

22 FEBBRAIO 2017

Concetti giuridici indeterminati,
sindacato del Giudice amministrativo e
principi CEDU

di Simona Piva

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università di Modena e Reggio Emilia



Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*

di Simona Piva

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università di Modena e Reggio Emilia

Sommario: 1. Giudice amministrativo, tecnica e diritto. 1.1. Penetrazione della giurisprudenza CEDU nella giustizia amministrativa nazionale. 1.2. La crisi del principio di legalità. 1.3. I concetti giuridici indeterminati: tecnica “del rinvio” all’elaborazione dell’interprete *versus* tecnica tassativa. 1.4. Coerenza e stabilità: la cultura del precedente. 2. Intensità del sindacato del G.A. e ambito valutativo riservato all’Autorità garante. 3. Il sindacato del g.a. e i parametri CEDU. 3.2. La sentenza *Menarini*. 3.3. Un sindacato *deferential* verso l’Agcm? L’opinione dissenziente di Pinto de Albuquerque. 3.4. La sentenza *Grande Stevens* e il principio dell’equo processo. 4. Effettività della tutela ed efficacia dell’azione *antitrust*.

1. Giudice amministrativo, tecnica e diritto

Nel mondo attuale, permeato dalla globalizzazione, si assiste alla centralità della tecnica e della scienza che rivestono un ruolo centrale e fondamentale e, per questa ragione, le strutture del diritto e la cultura giuridica sono oggetto di un riesame profondo¹, teso a rinnovare il modello di riferimento nel cui ambito si muovono, per rispondere in modo adeguato alle nuove esigenze che, senza soluzione di continuità, si manifestano a causa del progredire della società. La realtà economico-sociale, infatti, evolvendosi dinamicamente, determina spesso l’obsolescenza e/o l’insufficienza della regolamentazione giuridica. A ben vedere, si può parlare, in generale, di “diritto di transizione”².

Il panorama giuridico, restringendo l’angolo visuale al diritto amministrativo e, in particolare, al diritto a tutela della concorrenza, deve entrare in relazione con vari «settori di sapere non giuridico» ed è caratterizzato essenzialmente da tre fattori: la crisi del principio di legalità, che coinvolge il diritto *in toto*, la sempre maggiore importanza del diritto sovranazionale (in particolare il diritto UE e CEDU),

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ «Nell’alba del terzo millennio, il diritto, che un tempo era presidiato dalla forza degli Stati nazionali, e sembrava capace di dominare le diverse potenze della società, si trova dinanzi alle straordinarie e ossessive potenze della tecnica, nessuno scopo appare irraggiungibile; nessun limite, insuperabile»: N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 83.

² N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 145: «Il ‘diritto di transizione’ è il diritto di un periodo di tempo, che sta tra un prima e un dopo: un prima, che conosciamo; un dopo, di cui forse affiorano le linee, o che prevediamo come risultato del corso storico. Sappiamo da dove veniamo: possiamo soltanto presagire o intuire dove andiamo. [...]. C’è un sentimento del passaggio, che il giurista ha il dovere di tradurre, o di provarsi a tradurre, nella tela delle proprie categorie e del proprio linguaggio».

l'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati e il conseguente rilievo che assume la discrezionalità tecnica, che riguarda «quegli aspetti dell'azione amministrativa non regolati (o non compiutamente regolati) dalla legge, e, quindi, in quanto tali, involgenti un apprezzamento soggettivo dell'autorità applicante»³.

La sinergia maggiore tra diritto e tecnica si vede proprio a proposito dei concetti giuridici indeterminati, dal momento che la discrezionalità tecnica è la chiave di volta per affrontare i rapporti tra diritto e mercato, in quanto, da una parte, si ha l'esigenza di salvaguardare le regole relative alla libertà del mercato e, dall'altra, l'esigenza di eliminare le distorsioni dello stesso.

Nel quadro generale dell'integrazione e della realizzazione del mercato unico, l'ordinamento europeo, che riveste un ruolo da protagonista nelle dinamiche degli Stati appartenenti all'UE, cerca di salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata in un regime di libera concorrenza⁴.

In quest'ottica, negli ultimi decenni, si sono registrate, fundamentalmente, due tendenze: la tendenza alla liberalizzazione degli scambi e alla deregolamentazione dell'economia e la tendenza a stabilire, attraverso regole di natura legislativa e/o regolamentare e l'azione delle Autorità amministrative indipendenti, i limiti entro cui le imprese possono operare nel mercato. Entrambe le tendenze hanno l'obiettivo di attuare un corretto equilibrio tra liberismo economico e disciplina giuridica del mercato.

In questo contesto il giudice amministrativo gode di una rinnovata importanza, in quanto ha la funzione di coordinare diritto e tecnica, tramite il sindacato di ragionevolezza e l'utilizzo dei principi generali, e di bilanciare interessi diversi: da una parte le esigenze derivanti dall'evoluzione tecnologica, dall'altra i diritti fondamentali degli individui.

Inoltre il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti è strumento atto a ricondurre quest'ultime, le cui decisioni possono essere determinate da scelte di *policy*, nel solco della neutralità⁵, garantendo così l'equilibrio tra poteri.

³ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, 2.

⁴ La concorrenza è vista come il fondamentale «strumento dell'ordine economico generale e regolatrice del processo economico»: W. RÖPKE, *Presupposti e limiti del mercato*, in *Le regole della libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Centro studi Tocqueville Acton, Annuale 2010, 174.

⁵ La nuova stagione liberale e il tramonto dell'interventismo statale, con conseguente abbandono del modello dello Stato interventista a favore del modello dello Stato regolatore, hanno reso necessario e, nello stesso tempo, delimitato l'operato delle Autorità indipendenti: N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, con un contributo di FABRIZIO IPPOLITI, Torino, Giappichelli, 2009, 89 ss.; in generale, sulle Autorità indipendenti: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 1994; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Id., a cura di, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; Id., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, n. 1, 102 ss.; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2011; M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 79 ss.; O. PINI, *Garanzie procedurali e regolazione partecipata come possibili canoni di democraticità delle Autorità indipendenti*, in M. MIDIRI, A. ANTONIAZZI, a cura di, *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 199 ss., e *ivi* richiami.

Porsi il problema della conoscenza delle fonti del diritto europeo e CEDU richiede anche di affrontare la questione dei mutamenti che sono avvenuti, nella seconda metà del secolo scorso, nel concepire il diritto e, cioè, di prendere atto che è entrato in crisi il principio di legalità, che si è affermato un diritto per principi di origine giurisprudenziale, che le norme del diritto dell'economia, ma non solo, contengono concetti giuridici indeterminati, di origine extra-giuridica, che, affinché non venga messa in pericolo la certezza del diritto, devono essere interpretati e riempiti di contenuto e, infine, che il diritto dell'Unione Europea e CEDU risente fortemente dell'influenza del *common law*, tanto che si sta sempre più affermando la cultura del precedente giurisprudenziale.

In generale le fonti normative sovranazionali hanno determinato, attraverso un processo progressivo, profonde innovazioni nel nostro sistema giuridico, parte delle quali sono frutto delle pronunce della Corte di giustizia e, per ciò che qui più interessa, della Corte EDU, che hanno contribuito alla precisazione di importanti principi giuridici.

Tuttavia non sempre «tali cognizioni sono in grado di offrire certezze e quindi di condizionare in modo vincolante le scelte amministrative: sicché la tendenza alla tecnicizzazione dell'attività amministrativa ed il connesso suo condizionamento da parte di regole tecniche porta – per le instabilità proprie di ciascun tipo di sapere – ad ampliare il campo dell'attività di adattamento e necessariamente valutativa della amministrazione, sia in virtù del meccanismo di rinvio dinamico ad opera della norma giuridica – il quale richiede comunque da parte dell'amministrazione applicante un'attività di qualificazione e accertamento caratterizzata da margini valutativi – sia in virtù della fissazione ad opera del legislatore di criteri indicativi comportanti un'attività di apprezzamento ad opera dell'autorità amministrativa competente»⁶.

1.1. Penetrazione della giurisprudenza CEDU nella giustizia amministrativa nazionale

In via preliminare si può osservare che le pronunce della Corte di Strasburgo presentano tratti di analogia con le sentenze di *common law*: le sue decisioni sono prese in base alla consolidata giurisprudenza della Corte stessa, tanto che è previsto il rinvio obbligatorio alla Grande Camera nel caso in cui un arresto di primo grado si allontani dalla consolidata giurisprudenza, dal momento che solo la Grande Camera ha la possibilità di modificarla con una nuova decisione⁷.

⁶ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 251- 252.

⁷ Mentre le sentenze emanate dalla Grande Camera sono definitive e vincolanti, quelle emanate da una sezione possono essere rinviate, su richiesta delle parti (art. 43), alla Grande Camera, che dispone che la domanda delle parti sia vagliata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera per valutare se la controversia oggetto del ricorso «solleva problemi importanti di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli o, comunque, un'importante questione di carattere generale».

In caso di violazione delle norme CEDU, l'art. 46 della Convenzione stabilisce che gli Stati membri debbano conformarsi alle pronunce definitive di cui sono parti in causa e riconosce alla Corte e al Comitato dei ministri il compito di vigilare sull'esecuzione delle stesse.

Gli Stati, una volta condannati, devono porre fine alla violazione accertata e rimuovere le conseguenze delle violazioni, che possono essere state effettuate a livello legislativo e/o amministrativo, visto che lo scopo della Corte EDU è quello di tutelare i diritti umani, l'interesse generale ed evitare il ripetersi di violazioni analoghe.

Nonostante la Convenzione non contenga «alcuna specifica disposizione dedicata all'attività amministrativa»⁸, tuttavia, in maniera indiretta, attraverso la sua giurisprudenza incide profondamente sull'azione amministrativa dei quarantasette Paesi membri⁹.

Le sentenze della Corte EDU risultano molto significative per il diritto interno relativamente all'effettività della tutela giurisdizionale e ai rapporti tra le Autorità amministrative indipendenti e l'autorità giudiziaria, perché «la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, trattando del giusto processo, dell'imparzialità e terzietà del giudice nei casi di *accusa penale*» influisce « sul procedimento condotto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'accertamento di illeciti anticoncorrenziali e sui rapporti tra i provvedimenti presi dall'Autorità e il controllo giurisdizionale del giudice amministrativo»¹⁰.

