

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il giudice e le autorità indipendenti

Roma, Luiss –Ceradi, 29 novembre 2002

Giuliano Fonderico

Novembre 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. Introduzione

I convegni sulle autorità indipendenti sono stati numerosi, al pari delle pubblicazioni che, con impostazioni diverse, hanno affrontato lo stesso tema. Quello che si è tenuto alla Luiss nel novembre del 2002 ha avuto un taglio originale, che lo ha reso particolarmente interessante.

L'argomento specifico su cui i relatori hanno svolto i loro interventi è stato quello del controllo giurisdizionale. A parlare sono stati chiamati autorevoli esponenti della magistratura — civile ed amministrativa — e docenti universitari, questi ultimi in più occasioni impegnati anche nella difesa in processi che coinvolgevano le autorità indipendenti. Ciò ha consentito di disporre di un ventaglio di esperienze in cui la riflessione teorica si è coniugata alla conoscenza diretta della *law in action*. Ed ha altresì permesso di confrontare posizioni provenienti dalle due massime giurisdizioni nazionali coinvolte su questi temi, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato.

È stato peculiare anche il momento in cui si è tenuto il convegno, a ridosso di alcune importanti pronunce giurisdizionale delle corti comunitarie e nazionali. Vi era stata una serie di sentenze con cui il Tribunale di I° grado aveva annullato alcune decisioni della Commissione C.E. in materia di concentrazioni. Anche il Consiglio di Stato si era pronunciato con un'articolata sentenza sulla decisione dell'Antitrust nazionale sul caso assicurazioni. Vi era qualche segnale di ripensamento della decisione che non molto tempo prima lo stesso giudice amministrativo di appello aveva reso sul caso — di non minore rinomanza — che aveva coinvolto i petrolieri.

Si è trattato, insomma, di fare un po' la verifica dello "stato dell'arte" del controllo giurisdizionale sulle autorità indipendenti e, con l'occasione, di tirare le somme di un quadro normativo che, nel disegnare la giurisdizione e nel definire le competenze, ha cominciato a dare i segni di un'eccessiva complessità.

I relatori al convegno sono stati, nell'ordine, Mario Egidio Schinaia, Giuseppe Maria Berruti, Giovanni Verde e Fabio Merusi. A Gustavo Visentini, direttore del Ceradi, e Marcello Clarich, promotore del convegno, è spettato introdurre e condurre il dibattito, offrendo volta per volta ed a ciascuno dei relatori spunti per la discussione.

2. Gli interventi

Mario Egidio Schinaia

L'intervento di Mario Egidio Schinaia ha offerto una lettura di sintesi della giurisprudenza amministrativa del Tar Lazio e del Consiglio di Stato — dei quali Schinaia è stato ed è rispettivamente presidente e presidente di sezione — sui provvedimenti delle autorità indipendenti.

La prima questione affrontata è stata la natura delle autorità, che taluni, in dottrina, avevano avvicinato a quella di organi giurisdizionali o paragiurisdizionali, piuttosto che di amministrazioni. Schinaia ha richiamato le decisioni del giudice amministrativo che — dando soluzioni a questioni di dettaglio — hanno risolto anche il problema di principio, nel senso della natura amministrativa delle autorità indipendenti. Si trattava di decidere, infatti, se a tali autorità fossero o meno applicabili le norme sul procedimento amministrativo o le regole di sospensione feriale dei termini processuali, o ancora i principi processualcivilistici sulle modalità di

assunzione delle prove. Le risposte date dal giudice amministrativo sono state sempre coerenti nel ricondurre le autorità indipendenti nell'alveo delle amministrazioni dello Stato, sia pure tenendole distinte da quelle appartenenti all'apparato governativo.

Tale orientamento non ha impedito al giudice amministrativo di elaborare un corpo di principi e regole originali, che tenessero conto delle peculiarità organizzative e procedurali delle autorità indipendenti. Schinaia ha ricordato le pronunce in tema di attività preistruttoria e di separazione della funzione istruttoria da quella decidente, nonché quelle sul principio di "parità delle armi" tra accusa e difesa. Su quest'ultimo aspetto, i giudici nazionali hanno attinto anche dalla giurisprudenza comunitaria, nel tentativo di definire un punto di equilibrio tra il diritto alla trasparenza del fascicolo accusatorio e le esigenze di riservatezza dei terzi.

