., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, e pure E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1981, p. 221 ss., mentre, per quella specifica nella dogmatica pubblicistica nazionale, si rimanda ai due basilari contributi di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989 e A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, *passim* ma spec. da p. 281 ss. Sul tema è indispensabile la lettura di S. CASSESE, *Lo Stato "stupenda creatura del diritto" e "vero principio di vita" nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, p. 501 ss., anche in opposizione alla diversa tradizione anglosassone (su cui, in particolare, si v. A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, VIII ed., London, 1915). Non è inutile rilevare come dalla impostazione di C.F. GERBER, *Über öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1852, trad. it. *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 5 ss. (su cui si v., almeno, M. NIGRO, *Il segreto di Greber*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 293 ss.) si svolga un'accesa polemica nei confronti del contrattualismo e del giusnaturalismo e si faccia largo l'idea dello stato come soggetto nel e per il quale la pluralità dei cittadini diviene soggetto di diritto, persona giuridica, non quale somma di individui singoli, liberi, legati da un contratto sociale o da diritti innati. Non diversamente con ciò che accade per la persona privata (la quale risulta titolare della capacità di agire di diritto privato), sul versante del diritto pubblico si nega che la capacità giuridica possa esser propria di più soggetti, sicché la stessa è da concentrarsi nello stato (C.F. GERBER, *Über öffentlichen Rechte*, cit., p. 200 ss.). Tale impostazione produce delle rilevanti ricadute sul versante del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost. Infatti, dal momento che il diritto d'azione è inteso quale pretesa che si attiva nei confronti dello stato e degli organi giudiziari in ispecie, non vi sarà spazio per pensare ad un diritto d'azione al di fuori dall'espresso riconoscimento da parte della legge. In questa prospettiva, dunque, è demandato allo stato il "diritto di dominare" (*Herrschaftsrecht*) sugli altri soggetti giuridici (persone *in primis*) in conseguenza dell'attribuzione ad esso di tutta la capacità giuridica della società.

¹⁷⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 167, «del resto, in tempi come quelli in cui viviamo, è proprio questa concezione garantista della democrazia che deve essere affermata e difesa contro le derive maggioritarie e tendenzialmente plebiscitarie della democrazia rappresentativa e le sue degenerazioni video-cratice».



pubblico, il quale non sarà altro che il compito dello stato fissato in Costituzione, vale a dire la massimizzazione del godimento dei diritti della persona¹⁷⁶ da parte dell'autorità (amministrativa e giudiziaria).

Vero è che ove l'autorità amministrativa – anche quella indipendente come l'AGCM di cui si è trattato – venga correttamente intesa come organizzazione della sovranità popolare, come funzione della società e, quindi, come struttura servente i diritti delle persone, non vi sarà più spazio per limitare il controllo giudiziale quanto alle sue decisioni, le quali ben potranno essere soggette ad un sindacato del giudice amministrativo particolarmente incisivo, capace cioè di verificare anche il merito della decisione amministrativa (fatti e profili tecnici) e ove occorra di sostituirla con una soluzione migliore emersa dal contraddittorio processuale fra le parti. A questo scopo, sulla falsariga di quelli previsti per il giudice civile, depongono gli ampi poteri cognitori e istruttori – consulenza tecnica in *primis*¹⁷⁷ – oltre che decisori – giurisdizione esclusiva e di merito – di cui allo stato attuale dispone il giudice amministrativo per accedere, valutare e, se del caso, sostituire fatti e profili tecnici della decisione dell'AGCM.

¹⁷⁶ A proposito dell'estensione dei diritti alla persona (il soggetto) in una vicenda in cui il soggetto è l'impresa vale quanto detto *supra* par. 4.1. *Introduzione. L'estensione del problema sui limiti della giurisdizione alla persona.*

¹⁷⁷ Su cui si v., almeno, A. TRAVI, *Valutazioni tecniche ed istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 1266; ID., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti*, cit., p. 433; ID. *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., p. 439 ss.; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 1727 ss.; ID., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., p. 422 ss.