E' stato osservato che «il tema della valenza sostanziale dell'art. 6 CEDU è probabilmente il profilo più interessante di tutta l'elaborazione della Corte di Strasburgo: l'idea (profondamente innovativa rispetto alla prospettiva nazionale) è, infatti, che le garanzie del diritto di difesa e dell'«equo processo» debbano essere pienamente assicurate nel momento in cui viene incisa la posizione soggettiva dell'individuo, a prescindere dalla forma e dalla natura che assumono l'atto e il procedimento tramite i quali si realizza tale violazione. Ciò comporta, evidentemente, una trasformazione in senso accusatorio del procedimento amministrativo *sub specie* di piena parità delle armi tra le parti (le quali dovrebbero poter

⁸ L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza CEDU (Corte EDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi v. Italy)*, in *AIC, Oss. Cost.*, maggio 2014, 4.

⁹ Mentre si ha la prevalenza del diritto UE sulle norme incompatibili del diritto interno, nel caso delle norme CEDU dipende dal modello di recezione del singolo Stato membro, in quanto non è ancora intervenuta la «comunitarizzazione» della Convenzione (CGUE, sentenza, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, § 44). Secondo un orientamento costante della Corte Costituzionale, il giudice, a differenza di quanto accade in caso di contrasto tra una norma del diritto nazionale e una norma del diritto UE, nel caso in cui si profili un contrasto fra una norma interna e una norma CEDU, non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria, ma, ai sensi dell'art. 117, c.1, Cost., ha l'obbligo di interpretazione conforme della norma interna alla norma CEDU, se l'interpretazione conforme non è possibile, deve ricorrere obbligatoriamente alla Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. n. 348/2007, § 4.6.), che deve valutare se la norma interna viola quanto previsto dall'art. 117 Cost.

¹⁰ F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2015, 507.

esporre le proprie ragioni e i mezzi di prova a sé favorevoli in contraddittorio)¹¹, secondo il modello anglosassone della c.d. *cross examination*, di chiara distinzione tra la fase istruttoria e decisoria, di garanzia del principio di presunzione di innocenza, di piena accessibilità a tutti gli atti e ai documenti rilevanti, anche ove detenuti dalla pubblica amministrazione»¹².

In questo modo la Corte EDU richiede che, anche ai procedimenti amministrativi sanzionatori che prevedono sanzioni gravi, siano estese le garanzie di difesa previste per i processi penali o, quantomeno, che la “sanzione penale”, ad esempio di un’Autorità amministrativa indipendente, sia sottoposta successivamente al sindacato giurisdizionale “penetrante”¹³ di un giudice effettivamente indipendente¹⁴ e in grado di porre rimedio alle eventuali “manchevolezze” emerse durante il procedimento amministrativo¹⁵. In sostanza «la CEDU ci richiede, perlomeno per alcuni procedimenti qualificati come di rilievo *penale*, di porre la massima attenzione alle garanzie procedurali difensive e su questo profilo sviluppa il suo concetto di pienezza della tutela»¹⁶.

Concludendo, l’applicazione del principio dell’“equo processo”, in particolare ai procedimenti amministrativi di tipo sanzionatorio, determina una ricaduta importante: «a rigore, sarebbe pienamente conforme alle prescrizioni convenzionali solo un procedimento paragiurisdizionale, nel quale le parti si trovino in posizione di parità di fronte a un’autorità decidente terza rispetto ad esse e, al contempo, indipendente dall’esecutivo e da ogni altra influenza esterna»¹⁷.

¹¹ Cfr. le sentenze della Corte EDU, *Messier c. Francia*, 30 giugno 2011, § 32, e *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, quest’ultima verrà analizzata sotto questo profilo nel paragrafo 2.2.

¹² M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale (Dicembre 2014)*, in www.ius-publicum.com, 15-16.

¹³ Cfr. Corte EDU, sentenza della Grande Camera, *Bryan c. Regno Unito*, 22 novembre 1995.

¹⁴ E’ importante sottolineare che nei procedimenti amministrativi, ad es. quelli delle A.A.I., tra chi conduce la fase istruttoria e chi adotta il provvedimento finale c’è sostanzialmente una sorta di “coincidenza” (v. artt. 5 e 6 della legge 241 del 1990), determinando in questo modo una mancata parità delle parti a svantaggio della parte oggetto del procedimento amministrativo. Questo aspetto è stato rimarcato dalla Corte EDU nei confronti delle Autorità amministrative francesi e italiane, cfr., in part., la sentenza *Grande Stevens*, che «ha consacrato definitivamente l’inadeguatezza del sistema amministrativo inquisitorio di inflizione di sanzioni amministrative. Di quest’ultimo è stata affermata la – strutturale – incompatibilità con le esigenze della applicazione della pena necessariamente nell’ambito di un procedimento amministrativo paritario quale delineato dall’art. 6 CEDU»: M. ALLENA, *op. cit.*, 20-21. I rilievi della Corte EDU sono stati recepiti dal Consiglio di Stato, Sez. VI, che, con l’ordinanza n. 4492 del 2 ottobre 2014, ha riconosciuto l’obbligo imposto alla CONSOB di adeguare il proprio procedimento sanzionatorio alla citata sentenza CEDU.

¹⁵ M. ALLENA, *op. cit.*, 22: «La Corte EDU [...] ha adottato un approccio flessibile basato sulla considerazione unitaria del procedimento amministrativo e della successiva fase giurisdizionale. In sostanza, stando a tale impostazione, tutte le volte in cui non viene data concreta attuazione alle garanzie dell’art. 6 CEDU nel corso del procedimento amministrativo (ossia nella sede nella quale l’autorità amministrativa può decidere un’ “accusa penale”, ovvero incidere significativamente su un “diritto civile”, assume rilevanza la successiva fase processuale come luogo di possibile correzione, sia pure *ex post* e in via eventuale (cioè su ricorso della parte interessata), dei deficit di tutela che si siano verificati in sede procedimentale».

¹⁶ F. CINTOLI, *op. cit.*

¹⁷ M. ALLENA, *op. cit.*, 21.

1.2. La crisi del principio di legalità

La rilevanza del diritto CEDU – e ancor prima di quello dell’Unione Europea¹⁸ - finisce per determinare un sostanziale arretramento dello Stato nazionale: la pluralità dei sistemi normativi è diventata una costante dei sistemi giuridici, in particolare in Europa¹⁹. A ciò bisogna aggiungere che negli ultimi decenni del secolo scorso è tramontata l’idea, risalente alla Rivoluzione francese, del Parlamento sovrano, che, traendo il suo potere dalla diretta legittimazione popolare, teneva sotto stretto controllo l’operato dei giudici. Da qui il superamento della concezione del giudice come mera *bouche de la loi* (Montesquieu) o come “servo della legge” (Bockelmann).

Contemporaneamente e progressivamente, sono venute meno l’aspirazione a realizzare un ordinamento giuridico completo, capace di regolare *ex ante* tutti i possibili rapporti socio-economici²⁰ e il modello della codificazione²¹. Ne «è derivata, quasi ovunque, una drammatica crisi di certezza sulla reale configurabilità del diritto in vigore e sui suoi contenuti. Una crisi che trova un precedente paragonabile (anche se completamente diverso nelle origini e nei caratteri) nella crisi del diritto comune alla fine del Settecento. Di qui l’accentuato rilievo della giurisprudenza come fonte del diritto e ancora per orientare le previsioni: poiché le linee consolidate delle decisioni giudiziali possono sì mutare nel tempo, ma presentano comunque un livello di continuità e stabilità superiore a quello della legislazione contemporanea»²².

Negli sviluppi giurisprudenziali recenti, uno spazio di tutto rilievo compete alla concretizzazione e attualizzazione dei concetti giuridici indeterminati, che traggono le loro radici in ambiti non giuridici²³.

¹⁸ Per la differenza di rango tra diritto UE e CEDU, v. Corte Cost., sent. n. 348/2007.

¹⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2010, 639.

²⁰ «Vi è stato un periodo in cui si aveva fiducia di ottenere, mediante una formulazione precisa delle norme, chiarezza e certezza piena per il diritto e soprattutto di garantire l’assoluta univocità di tutte le decisioni e degli atti giudiziari ed amministrativi. Questa fu l’epoca dell’Illuminismo»: K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, 168.

²¹ Cfr. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1994, 30 ss.; Id., *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma, Laterza, 2004, 146; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 641. Il processo di codificazione, iniziato alla metà del XVIII secolo e “esploso” agli inizi del XIX, aveva come obiettivo la «semplificazione del sistema giuridico, quale era richiesta sul finire del secolo XVIII dalla consapevolezza illuministica degli inconvenienti del particolarismo e dall’illuministica battaglia per un diritto certo e comprensibile. [...] La semplificazione dei sistemi giuridici richiedeva che si verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un’aggiunta al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest’ultimo, ed escludesse eterointegrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non eterointegrabile consentisse il massimo di semplificazione»: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, I, Bologna, il Mulino, 1976, 35.

²² A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 641.

²³ Sul punto, cfr., P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell’economia*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2015, 767: «oltre al testo della legge, la Corte europea dei diritti dell’uomo considera utile che le nozioni indeterminate siano precisate da una giurisprudenza costante e pubblicata»; con riguardo alla potestà sanzionatoria dell’AGCM, l’A. pone l’accento sulla necessità di prendere in considerazione «le conseguenze

Nell'attività di conformazione delle attività economiche, il Legislatore enuncia, di sovente, fini generici ovvero circoscrive un obiettivo o valore per la cui precisa identificazione occorre avvalersi di nozioni tecniche²⁴ e di concetti extra-giuridici.

Nelle funzioni regolatorie e di garanzia della concorrenza la fissazione della regola “finale”, da applicare ai casi concreti, è delegata ad organi neutrali e con specifica “legittimazione tecnica”. Trova qui conferma l'immagine delle norme legislative come «norme *in fieri*»²⁵.