Schinaia è poi passato ad esaminare i limiti del controllo che il giudice può esercitare sulle decisioni delle autorità indipendenti. I limiti sono, in termini generali, quelli tradizionali del giudizio di legittimità, per cui il giudice conosce essenzialmente dell'atto e del relativo procedimento, piuttosto che della fattispecie esaminata dall'amministrazione.

Schinaia ha però ricordato come i confini del giudizio di legittimità si siano estesi nel corso degli ultimi anni. Un indirizzo giurisprudenziale iniziato con la sentenza n. 601/1999 del Consiglio di Stato ha riconosciuto la sindacabilità della discrezionalità tecnica, sotto i profili del criterio tecnico e del procedimento applicativo adottati dall'amministrazione. Il legislatore ha poi messo a disposizione del giudice amministrativo nuovi mezzi istruttori, tra cui la consulenza tecnica. Il risultato è che oggi il giudice amministrativo accede direttamente al fatto accertato dall'amministrazione, quando tale operazione dipenda da scienze c.d. esatte, mentre può sindacare

la razionalità e coerenza delle valutazioni tecniche che dipendano da scienze c.d. inesatte, quelle cioè per cui vi sia un tasso più o meno alto di opinabilità (Cons. Stato., sez. VI, nn. 2199 e 5156 del 2002).

L'intervento si è chiuso con una considerazione sulle capacità del giudice amministrativo di adeguare gli strumenti processuali generali alle caratteristiche proprie delle autorità indipendenti e delle attività che esse sono chiamate a svolgere. Taluni hanno sostenuto che risultati migliori potessero essere ottenuti con il ricorso ad un giudice speciale, che si occupasse solo di tale tipo di autorità. Schinaia, pur non rispondendo espressamente sul punto, ha rammentato il rischio che un legame così stretto e stabile tra il giudice e le autorità possa produrre fenomeni, ben noti agli economisti, di reciproca “cattura”.

Giuseppe Maria Berruti

Giuseppe Maria Berruti, Consigliere presso la Corte di Cassazione, ha concentrato il suo discorso sul “disordine” giuridico che caratterizzerebbe il panorama dei controlli giudiziari sulle autorità indipendenti. In parte, tale “disordine” sarebbe inevitabile, in un sistema che, come il nostro, sia incardinato sulla doppia giurisdizione e su criteri di riparto non sempre chiari; in parte, esso dipenderebbe da scelte di ulteriore complicazione compiute, non sempre in modo consapevole, dal legislatore. Il tutto renderebbe oggi assai difficile trovare un momento unitario per l'intera materia.

Berruti ha messo a confronto le discipline applicabili rispettivamente al Garante dei dati personali ed all'Autorità *antitrust*.

Nel primo caso, il provvedimento amministrativo può essere impugnato dinanzi al Giudice ordinario, che ha cognizione di merito, esentata anche dal limite di cui all'art. 4 dell'allegato E, legge n. 2248/1865. La decisione del Tribunale può poi essere portata in Cassazione con ricorso ordinario.

I provvedimenti dell'*Antitrust* – che tutelano l'interesse pubblico alla concorrenza – sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Al giudice ordinario, invece, spettano le ricadute “interindividuali” degli illeciti *antitrust*, per le azioni di nullità e di risarcimento del danno. Berruti ritiene che tale ultima previsione riproduca sul piano processuale la continuità delle norme *antitrust* – applicate nei rapporti interprivati – con quelle civilistiche sulla concorrenza sleale.

I due profili di tutela – dell'interesse pubblico e di quelli privati – hanno momenti di sovrapposizione, per cui è nella logica stessa del sistema che, per le medesime fattispecie concrete, possano essere chiamati a pronunciarsi giudici diversi, ciascuno dei quali adotta modelli di decisione altrettanto differenti (cognizione piena per il giudice civile, cognizione di legittimità per quello amministrativo). Berruti ha esaminato le diverse condotte rilevanti per il diritto *antitrust* – intese, abusi e concentrazioni – ed ha osservato che, in tutti i casi, mancano strumenti di raccordo che possano evitare contraddizioni tra le decisioni del giudice amministrativo e quelle del giudice ordinario.