A fronte della «diminuita capacità prescrittiva della disciplina legislativa»²⁶, si insiste allora sul “ruolo di riequilibrio sistematico” e di “costruzione giuridica” della giurisdizione²⁷, in una cornice costituzionale segnata – come ebbe a rilevare la Corte Costituzionale già negli anni '60 – dalla subordinazione del potere legislativo all'impero delle norme e dei principi fondamentali dell'ordinamento, anche se inespresi” ed ai limiti “desumibili da una ragione normativa sopra-ordinata alle singole disposizioni”²⁸.

Si è così affermato che «gli Stati non creano diritti, gli Stati creano leggi; Stati e leggi stanno sotto i diritti»²⁹. Tuttavia, resta aperto il problema di come evitare i possibili sconfinamenti degli organi della giurisdizione, garantendo l'equilibrio dei poteri costituzionali³⁰.

1.3. I concetti giuridici indeterminati: tecnica “del rinvio” all'elaborazione dell'interprete versus tecnica tassativa

I concetti giuridici indeterminati di origine economica trovano il loro fondamento nel diritto UE e hanno un ruolo essenziale in materia di tutela della concorrenza: lì si rinviene già nel Trattato che istituisce la Comunità Europea del 1957 e ora negli artt. 101 e 102 del TFUE.

Per esemplificarne alcuni, si possono ricordare quelli di posizione dominante, libera concorrenza, mercato concorrenziale, in base ad essi gli articoli del TFUE individuano gli illeciti *antitrust*: abuso di posizione dominante, concentrazioni vietate e intese restrittive della concorrenza.

economiche-oggettive dell'infrazione nella determinazione del *quantum* dell'ammenda» e «non soltanto i profili dell'afflizione e della deterrenza».

²⁴ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, Giuffrè, 2005, 321.

²⁵ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 570.

²⁶ A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 841.

²⁷ R. GUASTINI, *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*, in *Analisi e Diritto*, Torino, 2014, 167 e gli AA. richiamati *infra*.

²⁸ Così Corte Cost., sent. n. 72 del 1964, redattore MORTATI; sul rilievo di tale pronuncia, cfr. M. MIDIRI, *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2011, 12.

²⁹ G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7 ss.

³⁰ Per un quadro d'insieme sulla tematica qui appena sfiorata e per ampi richiami della vastissima letteratura, v. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, specialm. 527 ss.

Queste fattispecie di abuso sono state recepite dalla legislazione interna con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 – *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, agli artt. 2, 3 e 6.

Per definire i concetti giuridici indeterminati da un punto di vista semantico, possiamo utilizzare la seguente definizione che è stata data a proposito delle clausole generali: «singole parole o sintagmi contenuti in enunciati normativi, sovente di rango legislativo, cui vengono attribuiti peculiari caratteri semantici e, in ragione di questi, particolari conseguenze sul piano della loro interpretazione»³¹. Il ricorso ad essi nel campo della concorrenza è dovuto «alla necessità di andare oltre una elencazione casistica delle singole ipotesi particolari» e di conseguenza si configurano «quali semplici categorie riassuntive di una generalità di casi»³² differenziandosi in questo dalle clausole generali e da altre nozioni simili, con cui condividono «alcune, ma non tutte le caratteristiche della relativa categoria di (parti di) norme o disposizioni»³³.

I concetti giuridici indeterminati sono dei mega-concetti (*Oberbegriff*), da cui, attraverso l'interpretazione, estrapolare nuove fattispecie che possono essere ad essi ricondotte, che rappresentano gli strumenti più adeguati per superare la difficoltà di una «completa tipizzazione di ipotesi già definite» o, come è stato affermato, il ricorso ai concetti normativi indeterminati è determinato da «un volontario allargamento del vincolo della legge, al fine di permettere un adattamento delle decisioni alle circostanze particolari del singolo caso»³⁴.

Nello specifico «in relazione alla categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, va ricordato che essa attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva – fissandone direttamente tutti i termini mediante riferimenti determinati ed univoci [...] – ma rinvia, per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti indeterminati che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici»³⁵.

³¹ V. VELUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in http://www.units/etica/2006_1/VELUZZI.htm.

³² P. CAMPANELLA, *Clausole generali e diritto del lavoro. Giornate di studio AIDLASS 2014*, Roma 29-30 maggio 2014, in www.bollettinoadapit.it/wp-content/uploads/2014/05/Campanella_aidlass.pdf.

³³ F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 33. Sul punto risulta importante la precisazione che «quando ricorre una clausola generale concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati il giudice si limita a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell'elemento (elastico) indicato nella fattispecie»: C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 21 ss. e *sub* nota 14.

³⁴ K. ENGISCH, *op. cit.*, 223.

³⁵ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, testo della relazione all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa", organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo, 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it. Si tratta, in sostanza, di una tecnica legislativa che si contrappone ad una tecnica "tassativa": cfr. F. PEDRINI, *op. cit.*, 63 ss.

Essi hanno, inoltre, la «funzione (o comunque l'effetto) di consentire -nel tempo e a tessuto normativo invariato- un adeguamento del sistema giuridico»³⁶.

In sostanza, i concetti giuridici indeterminati non sono concetti di diritto positivo in senso forte, ma di diritto positivo in senso debole, in quanto non sono definiti tassativamente dal legislatore ma, nel migliore dei casi, attraverso qualche esemplificazione, pertanto sono concetti dei quali «occorre necessariamente individuare un significato, poiché da quest'ultimo dipende l'applicazione di norme giuridiche [...]. Nondimeno, tale significato andrà ricavato dall'interprete non già grazie a un'indicazione “autentica” da parte del legislatore, bensì in coerenza col discorso prescrittivo all'interno del quale il termine in questione s'inserisce, ricorrendo agli “ordinari” criteri ermeneutici – pure vincolanti, sebbene notoriamente meno stringenti – validi per la (corretta) significazione di qualsiasi comunicazione legislativa»³⁷.

Il legislatore, ricorrendo ai concetti giuridici indeterminati, finisce con l'attribuire o, meglio ancora, delegare all'interprete uno “spazio di valutazione”, che consiste nel fatto che, verificata una determinata fattispecie, la norma non prescrive una puntuale conseguenza giuridica, ma affida all'amministrazione e al giudice uno “spazio d'azione”³⁸, che consiste in una «apertura alla natura “creativa” e non meramente “dichiarativa” dell'attività interpretativa»³⁹.

Analizziamo ora, in maniera puntuale, le caratteristiche dei concetti giuridici indeterminati, che hanno una funzione integrativa della norma o del precetto legislativo.

Se prendiamo, ad esempio, i concetti giuridici indeterminati di mercato rilevante o di posizione dominante, che ritroviamo nella normativa *antitrust*, vediamo che la loro interpretazione formalistica non riesce a enucleare un “significato autosufficiente” e che bisogna ricorrere ad un'attività integrativa del precetto legislativo. In sostanza, ad esempio, l'AGCM deve applicare le norme contenenti concetti giuridici indeterminati, utilizzando nozioni e regole tecnico-scientifiche, esercitando, così, la discrezionalità tecnica.

Detto questo, è bene rimarcare che i concetti giuridici indeterminati, attenendoci alla restrizione di campo già ricordata, devono essere interpretati: a) dalle A.A.I. e, in particolare, dall'AGCM; b) dal giudice amministrativo nel sindacato sugli atti delle Autorità.

Per quanto concerne, in particolare, il primo profilo, i concetti giuridici indeterminati sono attualizzati dall'Autorità Garante sulla base di scienze e tecniche non giuridiche: il ruolo della discrezionalità tecnica

³⁶ Cfr., per ulteriori richiami, F. PEDRINI, *op. cit.*, 60.

³⁷ *Ivi*, 15-16.

³⁸ Cfr. D. DE PRETIS, *op. cit.*, 68 ss.; S. VENEZIANO, *op. cit.*, puntualizza un aspetto positivo di questa tecnica in quanto essa «garantisce la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel caso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo».

³⁹ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali, 2012, 193.

assume qui un rilievo centrale. E' la stessa *Authority*, infatti, che deve “completare” il contenuto della norma, individuando il concreto modello di contemperamento tra gli interessi in gioco, al fine di attuare il precetto normativo. La decisione amministrativa assume, dunque, una funzione integrativa della norma, nel senso che non si limita all'interpretazione letterale e all'esecuzione del dettato legislativo, ma incide sulla sua configurazione per applicarla al caso concreto⁴⁰. Non ci si deve attendere, però, che la scelta amministrativa sia universalmente giusta, in grado, cioè, di realizzare l'interesse pubblico nell'unico modo ammissibile, bensì che essa attui l'interesse pubblico in una delle possibili forme razionali e, come tali, legittime di composizione degli interessi in gioco, integrando in modo attendibile la norma di legge.

Ne consegue che, in generale, le A.A.I. sono sempre meno strumento di applicazione materiale della legge e sempre più strumento di razionale orientamento della stessa, dovendo consentire l'applicabilità al caso concreto dei precetti normativi, che contengono concetti giuridici indeterminati.

A titolo esemplificativo possiamo vedere come da un concetto giuridico indeterminato, quello di abuso di posizione dominante, si possa dedurre una nuova sottofattispecie in precedenza non “codificata”. L'AGCM, nel 2012, col provvedimento n. 23639, ha condannato, con una pesante sanzione e con la diffida ad adottare comportamenti volti ad assicurare l'entrata della concorrente Esselunga sul mercato, Coop Estense in relazione ad un procedimento amministrativo «per abuso di posizione dominante a fine escludente». In particolare, si trattava della partecipazione da parte di Coop Estense a procedimenti di pianificazione del territorio, partecipazione in cui è stato ravvisato una nuova tipizzazione di abuso di posizione dominante: l'abuso di procedure amministrative, finalizzato ad escludere dal mercato un'impresa concorrente.

Nel 2013 il provvedimento era stato annullato in 1° grado dal giudice amministrativo, in quanto mancava la «dimostrazione della sussistenza di un nesso causale tra la condotta della cooperativa e l'esclusione di Esselunga», ma la pronuncia del TAR Lazio è stata riformata dal Consiglio di Stato (VI Sez., sentenza n. 1673/2014).

L'arresto in esame ruota intorno al concetto giuridico indeterminato di abuso di posizione dominante, che né la norma europea, né l'art. 3 della legge italiana in materia *antitrust* definiscono in modo tassativo, ma solo attraverso alcuni esempi, aprendo il campo ad un numero aperto di condotte non tipizzate dalla normativa a tutela della concorrenza.

Il fatto che la giurisprudenza sia sempre più orientata verso la configurazione dell'atipicità delle condotte, se, da un lato, può essere importante per garantire con maggior forza il principio

⁴⁰ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 98.

concorrenziale, dall'altro, può mettere in crisi la certezza del diritto⁴¹, la tutela dell'affidamento e la prevedibilità relativa, non permettendo in questo modo agli operatori economici di conoscere *ex ante* se un determinato comportamento è da valutare in termini di liceità o illiceità.

1.4. Coerenza e stabilità: la cultura del precedente

Affrontiamo, ora, la *quaestio* su come conciliare l'indeterminatezza dei concetti giuridici indeterminati con la necessità pratica che le imprese possano essere in grado di conoscere *ex ante* se una determinata condotta rientra o meno tra quelle lecite ai sensi della normativa concorrenziale. Questo compito spetta all'AGCM e al giudice amministrativo, i quali, poiché devono esercitare la loro «complessa funzione [...] senza compromettere la stabilità e la continuità del sistema, non trascurando mai i valori della certezza del diritto e quello della semplificazione (possibile) dell'ordinamento»⁴², devono essere teleologicamente orientati a dare vita ad orientamenti coerenti e stabili della medesima disposizione.

Ciò dovrebbe, a ben vedere, essere facilitato dal fatto che il controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'*Antitrust* può originare una sorta di dialogo con la stessa, dal momento che, essendo gli indirizzi desumibili dalle pronunce della giustizia amministrativa nazionale, della Corte CEDU e della CGUE destinati ad essere recepiti dall'AGCM nelle sue successive determinazioni, si verrebbe a creare un *continuum* tra giurisdizione e amministrazione, che dovrebbe permettere di elaborare regole stabili e prevedibili per gli operatori del mercato.

Per questi motivi, in un quadro complessivo, che vede la compresenza di più ordinamenti e la contestuale crisi del principio di legalità, si afferma sempre più la necessità di fondare quella che è stata definita la «cultura del precedente»⁴³, affinché le interpretazioni giurisprudenziali si inseriscano, secondo criteri di continuità e di sostanziale uniformità⁴⁴, nel solco dei precedenti e della tradizione (secondo la regola dello *stare decisis*⁴⁵), come avviene negli ordinamenti di *common law* (ma non solo)⁴⁶.

⁴¹ Quando si parla di certezza del diritto è opportuno tenere presente che «certezza è un termine che esprime una pluralità di significati. Essa può essere intesa come conoscibilità da parte del cittadino delle regole giuridiche che si applicano alle varie fattispecie e del loro esatto significato talché egli possa prevedere quali saranno le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. [...]. Certezza significa anche, con riferimento al comportamento degli organi dell'applicazione del diritto, prevedibilità della decisione giuridica. Un terzo significato è legato alla sicurezza dei rapporti giuridici in virtù della stabilità del *corpus* normativo, della continuità della norma con se stessa e della congruenza tra normative che si susseguono nel tempo, afferenti ad oggetti o materie correlati o contigui»: B. PASTORE, *Certezza, linguaggio legislativo e atteggiamenti interpretativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 514.

⁴² F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato* cit., 62.

⁴³ Sul tema, cfr. Corte di Cassazione, VI Sez. Civile, sentenza 9 gennaio 2015, n. 174, in cui si afferma che «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello «*stare decisis*», esso tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento».

⁴⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Considerazioni sul precedente*, in *www.aafder.Org/.../2015*, che, a p. 10, chiarisce che, secondo questa prospettiva, «l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale», ma tale prospettiva, che «si fonda - in maniera più o meno esplicita - su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico», deve anche tener

Intendendo come “precedente” «una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche nei casi successivi», esso si definisce in funzione di due fattori: “fa precedente” non tutto ciò che si dice nella decisione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione; il secondo essenziale fattore è costituito dalla necessaria analogia tra i fatti del primo caso e i fatti del caso successivo⁴⁷.

Ma quando ci troviamo innanzi ad un vero precedente? La decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti prescrittivi o normativi «soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia – per dirla con MacCormick – a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia *universalizzabile*»⁴⁸. In questo caso il precedente può esplicitare le sue potenzialità, in quanto *tòpos* che orienta l’interpretazione della norma e dà supporto all’interpretazione adottata (ad es., nella motivazione della sentenza)⁴⁹.

A proposito dell’importanza del precedente, non bisogna dimenticare che la Corte EDU incentra la propria attività sui precedenti⁵⁰, poiché essa, pur non ritenendosi vincolata alle «proprie decisioni anteriori», segue la prassi di seguirle «nell’interesse della sicurezza giuridica e dello sviluppo coerente

conto che nella realtà l’ordinamento giuridico è dinamico e soggetto a continue modificazioni, tanto che, ad esempio, un precedente, anche autorevole, può essere “abrogato”. A proposito della dinamicità dell’ordinamento giuridico, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, che, a p. 89, richiama l’attenzione sul fatto che «l’evoluzione interpretativa della disposizione può aggiungere contenuti normativi nuovi, non evidenti o non ipotizzati in origine: non “deducibili” dalla disposizione».

⁴⁵ A proposito dello *stare decisis*, che sta alla base del diritto giurisprudenziale inglese, non dobbiamo dimenticare che «la prassi secondo cui casi analoghi devono essere decisi in modo analogo incarna un principio di giustizia riconosciuto e applicato all’interno di tutta la tradizione giuridica occidentale poiché risponde ad esigenze e idee condivise quali la certezza del diritto, la prevedibilità delle decisioni, la parità di trattamento di coloro che chiedono tutela giurisdizionale»: V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Torino, Giappichelli, 2006³, 299.

⁴⁶ Cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, che, a p. 709, pone l’accento sulla «grande importanza che l’impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *civil law*»; Id., *Considerazioni sul precedente*, cit., 2; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 411 ss.

⁴⁷ M. TARUFFO, *Considerazioni sul precedente*, cit., 3-4: «perché si possa applicare la *ratio decidendi* che ha determinato la decisione nel primo caso, occorre che i fatti dei due casi siano abbastanza simili, essendo ovvio – in caso di difformità delle situazioni di fatto – che non si giustificerebbe una decisione secondo quella *ratio decidendi*».

⁴⁸ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 710.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Pur mancando il vincolo formale dello *stare decisis*, l’attività dei giudici della Corte EDU si incentra sul metodo del precedente, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni, Atti del 7° Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Bicocca (Milano, 19-20 novembre 2009)*, Milano, 2012, 61; Id., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, V, 2006, 354-355, in cui si sottolinea che lo sviluppo della giurisprudenza della Corte avviene nel quadro di un sistema di precedente “vincolante”.

della giurisprudenza relativa alla Convenzione»⁵¹, anche se ammette, in un'importante sentenza, *Demir e Baykara c. Turchia*, resa dalla stessa Corte, che, pur essendo «nell'interesse della prevedibilità del diritto e dell'eguaglianza dinanzi alla legge che la Corte non si discosti senza validi motivi dai propri precedenti, tuttavia rinunciare ad un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare qualsiasi correzione o miglioramento»⁵².

Nella citata pronuncia traspare la consapevolezza della Corte EDU che il precedente, come nei sistemi di *common law*, non è sempre vincolante, ma che esso può essere soggetto, dopo la comparazione fra il caso in discussione e il precedente, a tre diverse "utilizzazioni":

- a) se la comparazione evidenzia una sostanziale analogia tra i fatti del caso in discussione e il precedente, si fa ricorso *tout court* a quest'ultimo e il caso viene «risolto nella stessa maniera»⁵³;
- b) se la comparazione evidenzia differenziazioni fra il precedente vincolante e il caso concreto successivo, il giudice del caso concreto motiva la non applicazione del precedente distinguendo le *rationes decidendi* in comparazione (*distinguishing*);
- c) se il giudice precedente ritiene errato il precedente, in quanto *plainly unreasonable*, dà vita ad un mutamento giurisprudenziale o *revirement*, che "abroga" il precedente astrattamente applicabile e determina il cambio del precedente vincolante per il futuro (*overruling*).

Per concludere, la "cultura del precedente", ossia «la ricerca della decisione giuridica sulla base dei precedenti giudiziari»⁵⁴, vincolando «le decisioni future relative a casi simili»⁵⁵, ha la funzione di garantire, tramite l'uniformità delle decisioni giurisprudenziali, la certezza del diritto mediante la determinatezza della norma incriminatrice, assicurando una (relativa) prevedibilità del precetto e della sanzione e rendendo effettiva la tutela di chi compie determinati comportamenti facendo affidamento sulle precedenti e uniformi interpretazioni della medesima disposizione.

Per questi motivi «il precedente viene generalmente considerato come lo strumento fondamentale per assicurare la realizzazione di alcuni valori o principi che si considerano essenziali per l'ordinamento giuridico e per la sua coerente attuazione attraverso la giurisprudenza, anche nei sistemi di *civil law* e non solo in quelli di *common law*»⁵⁶.

2. Intensità del sindacato del G.A. e ambito valutativo riservato all'Autorità garante

⁵¹ Corte EDU, sentenza *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35.

⁵² Corte EDU, sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, 12 novembre 2008, § 153.

⁵³ K. ENGISCH, *op. cit.*, 298.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, Laterza, 2007⁵, 7.

⁵⁶ M. TARUFFO, *Considerazioni sul precedente*, cit., p. 2; Id., *Le funzioni delle Corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 35 ss.