La preoccupazione di Berruti è che si realizzi una sorta di doppia nomofilachia, una in capo al Consiglio di Stato e l'altra della Cassazione. Il rimedio che viene proposto, a conclusione dell'intervento, è quello di estendere oltre l'ipotesi del difetto di giurisdizione il ricorso alla sezioni unite della Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

Giovanni Verde

Giovanni Verde, ordinario di diritto processuale civile presso la L.u.i.s.s., ha avvertito una preoccupazione eccessiva per la questione della giurisdizione, perché essa non contiene la chiave per risolvere tutti i problemi e perché la sua stessa nozione è, in un certo senso, tautologica, al pari di quella di giudice.

Verde ha osservato che, in ogni caso, vi è il vincolo dell'art. 102 Cost.. Tale norma impedisce l'istituzione di giudici speciali, il che rende per il legislatore più complicata la ricerca di meccanismi efficienti di riparto della giurisdizione.

Le autorità indipendenti rappresenterebbero, da questo profilo, una soluzione per aggirare il problema. Esse sono organismi intermedi, che condividono la funzione di normazione con quella di applicazione delle norme, e che per la loro natura non giurisdizionale sfuggono al limite imposto dall'art. 102 Cost.

Il fatto che il trattamento giurisdizionale delle loro decisioni vari da autorità ad autorità potrebbe dipendere, ad avviso di Verde, da circostanze concrete, come il tipo di disciplina che esse sono chiamate ad applicare.

Verde ha evidenziato che, ad esempio, le fattispecie previste dalla legge n. 675/1996 sono assai dettagliate e che questo può spiegare perché sia stata prevista un'applicazione concorrente della disciplina, da parte del Garante e del giudice ordinario. Nel caso dell'Autorità garante della concorrenza, invece, le fattispecie sono costruite per clausole generali, sicché occorre che l'Autorità medesima le riempi di contenuto con riferimento al caso concreto.

Questa attività sarebbe, per certi versi indispensabile. Riferendosi ad una ipotesi specifica, Verde ha manifestato l'opinione che la dichiarazione di nullità delle intese restrittive debba necessariamente essere pronunciata dall'Autorità garante, alla quale compete in via esclusiva il potere speculare di concedere deroghe al divieto ex art. 2 della legge n. 287/1990.

Fabio Merusi

Fabio Merusi, ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Pisa, ha aperto il suo intervento cercando di trovare un possibile ordine nel riparto di giurisdizione sulle decisioni delle autorità indipendenti. Un simile risultato, ad avviso di Merusi, si può ottenere tornando ai principi generali che disciplinano la materia.

La legge n. 205, da questo punto di vista, avrebbe confermato che laddove esiste un potere vi è la giurisdizione del giudice amministrativo. Se questa è la regola generale, applicabile ad ogni genere di autorità indipendente, secondo Merusi se ne potrebbe anche desumere che la legge n. 205 abbia implicitamente modificato la legge n. 675, proprio sotto il profilo della giurisdizione. Questo primo punto consentirebbe di dare una soluzione unitaria alla giurisdizione sulle autorità indipendenti, che tornerebbe integralmente al giudice amministrativo, secondo il tradizionale schema processuale di legittimità.

Il secondo aspetto di cui Merusi si è occupato è stato quello dei modelli di decisione seguiti rispettivamente dal giudice civile e da quello amministrativo. Merusi ha osservato che il giudizio amministrativo è, di regola, un giudizio di resistenza ed è quindi fisiologico che segua uno schema diverso da quello dei giudizi ordinari. Questo spiegherebbe le

possibili incongruenze che possono rilevarsi, nel caso della normativa *antitrust*, tra le decisioni delle Corti d'Appello, da un lato, e quelle di Tar e Consiglio di Stato, dall'altro lato.

Venendo ai limiti del controllo di legittimità, Merusi ha indicato un primo caso paradigmatico nelle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Rispetto ad esse, per stabilire entro quali confini il giudice possa conoscere direttamente i fatti controversi, occorre partire dai poteri dell'Autorità rispetto al diritto di libertà che si intende tutelare.