L'estensione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM⁵⁷ - vaglio ritenuto necessario dalla giurisprudenza CEDU allorché il procedimento amministrativo non sia stato conforme alla disciplina dell'“equo processo” - è stato molto dibattuto⁵⁸, in quanto si confrontavano due opposte esigenze:

- da un lato, si voleva evitare che il giudice amministrativo sostituisse, con le proprie valutazioni o, peggio ancora, con la propria visione del mercato, le valutazioni tecniche dell'*Antitrust*, Autorità istituita per svolgere espressamente questo compito;
- dall'altro, si voleva garantire la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dell'individuo, nel rispetto del diritto riconosciuto al giudice dalla Costituzione italiana (artt. 24, 103, 111, 113), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47) e dalla CEDU (art. 6 § 1).

Sulla base delle due esigenze, la questione relativa al grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM ha ricevuto, nel corso degli anni, risposte riconducibili a due orientamenti.

Nella prima fase si metteva addirittura in dubbio la stessa esperibilità del sindacato giurisdizionale, cioè l'*an*, dal momento che la natura giuridica dell'AGCM era incerta e l'*Authority* esercita «un'attività particolarmente complessa e caratterizzata da profili altamente specialistici e tecnici»⁵⁹. Di conseguenza si riteneva che il giudice amministrativo dovesse dimostrare *deference* nei confronti dell'Autorità *antitrust* per rispetto della scelta legislativa, che le aveva riconosciuto grande autonomia e le aveva affidato compiti che richiedono un'elevata specializzazione tecnica.

⁵⁷ M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.- CDS*, 2003, 3160 ss.; F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2008, 257 ss.

⁵⁸ In generale, sul sindacato giurisdizionale del giudice sugli atti dell'*Authority*, cfr., *ex multis*, S. NICCOLAI, *Notazioni sul controllo del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti in Italia*, in www.federalismi.it, n. 1, 2011, 2 ss.; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 617 ss.; Id., *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in *ivi*, 2010, 119 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, relazione tenuta al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, Consiglio di Stato, 28 febbraio 2013, 6 ss.; F. G. SCOCA, *op. cit.*, 270; Id., *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, a cura di, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, 259-285; M. BUQUICCHIO, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in G. TESAURO, a cura di, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 362 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 186 ss.; R. CHIEPPA, *Il differente controllo del Giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, VII colloquio italiano-spagnolo, Milano, 2009, 91 ss.; M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione Europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 79-109; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 123-148; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, n. 2, 2017.

⁵⁹ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 46; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 308.

Nella seconda fase, dopo aver escluso la natura giurisdizionale o quasi giurisdizionale dell'Autorità indipendente e asserita la sua natura amministrativa (cfr. Corte di Cassazione, I Sez. Civ., sentenza n. 7341/2002), si è affermata la necessità di esperire il vaglio giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in ragione del principio che ogni potere deve avere il suo giudice e del fatto che il controllo giudiziale è la *condicio sine qua non* al fine di garantire la compatibilità costituzionale di tale Autorità, a causa della totale assenza di controlli politici ed amministrativi sul suo operato. In seguito si è stabilito che tale materia compete alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: art. 133, c. 1, lettera l), d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

A questo punto la *quaestio* si è spostata sul *quomodo*, cioè sull'intensità che il sindacato giurisdizionale deve avere sui provvedimenti dell'AGCM.

All'interno della seconda fase si possono distinguere due momenti, il cui *discrimen* è rappresentato dalla pronuncia n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, approfondita nell'arresto n. 550 del 2007 del Consiglio di Stato, che ha sancito la necessità che il sindacato del giudice amministrativo assicuri il principio di effettività della tutela giurisdizionale (nello stesso senso anche la sentenza n. 597 del 2008 del Consiglio di Stato).

Prima della sentenza n. 204/04, si delinea un controllo estrinseco del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'*Antitrust* ed un accertamento della loro eventuale illegittimità in base alle figure sintomatiche dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere. Secondo la dottrina in linea con questo orientamento, «il sindacato giurisdizionale deve essere in grado di sottoporre al vaglio la razionalità esterna, cioè il modo in cui l'amministrazione ha voluto integrare e sviluppare la norma, senza però assorbire del tutto le valutazioni, senza, cioè, incidere su quelle che si sono definite le ragioni ultime dell'amministrazione (salvaguardate, appunto, anche dalla formula debole del controllo sulla discrezionalità tecnica)»⁶⁰. Si aggiunge, poi, che si vuole così escludere «un potere sostitutivo dell'organo giurisdicente tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità»⁶¹. Per esemplificare questo tipo di controllo, la dottrina «rinvia alle Corti inglesi, le quali, a proposito del sindacato sulla *unreasonableness*, precisano che i giudici possono interferire solo ove la decisione di un'autorità amministrativa sia così irragionevole che nessuna autorità ragionevole l'avrebbe adottata; sicché i giudici vengono a pronunciarsi non già su quello che un'autorità ragionevole farebbe, ma su ciò che nessuna autorità ragionevole potrebbe fare»⁶².

⁶⁰ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 268.

⁶¹ F. CARINGELLA, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell'autorità antitrust*, in *Il controllo del Giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, cit., 170.

⁶² F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 269.

Al fine di distinguere il sindacato di ragionevolezza da quello di opportunità, si sostiene che, non essendo ravvisabile una sola scelta ragionevole quando vengono compiute dall'*Authority* delle valutazioni in base a regole tecniche opinabili, in quanto appartenenti a scienze non esatte⁶³, il giudice è chiamato soltanto ad appurare se quella effettuata dall'AGCM rientra tra “le scelte possibili e ragionevoli” in quella determinata fattispecie.

In un primo momento, dunque, la giurisprudenza e la dottrina hanno optato in linea generale per l'insindacabilità delle valutazioni tecniche, ammettendo solo un controllo estrinseco sull'atto ed un accertamento della sua eventuale illegittimità in base alle figure sintomatiche dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

Questa configurazione del sindacato giurisdizionale è stata oggetto di numerose critiche, in quanto si riteneva insufficiente il tipo di cognizione del sindacato di legittimità limitato all'aspetto estrinseco dei provvedimenti dell'Autorità *antitrust*.

La seconda sottofase è iniziata con la pronuncia n. 204/2004 della Corte Costituzionale. E l'esigenza di un sindacato penetrante sugli atti dell'*Antitrust* affiora nella sentenza n. 926/2004 del Consiglio di Stato, in cui si afferma la necessità che «il sindacato giurisdizionale sia oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie *antitrust*, si estenda sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati al caso in esame)». Tuttavia, nonostante ciò, il giudice, dopo aver verificato i fatti e le valutazioni effettuate dall'*Authority* in base a regole tecniche, se ne ritiene corrette le valutazioni, non può sostituirle con le proprie, perché, altrimenti, assumerebbe la “titolarità del potere”.

Sempre secondo il Consiglio di Stato, dal momento che il sindacato giurisdizionale deve essere pieno ed effettivo e in grado di mettere il giudice amministrativo nella condizione di vagliare in modo approfondito l'operato dell'AGCM, è opportuno che l'organo giurisdicente possa avvalersi anche della consulenza tecnica d'ufficio, *ex art. 67 c.p.a.*, ribadendo, però, che la valutazione del giudice si affianca a quella dell'Autorità Garante, ma non può sostituirsi ad essa.

La cognizione così esercitata dal g.a. non prevede limitazioni al campo d'indagine, in coerenza con il principio di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale riaffermato dal Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). L'effettività della tutela è assicurata solo quando il giudice effettua un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione: «la tutela giurisdizionale,

⁶³ Quando si ricorre ai mezzi delle “scienze esatte”, che permettono una sola soluzione, il provvedimento amministrativo si configura come “accertamento tecnico”.

per essere effettiva, non può, infatti, limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco»⁶⁴. In sostanza il giudice «può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto di indagine ed il processo valutativo mediante il quale l’Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, anche utilizzando le scienze specialistiche appartenenti all’Autorità. Una volta ritenute applicate correttamente tali regole, il sindacato del giudice deve però necessariamente arrestarsi, non potendo consistere in una reiterazione del procedimento Antitrust»⁶⁵.

Si delinea, così, un diverso regime tra:

- il sindacato “intrinseco, pieno e penetrante”, ma non sostitutivo sui provvedimenti dell’AGCM⁶⁶: il g.a. può accedere direttamente al fatto, anche mediante la c.t.u.⁶⁷, ma non sostituirsi ad essa, al fine di rispettare la scelta del legislatore di affidare la tutela della concorrenza ad un’Autorità amministrativa specializzata; al giudice è consentito censurare la delimitazione del mercato rilevante effettuata dall’*Antitrust* se la ritiene inattendibile, ma non individuarla direttamente;
- un sindacato intrinseco più penetrante, forte o sostitutivo sulle sanzioni. Per quanto concerne la valutazione del *quantum* sanzionatorio, il giudice amministrativo, infatti, ha una giurisdizione di merito, ai sensi dell’art. 134, lettera c), c.p.a. Sul punto, parte della dottrina osserva che il controllo del G.A. dovrebbe essere più intenso anche sui presupposti sanzionatori, dal momento che solo così sarebbe possibile giustificare l’intervento penetrante, fino ad essere non solo modificativo, ma, addirittura, di annullamento, sulla misura della sanzione. Di conseguenza, proprio per la stretta connessione tra il momento dell’accertamento dell’abuso e la fase di comminazione della sanzione, se viene data la possibilità all’organo giudiziale di modificare la sanzione, è necessario che possa eseguire una fase precedente di cognizione penetrante in modo, poi, da poter motivare l’aumento, la diminuzione o l’estinzione del *quantum* sanzionatorio.

⁶⁴ Consiglio di Stato, VI Sez., 10 febbraio 2008, n. 597 e Consiglio di Stato, VI Sez., 2 marzo 2004, n. 926. Sul controllo degli atti delle Autorità amministrative indipendenti, cfr. R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2004.

⁶⁵ Consiglio di Stato, VI Sez., sentenza 15 maggio 2017, n. 2479, § 5.

⁶⁶ Secondo il Consiglio di Stato, VI Sez., sentenza 8 febbraio 2007, n. 515, poiché il g.a. può sindacare senza alcun limite le valutazioni tecniche fatte dall’Autorità, «il sindacato del Giudice amministrativo è [quindi] pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, potendo il Giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame».

⁶⁷ Per un approfondimento sulla c.t.u. e la necessità di un ampliamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo, cfr. M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in www.ildirittoamministrativo.it/allegati/sandulli_ctu.pdf; C. DEODATO, *op. cit.*, pp. 17-18.

3.1. Il sindacato del G.A. e i parametri CEDU

Il sindacato “intrinseco”, comprensivo anche delle valutazioni tecniche, e “forte”, cioè avente la possibilità di sostituire la misura, esercitato dal giudice amministrativo nazionale è perfettamente compatibile con l’art. 6, § 1, CEDU.

Questa impostazione è anche in linea con quella dell’ordinamento europeo: il Regolamento n. 2003/01/CE attribuisce, infatti, ai sensi dell’art. 31, al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia la competenza giurisdizionale «anche di merito» sui ricorsi presentati contro le decisioni sanzionatorie della Commissione, accordando loro il potere di «estinguere, ridurre o aumentare l’ammenda».

Questo orientamento è stato ribadito e, per così dire, “consacrato” di recente, in attuazione della direttiva 2014/104/UE, dall’art. 7 del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3⁶⁸: «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».

3.2. La sentenza *Menarini*

Si può ora passare all’esame della sentenza *Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, 27 settembre 2011: qui la Corte EDU affrontato tema della effettività del sindacato giurisdizionale con riferimento all’attività di un’Autorità indipendente nazionale.

I fatti all’origine del ricorso: la società Menarini era stata condannata dall’AGCM nel 2003, ai sensi dell’art. 2 della legge n. 287/1990, per pratiche anticoncorrenziali relative ad «intese restrittive della libertà di concorrenza», ad un’ammenda di 6 milioni di euro⁶⁹. Dopo aver esperito – senza successo – i rimedi giurisdizionali presso la giurisdizione italiana⁷⁰, la società aveva adito la Corte EDU, presentando ricorso contro lo Stato italiano e lamentando, ai sensi dell’art. 34 CEDU, la mancanza di «piena giurisdizione» del giudice amministrativo nell’ordinamento giuridico nazionale, ponendo il problema dell’intensità del sindacato giurisdizionale nei confronti degli atti, dei provvedimenti e delle sanzioni comminate dall’Autorità *antitrust*. La casa farmaceutica, infatti, ha sollevato il problema di non aver

⁶⁸ Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea.

⁶⁹ Sul fine teleologico dell’ammenda, la Commissione europea è solita ribadire che “la finalità delle ammende è duplice: imporre una sanzione pecuniaria alle imprese per l’infrazione e prevenire la ripetizione dell’illecito”. Negli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’art. 23, § 2, lettera a), del Regolamento CE n. 1/2003, si legge che «le ammende devono avere un effetto sufficientemente dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico), ma anche dissuadere altre imprese dall’assumere o dal continuare comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 [ora artt. 101 e 102 TFUE] del trattato (effetto dissuasivo generale)».

⁷⁰ TAR Lazio, sent. 3 dicembre 2003, n. 2717; Consiglio di Stato, VI Sez., sentenza 16 marzo 2006, n. 1397; Cass., s.u., sent. 17 marzo 2008, n. 7063.

avuto accesso ad un tribunale idoneo a soddisfare le garanzie di cui all'art. 6, § 1, CEDU, ai sensi del quale «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente [...] da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi [...] sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti», in quanto sia il TAR che il Consiglio di Stato si sarebbero limitati, nel suo caso, ad un vaglio giurisdizionale debole, circoscritto sostanzialmente alla legittimità, senza entrare nel merito.

La Corte di Strasburgo ha affrontato preliminarmente la questione della ricevibilità del ricorso presentato dalla Menarini attinente l'applicabilità dell'art. 6, § 1, CEDU, relativo alla possibile natura “penale” delle sanzioni irrogate dall'AGCM⁷¹, dal momento che il Governo italiano aveva sollevato sul punto la pregiudiziale di irricevibilità del ricorso, asserendo che le decisioni dell'*Authority*, a livello nazionale, rientrano tra le “sanzioni amministrative” e non tra quelle “penali”, ai sensi della legge n. 287 del 1990.

La Corte ha risolto la *quaestio* tramite l'applicazione dell'orientamento, consolidatosi a partire dal *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi*, in base al quale, al fine di stabilire la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre tenere presenti tre criteri, i c.d. “criteri Engel”, che riguardano la qualificazione giuridico-formale dell'infrazione data dal diritto interno, la natura dell'infrazione, la natura e il grado di severità della sanzione⁷². Alla luce di questi “parametri”, alternativi e non cumulativi, affinché si possa parlare di “accusa in materia penale”, ai sensi dell'art. 6 § 1, è sufficiente che l'infrazione sia di natura penale rispetto alla Convenzione o abbia esposto il ricorrente a una sanzione che, “per natura e livello di gravità”, rientri nell'ambito della materia penale.

Sulla base dei tre criteri menzionati, i giudici di Strasburgo hanno considerato come “pena” la sanzione amministrativa comminata dall'*Antitrust* alla Società Menarini, dal momento che il primo criterio, la qualificazione data dal diritto interno, è il meno importante di essi. Decisivi si sono rivelati, invece, gli altri due criteri: la Corte ha ritenuto, infatti, che il carattere “penale” della sanzione derivasse dalla natura della norma violata, tesa a tutelare la libera concorrenza sul mercato, uno degli interessi generali della società, e dal fatto che la sanzione fosse stata investita della stessa funzione che tradizionalmente viene affidata dalle norme penali e, cioè, che la misura adottata dall'AGCM avesse una duplice finalità: repressiva e preventiva. Anche l'elevato quantum sanzionatorio, per la Corte, conferma l'applicabilità dell'art. 6, § 1, CEDU.

⁷¹ Sul punto è importante sottolineare che «nella prospettiva della Corte EDU, la qualificazione in senso “penalistico” dei provvedimenti [...] rileva sotto il profilo delle garanzie procedurali (e processuali)» ma «non assume implicazioni dal punto di vista delle finalità sostanziali della sanzione. È considerata “penale”, a questi fini, qualsiasi sanzione che determini un sacrificio particolarmente grave e significativo per il destinatario»: P. LAZZARA, *op. cit.*

⁷² Cfr. Corte EDU, sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82.

L'orientamento della giurisprudenza CEDU è chiaramente determinato da una visione sostanzialistica, che si basa sul “tono di afflittività della sanzione”, e ricomprende tutte quelle sanzioni amministrative, previste dal nostro ordinamento, che, “per natura e livello di gravità”, rientrano nell’ambito della materia penale, indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto interno⁷³.

Dalla possibile natura “penale” delle sanzioni irrogate dalle *Authorities* discendono importanti conseguenze, in particolare l’applicazione, all’interno del diritto amministrativo, di principi penalistici come la necessità del giusto processo e il divieto del *ne bis in idem*.

In seguito la Corte ha analizzato il procedimento amministrativo in sé e l’operato dei giudici amministrativi nazionali⁷⁴.

In particolare, la Corte, nel considerare l’attività svolta dai giudici italiani, ha evidenziato come essi avessero valutato in modo approfondito gli elementi di fatto e di diritto posti alla base della sanzione, l’uso dei poteri discrezionali dell’AGCM in relazione al caso concreto e l’adeguatezza e la proporzionalità della sanzione irrogata.

Dopo aver verificato che il controllo effettuato dai giudici del TAR e del Consiglio di Stato sulla decisione dell’*Antitrust*, in virtù della giurisdizione estesa al merito, aveva soddisfatto il criterio di “piena giurisdizione”, la Corte ha escluso la violazione dell’art. 6 § 1 e ha rigettato il ricorso presentato dalla *Menarini*, ritenendo adeguato, in linea di principio, il sistema italiano di *enforcement* del diritto della concorrenza.

3.3. Un sindacato *deferential* verso l’Agcm? L’opinione dissenziente di Pinto de Albuquerque

Merita un approfondimento – anche in ragione del dibattito che ne è seguito - la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque a *Menarini*.

I giudici amministrativi italiani non avrebbero esercitato un potere di controllo dotato di «piena giurisdizione» (*full jurisdiction*) sulla decisione di condanna adottata dall’AGCM, in quanto si erano limitati a ripercorrerne le motivazioni, vagliando formalmente gli argomenti della ricorrente, senza effettuare la valutazione autonoma, concreta e dettagliata della fattispecie prevista dall’art. 6 § 1. In

⁷³ F. GOISIS, *Garanzie procedurali e convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1343.

⁷⁴ La Corte EDU sottopone i casi dei ricorsi ad essa presentati ad uno scrutinio, che «si svolge sostanzialmente in due momenti. Il primo postula una verifica del procedimento in sé, al fine di accertare se esso corrisponde ai requisiti indicati all’art.6, par.1[...]. Il secondo, che si innesta solo quando il primo abbia avuto esito negativo nel segno della difformità della CEDU, guarda al processo che fosse eventualmente previsto dall’ordinamento nazionale per l’impugnazione della decisione sanzionatoria presa in sede amministrativa. Infatti, gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione hanno sì la possibilità di devolvere l’applicazione di sanzioni *penali* anche ad autorità amministrative, col rischio che queste eventualmente operino senza rispettare tutti i canoni del giusto processo. Tuttavia, in questo caso, per evitare l’infrazione alla Convenzione, si deve garantire all’interessato un processo di *piena* giurisdizione per la revisione della decisione amministrativa»: F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, 542.

sostanza i giudici italiani si erano posti in una posizione *deferential* rispetto all'Autorità *antitrust*, dal momento che le sue valutazioni erano state oggetto di un sindacato estrinseco⁷⁵. Secondo il giudice portoghese il sistema giudiziale nazionale in sé non sarebbe conforme all'art. 6 § 1 e presenterebbe gravi problemi dal punto di vista della separazione dei poteri e del principio di legalità per quanto concerne le sanzioni.

In primo luogo, egli ritiene che l'insufficienza di un controllo di mera legittimità sia confermato dal disposto dell'art. 31 del Regolamento n. 1/2003 CE, che definisce il grado del sindacato della CGUE nei confronti delle decisioni con le quali la Commissione irroga sanzioni alle imprese per violazioni degli artt. 101 e 102 del TFUE⁷⁶, perché esso conferirebbe alla Corte di Giustizia una giurisdizione di merito sull'intera decisione che determina l'ammenda e non solo sulla sanzione.