L'analisi è più difficile per le autorità indipendenti di regolazione, che in una certa misura "inventano" una concorrenza che altrimenti non ci sarebbe. In tali ipotesi, la misura del controllo giurisdizionale dovrebbe essere anzitutto quella dello sviamento di potere rispetto a fini istituzionali, intendendo questi ultimi con sufficiente rigore.

Merusi ha espresso il timore che, in caso contrario, la funzione di regolazione possa essere esercitata come sarebbe una volta accaduto in un ordinamento sezionale (l'esempio proposto è stato quello della programmazione degli sportelli bancari, che la Banca d'Italia effettuava nel regime anteriore al d.lgs. n. 385/1993). L'esito ultimo sarebbe, per certi versi, paradossale, perché le autorità indipendenti rischierebbero di "tradire" il mercato e di sostituire ad esso una costruzione artificiosa e lontana dai principi di concorrenza.

3. Osservazioni conclusive

Il convegno non ha – come ovvio – dato risposte a tutte le questioni che erano sul tappeto. Ma ha posto numerosi dei problemi con cui

occorrerà confrontarsi nei prossimi anni. I temi sono tanti e qui ci si può limitare ad alcuni esempi.

Restano aperte le questioni legate alla complessità del riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria ed amministrativa, che potrebbero essere oggetto di soluzione nell'ambito del più volte annunciato disegno di legge sulla riforma delle autorità indipendenti. Ad oggi, occorrerebbe aggiungere la considerazione di ulteriori complicazioni processuali che il legislatore ha introdotto anche nell'ambito della medesima giurisdizione. Si potrebbero citare i riti speciali del processo amministrativo o la competenza funzionale delle Corti d'Appello ex legge n. 287/1990, che il legislatore ha definito in modo da lasciare nell'incertezza il trattamento per tutta una serie di azioni civili *antitrust*.

Vi è poi la distinzione tra cura degli interessi pubblici e ricadute interindividuali degli illeciti *antitrust*, evocata in più occasioni dai relatori. Essa è alla base di un orientamento del giudice amministrativo che esclude la legittimazione ad impugnare del denunciante o comunque degli altri soggetti che si assumono lesi dell'illecito concorrenziale.

Si tratta di una posizione che occorrerebbe cominciare a coordinare con la tutela del denunciante riconosciuta a livello comunitario, specie adesso che, con il regolamento C.E. n. 1/2003, è ancora più forte l'esigenza di trovare modelli procedurali omogenei per il diritto nazionale e per quello comunitario.

Un primo confronto su questo punto – sia pure con esiti conservativi – si trova nella recente sentenza del Tar Lazio, sez. I, n. 3861/2003, che ha esteso alla materia delle concentrazioni il principio già affermato per intese ed abusi di posizione dominante. Nel far ciò, il Tar sembra però non avere considerato che la *ratio* elaborata per decisioni a carattere repressivo può

essere trasportata solo a costo di notevoli forzature ad un provvedimento a contenuto autorizzatorio (o grosso modo tale).

Un altro punto più volte affrontato dai relatori è stato quello dei limiti del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

È un problema di ordine più generale, non esclusivo delle autorità indipendenti. Per queste ultime, tuttavia, è ancora una volta più intenso il bisogno di muoversi su binari congruenti con quelli elaborati in ambito comunitario, considerato che è lì che trovano origine buona parte delle discipline nazionali in materia.

Marcello Clarich, in apertura del convegno, ha osservato che le sentenze del Tribunale di I° grado in materia di concentrazioni, nel confronto con le decisioni nazionali, sembrano adottare una tipologia di controllo più penetrante ed analitico, sebbene sempre assimilabile allo schema della verifica di legittimità. In effetti, i giudici amministrativi nazionali, specie quelli di appello, paiono avere qualche difficoltà ad estendere i principi della sentenza n. 601/1999 alle decisioni delle autorità indipendenti. Il Tar Lazio, in un'altra sua recente decisione (la n. 8932 del 2003, su un provvedimento Agcom), ha fissato uno standard abbastanza avanzato. Sarà interessante osservare se la pronuncia reggerà ad un eventuale appello al Consiglio di Stato.