In secondo luogo, richiama l'art. 134 del Codice del processo amministrativo italiano⁷⁷, che, attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione estesa al merito con riferimento alle sanzioni pecuniarie, comprese quelle irrogate dalle Autorità indipendenti, ha adeguato l'ordinamento italiano allo *standard* previsto dall'art. 6 § 1.

Ritiene, inoltre, che, se si interpretano gli artt. 31 del Regolamento CE e 134 del c.p.a. nel senso che tali norme conferiscono all'organo giudiziale piena giurisdizione di merito solo sulla sanzione e non anche sulla decisione nel suo complesso, essi sarebbero in contrasto con l'art. 6 § 1.

Questi rilievi assumono le caratteristiche di «una critica generale all'intero sistema» vigente in Italia relativamente al controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'*Antitrust* connotate da discrezionalità tecnica.

Le osservazioni del giudice Pinto sono state oggetto, a loro volta, di numerose critiche: è stato osservato che, di regola, la giurisdizione del g.a. «si attegga nei termini di una (evoluta) giurisdizione di legittimità, perché presuppone che sia in gioco il sindacato su un potere pubblico [...]. A parte 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. La giurisdizione di merito è invece ristretta, per opinione consolidata della giurisprudenza, al tema della quantificazione

⁷⁵ Nel nostro ordinamento la legge n. 287/1990 conferisce all'Autorità *antitrust*, in ragione della discrezionalità tecnica, il potere di specificare i contenuti delle norme, che contengono concetti giuridici indeterminati, prima di utilizzarle concretamente nelle valutazioni tecniche e nell'assunzione dei provvedimenti ritenuti opportuni. Dato che il contenuto delle norme che definiscono l'infrazione non è determinato dal legislatore ma dall'AGCM, per il giudice portoghese il semplice controllo debole sulle sue valutazioni tecniche opinabili da parte del giudice amministrativo comporterebbe una notevole riduzione delle garanzie per i singoli.

⁷⁶ Secondo l'art. 31 «La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata».

⁷⁷ L'art. 134 prevede: «Il Giudice amministrativo esercita con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del Giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti».

della sanzione. Il giudizio resta così impugnatorio e basato sull'attacco alla decisione amministrativa sulla scorta di alcuni vizi-motivi. Il sindacato è pertanto non sostitutivo, *perché esiste pur sempre una riserva di amministrazione legata ad una sfera di merito*⁷⁸. Non sarebbe dunque corretto qualificare il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM come “deferente”, in quanto «il controllo di ragionevolezza e proporzionalità sulle sanzioni *antitrust*, secondo l'ordinamento italiano e secondo il “diritto vivente” giurisprudenziale, postula una cognizione piena, una ripetizione e analisi di tutto il procedimento cognitivo e valutativo dell'Autorità»⁷⁹.

Un'altra critica riguarda l'affermazione che il controllo debole sulle valutazioni tecniche opinabili dell'AGCM da parte del g.a. sia dovuto al fatto che soltanto l'Autorità *antitrust* ha il potere di applicare alle fattispecie concrete le norme contenenti concetti giuridici indeterminati e che il giudice amministrativo non può sostituire la propria autonoma decisione a quella assunta dall'*Authority* con il provvedimento impugnato. Sul punto viene osservato che non è vero che l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati sia sottratta al controllo giurisdizionale, perché il giudice «è solito entrare in modo molto analitico nella ponderazione dei requisiti di fattispecie alla luce dei fatti emersi nel procedimento», come «non è del tutto esatto che il giudice non gode “di alcun potere di controllo sulle valutazioni di merito fatte dall'amministrazione”, perché il predetto controllo di ragionevolezza e proporzionalità tocca direttamente le questioni opinabili [...] ed è capace (anzi deve) sviscerarle completamente. Esso lambisce il merito, e persino lo “vigila” nella misura in cui ne prende esame»⁸⁰.

In sostanza viene ribadito che il giudice amministrativo nazionale opera un sindacato pieno relativamente alla valutazione dei fatti, anche se non attua «una completa ripetizione dell'istruttoria e dell'analisi svolta dall'Autorità, con la formulazione di un giudizio finale indipendente da quello fatto da AGCM»⁸¹, come vorrebbe il giudice Pinto, tanto che solo limitatamente a questo aspetto ha senso affermare che l'ordinamento italiano non esercita la *full jurisdiction*.

Nonostante le critiche che possono essere rivolte a taluni svolgimenti contenuti nella opinione dissenziente qui richiamata, occorre comunque riconoscere che essa ha richiamato l'attenzione su una serie di questioni di estrema rilevanza sistemica: sia per la piena tutela delle posizioni individuali, sia per il complessivo equilibrio dei poteri pubblici: ed invero, l'autorità giurisdizionale rientra a pieno titolo nel sistema dei *checks and balances*; essa rappresenta un limite al potere esercitato dall'Autorità, soggetto pubblico che già è sottratto - in ragione della sua posizione d'indipendenza - al controllo governativo e

⁷⁸ F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit.: corsivo ns.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*. Sulla stessa linea la sentenza n. 2479/2015 del Consiglio di Stato, che esclude la possibilità di «una reiterazione o rinnovazione, punto per punto, degli accertamenti di fatti svolti dalla istruttoria dell'Autorità, nonché dei vari passaggi logici» (§ 5).

a quello parlamentare. Di qui l'importanza delle recenti acquisizioni giurisprudenziali in ordine al carattere pieno, intrinseco e penetrante del controllo del g.a. sugli atti dell'Autorità, che assume, altresì, ambito sostitutivo nel sindacato “di merito” sulle sanzioni comminate dall'*Authority*, ai sensi dell'art. 134 c.p.a.

Questo punto di equilibrio giurisprudenziale è ribadito anche nella sentenza n. 1103/2014 delle Sezioni Unite della Cassazione. Posta dinanzi alla questione se il controllo intrinseco debole potesse essere qualificato come un diniego di giurisdizione, la Cassazione ha risposto in maniera negativa, riaffermando la validità di tale tipo di vaglio giurisdizionale, in quanto, consentendo il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la c.t.u., impedisce soltanto l'esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri sostitutivi⁸².

Secondo la dottrina, questa sentenza sembra recuperare «l'orientamento emerso nei primi anni 2000 in seno al Consiglio di Stato [sent. 926/2004] che aveva sostenuto la necessità di abbandonare la dicotomia sindacato “debole” e “forte”, per accedere alla nozione di “sindacato effettivo”, per cui ciò che rileva non è la qualificazione del controllo come forte o debole, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie ed in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia *antitrust*, ma di verificare se il potere a tal fine attribuito all'Autorità *antitrust* sia stato correttamente esercitato»⁸³.

3.4. La sentenza *Grande Stevens* e il principio dell'equo processo

Il diritto fondamentale di accesso pieno ad un tribunale indipendente ed imparziale è stato messo in luce dalla sentenza della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, che, per la prima volta, ha affermato che l'ordinamento giurisdizionale italiano non ha garantito il “giusto processo” previsto dall'art. 6, § 1, CEDU⁸⁴.

I fatti all'origine del ricorso: i ricorrenti, sigg. Franzo Grande Stevens, Gianluigi Gabetti e Virgilio Marrone e le società Exor S.p.a. e Giovanni Agnelli & C. S.a.s., erano stati sottoposti ad un procedimento dinanzi alla CONSOB per aver manipolato il mercato (artt. 185 e 187 *ter* del d. lgs. n. 58 del 1998, come modificato dalla legge n. 62 del 2005) mediante la diffusione al pubblico di comunicati non veritieri idonei a determinare un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT. Al

⁸² Lo stesso orientamento lo ritroviamo, *ex multis*, anche nel *supra* citato art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

⁸³ V. ROMANO, *L'intensità del sindacato del Giudice amministrativo sulle sanzioni inflitte dalle Autorità amministrative indipendenti alla luce della sentenza resa a sezioni unite il 20 gennaio 2014, n. 1103*, in *Ratio iuris.it*.

⁸⁴ In questa fondamentale sentenza risulta di rilievo anche la riscontrata violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto i ricorrenti erano stati sottoposti anche ad un processo penale per gli stessi fatti, aspetto che, però, esula da questo contributo.

termine del procedimento erano state loro comminate pesanti sanzioni pecuniarie e pene accessorie. Dopo la condanna, essi avevano proposto ricorso dinanzi alla Corte d'Appello di Torino e denunciato che il regolamento della CONSOB non rispettava il principio del contraddittorio. La Corte aveva ridotto ad alcuni ricorrenti l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate e ad un ricorrente la durata della pena accessoria, ma aveva affermato che il principio del contraddittorio era stato rispettato.

A questo punto, i ricorrenti, lamentando l'assenza di contraddittorio nella fase istruttoria dinanzi alla CONSOB, avevano proposto ricorso per Cassazione, che lo aveva rigettato.

Al termine dell'*iter* giudiziario interno, nel 2010 i ricorrenti avevano adito la Corte EDU, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, lamentando che, *ex art. 6, § 1, CEDU*, il procedimento dinanzi alla CONSOB non era stato equo per mancanza di imparzialità ed indipendenza di tale organo.

Per quanto concerne la questione se i ricorrenti avessero avuto accesso ad un tribunale con piena giurisdizione, la Corte di Strasburgo ha premesso, innanzitutto, che la CEDU non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia imposta in prima istanza da un'Autorità amministrativa anche in assenza di tutte le garanzie procedurali previste dal c.d. giusto processo, ma richiede che la decisione, se non soddisfa le condizioni dell'articolo 6 § 1, debba essere successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione.

Nel caso in esame, i ricorrenti avevano contestato le sanzioni inflitte dall'*Authority* dinanzi alla Corte d'Appello di Torino e alla Corte di Cassazione, ma ritenevano che i due processi non avessero sanato le carenze del procedimento dinanzi alla CONSOB, dal momento che la Corte d'Appello, pur essendo un organo dotato di piena giurisdizione, aveva tenuto udienza in Camera di Consiglio, mentre la Corte di Cassazione, che aveva tenuto udienza pubblica, non è un organo dotato di piena giurisdizione.

La Corte EDU ha accolto le tesi delle parti ricorrenti, dal momento che, attenendosi al contenuto degli atti ufficiali del procedimento, era giunta alla conclusione che dinanzi alla Corte d'Appello di Torino non si era svolta alcuna udienza pubblica, fatto che non aveva consentito alle parti di presenziare e di esercitare il diritto di difesa, e che un'udienza pubblica si era tenuta dinanzi alla Corte di Cassazione, che, però, dovendo vagliare soltanto i vizi di legittimità senza poter entrare nel merito della vicenda processuale, non può essere considerata, ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU, un organo dotato di piena giurisdizione.

In un secondo momento la Corte EDU «ha preso in attenta considerazione i caratteri del procedimento guidato dalla Consob in materia di abusi di mercato *ex art. 187 septies TUF*» e «si è soffermata su una serie di possibili contrasti con i requisiti del giusto processo. L'esito dell'accertamento è che effettivamente il procedimento Consob, così come disciplinato nei rispettivi regolamenti e così come in

concreto svolto, secondo la Corte non corrisponde agli *standard* richiesti dall'art. 6, par. 1, CEDU»⁸⁵. Infatti la Corte EDU ha rilevato numerose violazioni del procedimento CONSOB dovute al mancato rispetto delle forme e delle garanzie procedurali previste dall'equo processo e alla mancata imparzialità e terzietà del giudice⁸⁶.

In particolare la Corte ha reputato che il procedimento davanti alla CONSOB non avesse soddisfatto «tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale»⁸⁷.

Il difetto del contraddittorio si è sostanziato nel fatto che «il rapporto che conteneva le conclusioni dell'ufficio sanzioni, destinato a servire poi da base alla decisione della commissione, non è stato comunicato ai ricorrenti che non hanno dunque avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della CONSOB all'organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse. Inoltre, gli interessati non hanno avuto la possibilità di interrogare o di far interrogare le persone»; «il procedimento dinanzi alla Consob era essenzialmente scritto e che i ricorrenti non hanno avuto la possibilità di partecipare all'unica riunione tenuta dalla commissione, alla quale non erano ammessi»⁸⁸.

Per quanto riguarda la «questione di stabilire se la CONSOB fosse un tribunale indipendente e imparziale», la Corte ha ritenuto che, per quanto riguarda l'aspetto soggettivo, la CONSOB sia un'autorità imparziale e indipendente, al contrario la Corte ha ritenuto che, pur prevedendo il regolamento della CONSOB «una certa separazione tra organi incaricati dell'indagine e organo competente a decidere sull'esistenza di un illecito e sull'applicazione della sanzioni»⁸⁹, il fatto che l'ufficio che cura l'istruttoria, l'ufficio sanzioni e la commissione che decide le sanzioni non siano che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di un stesso presidente, non assicura l'imparzialità oggettiva, in quanto in materia penale il cumulo fra funzioni istruttorie e di giudizio in seno alla stessa istituzione non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'art. 6, § 1, CEDU⁹⁰.

⁸⁵ F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit.

⁸⁶ Sul punto la Corte ha osservato che «le violazioni [...] sussistono e possono essere “superate” solo qualora sia garantito, in concreto, un controllo di giurisdizione piena in una posteriore fase processuale, che nel caso in questione non era stato assicurato»: *ibidem*.

⁸⁷ Corte EDU, sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 123.

⁸⁸ Ivi, §§ 117, 118.

⁸⁹ Ivi, § 136.

⁹⁰ Sul punto, cfr. B. NASCIMBENE, *Le sentenze Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, in *www.eurojus.it*, 11; F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit.

Da questi rilievi della Corte sono sorti sulla legittimità del regolamento CONSOB dal momento che esso disciplina un procedimento che non rispetta l'art. 6, § 1, CEDU. Tuttavia, la giurisprudenza nazionale⁹¹ ha accolto la tesi che, esistendo un controllo di piena giurisdizione affidato alla Corte d'appello sulle sanzioni irrogate dalla Consob nei procedimenti per *market abuse*, non vi sarebbe alla fine violazione della CEDU⁹². E tuttavia è difficile negare che resta aperta l'esigenza di una migliore articolazione procedimentale nel senso della distinzione – indicata dalla Corte EDU – tra gli uffici incaricati dell'indagine e l'organo che decidere sull'esistenza dell'illecito e sull'applicazione della sanzioni; questione che si pone – com'è evidente - anche per i procedimenti innanzi alla Agcm.

4. Effettività della tutela ed efficacia dell'azione *antitrust*

Gli svolgimenti della giurisprudenza nazionale ed europea, sopra richiamati, sono segni eloquenti di una difficile ricerca di un punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: l'efficacia dell'azione antitrust e la stabilità dei suoi orientamenti, anche a fini di deterrenza, porta con sé una istanza di salvaguardia degli spazi di valutazione tecnica; da qui il limite al sindacato sostitutivo del g.a.; dall'altro, la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dell'individuo⁹³ sarebbe però limitata da un controllo *deferential*.

Il sindacato effettuato dalla Corte di Giustizia dell'UE sugli atti della Commissione può essere assunto quale modello di «sindacato pieno sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme sulla concorrenza, con il solo limite delle valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione, rispetto alle quali il sindacato deve arrestarsi alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere»⁹⁴.

A suggello del percorso giurisprudenziale sopra richiamato, l'art. 7 del già citato d.lgs. n. 3/17 ricomprende espressamente nel sindacato giurisdizionale la verifica *diretta* dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata; il sindacato 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 (corsivo ns.).

Può dirsi allora abbandonata la distinzione tra controllo forte e debole: il modello nazionale di sindacato giurisdizionale appare in linea con quello dell'UE⁹⁵.

⁹¹ Cfr., in particolare, le sentenze TAR Lazio, Sez. II, 27 novembre 2014, n. 11887 e Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

⁹² F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit.

⁹³ In generale si veda G. TESAURO, a cura di, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, cit.

⁹⁴ M. BUQUICCHIO, *op. cit.*, 362.

⁹⁵ V., fra le varie, Cons. Stato, sentenza n. 515/2007, cit.; VI Sez., sentenza 29 settembre 2009, n. 5854: il vaglio giurisdizionale «si estende sino al controllo dell'analisi economica (o di altro tipo) compiuta dall'Autorità,

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il principio dell'efficacia dell'azione *antitrust* sono allora da valorizzare entrambi in un'ottica di necessaria coesistenza: «va di volta in volta trovato un *punto di equilibrio in relazione alla fattispecie concreta*, tra l'esigenza di garantire effettività e pienezza alla tutela giurisdizionale [...] e, dall'altro canto, l'esigenza di evitare che il giudice sia portato ad esercitare il potere spettante all'Autorità»⁹⁶.

Per concludere, due ultime considerazioni.

Risulta importante, per garantire l'efficacia dell'azione dell'Autorità Garante, che gli organi di giustizia amministrativa diano il loro contributo essenziale alla “certezza” (più realisticamente, alla “prevedibilità”) del diritto, tramite orientamenti coerenti e stabili, idonei a porre criteri d'azione affidabili per l'Autorità e per gli operatori interessati⁹⁷.

Infine è opportuno ricordare che l'effettività della tutela giurisdizionale vale a “compensare” a livello di sistema eventuali criticità o inadeguatezze della struttura del procedimento innanzi alla Agcm. La Corte EDU non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia imposta da un'Autorità amministrativa, ma richiede che la decisione, se non soddisfa le condizioni dell'articolo 6 § 1, debba essere successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione: la violazione dell'art. 6 par. 1 è “sanata” o comunque “compensata” dal controllo giudiziale. Tuttavia, come è stato osservato⁹⁸, anche in caso di esito favorevole per il ricorrente, «non sempre può dirsi che il controllo processuale sia in grado *ex post* di ristabilire a beneficio dell'impresa la situazione anteriore alla sanzione»: la sanzione dell'*Authority* - che, oltre a prevedere una sanzione pecuniaria, contenga anche una «diffida che incide su comportamenti di mercato» - è immediatamente esecutiva; la sentenza del giudice amministrativo viene emessa spesso dopo molti mesi; durante questo lasso di tempo l'impresa, oltre alle conseguenze economiche derivanti dalla sanzione pecuniaria, è costretta a sopportare anche altre pesanti e spesso irreversibili conseguenze, derivanti dal dover adottare, ad esempio, comportamenti poco “aggressivi” nel mercato e da danni di immagine o, nel caso

potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame». Con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferita ai c.d. “concetti giuridici indeterminati”, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi a 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».

⁹⁶ Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, § 5.

⁹⁷ La certezza del diritto è indice di affidabilità del sistema e le interpretazioni difformi delle norme devono essere evitate, in quanto, se, all'interno di un sistema giurisdizionale a rete, come quello europeo, «vi sono maglie più deboli, ciò indebolisce l'intera rete con pericolo che in molti tentino di forzarla là dove le maglie sono più deboli»: R. CHIEPPA, *Il differente controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giurisdizionali delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 87.

⁹⁸ F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu*, cit.

di persone fisiche, sempre ad es., dal «divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa» per alcuni mesi⁹⁹.

E allora, proprio nell'ottica di bilanciamento tra le esigenze di tutela del privato e il contrapposto interesse alla prontezza e alla efficacia dell'azione amministrativa, si dovrebbe valorizzare l'indicazione istituzionale che il Consiglio di Stato ha fornito nella sentenza n. 1596 del 2015, rielaborando i principi affermati dalla Corte europea.

Il procedimento sanzionatorio in esame è un procedimento *sui generis* rispetto ai comuni procedimenti amministrativi; esso ha una natura, almeno in parte, paragiurisdizionale. Ciò richiede un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, «che dovrebbe essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco»¹⁰⁰.

⁹⁹ Corte EDU, sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 26.

¹⁰⁰ Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 23 marzo 2015, n. 1596, §§ 22 e 28 s..