

Università degli Studi del Piemonte Orientale
“Amedeo Avogadro”



Dipartimento di Giurisprudenza e di Scienze politiche,
economiche e sociali.

Corso di Dottorato di Ricerca in Autonomie Locali, Servizi Pubblici
e Diritti di Cittadinanza

CICLO XXV

Titolo della tesi:

Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti

I casi dell'Agcm e dell'Aeegi a confronto.

Dottorando: Dott. Paolo Lodi Pizzochero

Coordinatore: Prof. Renato Balduzzi

Tutor: Prof. Eugenio Bruti Liberati

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/11

Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti

I casi dell'Agcm e dell'Aeegsi a confronto.

SOMMARIO

Capitolo I

Considerazioni introduttive

1. Le ragioni dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti: l'esigenza di neutralità funzionale 9
 - 1.2 (*segue*) e l'affermazione delle ideologie comunitarie di mercato. . 19
2. La tutela della concorrenza 27
 - 2.2. (*segue*) e la regolazione proconcorrenziale per il mercato dell'energia in particolare. 37
3. Il rapporto tra la concorrenza e i servizi di interesse economico generale. 45
4. I problemi di collocazione e di compatibilità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti 52
 - 4.2 (*segue*) e le ripercussioni sul procedimento e sul controllo giurisdizionale. 63

Capitolo II

Analisi di due casi esemplari del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti

1. Il confronto tra le sanzioni dell'Agcm e quelle dell'Aeegsi come spunto di riflessione sull'equilibrio tra le esigenze di effettività del potere sanzionatorio e le garanzie dei destinatari. 75
2. La disciplina generale sulle sanzioni di cui alla legge n. 689/1981. 86

2.2	(<i>segue</i>) e la disciplina generale sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990.	97
3.	Il potere sanzionatorio dell'Agcm.	98
3.2	La sanzione per infrazioni antitrust gravi.	104
3.3	(<i>segue</i>) e il ricorso ai concetti giuridici indeterminati	109
4.	Il potere sanzionatorio dell'Aeegsi	115
4.2	Le sanzioni per infrazioni alla regolazione.	119
4.3	(<i>segue</i>) e la questione dei poteri impliciti.	120
5.	Le principali differenze tra le sanzioni antitrust e le sanzioni per la violazione della regolazione pro-concorrenziale. E il ruolo del potere sanzionatorio nelle degenerazioni funzionali tra l'Agcm e l'Aeegsi	123
6.	L'accettazione degli impegni come alternativa all'irrogazione delle sanzioni.	131

Capitolo III

Le garanzie del procedimento sanzionatorio

1.	Il procedimento sanzionatorio antitrust.	133
1.2	La fase pre-istruttoria.	140
1.3	La fase istruttoria.	148
1.3.2	I diritti di partecipazione degli interessati.	150
1.3.3	I poteri di accertamento dell'Agcm.	160
1.3.4	I poteri cautelari dell'Agcm.	164
1.3.5	La chiusura della fase istruttoria.	171
1.4	La fase decisoria e l'irrogazione della sanzione in particolare. ...	175
1.4.2	L'elemento soggettivo dell'illecito	179
1.4.3	I criteri di applicazione della sanzione	187

1.5	I nuovi strumenti di tutela alternativa alla sanzione: l'accettazione dei programmi di clemenza	190
1.5.2	(<i>segue</i>) e degli impegni.	198
1.	L'attività investigativa dell'Aeegsi e il procedimento sanzionatorio vero e proprio in materia di illeciti regolatori: l'introduzione del procedimento semplificato	201
2.2	I termini per la contestazione dell'illecito	210
2.3	I poteri di accertamento dell'Aeegsi e le garanzie dei destinatari	215
2.4	La chiusura della fase istruttoria e la fase decisoria	219
2.5	L'irrogazione della sanzione: il grado di colpevolezza e i criteri di quantificazione in particolare.	222
2.6	L'introduzione degli impegni nel sistema sanzionatorio dell'Aeegsi	228

Capitolo IV

Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni

1.	L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sull'accesso al fatto e sulle valutazioni tecniche dell'Agcm: l'iniziale self restraint del giudice amministrativo	235
1.2	(<i>segue</i>) e la successiva apertura verso un controllo più penetrante e incisivo.	240
2.	Il sindacato giurisdizionale sull'applicazione della sanzione antitrust	244
2.2	(<i>segue</i>) e sull'accettazione degli impegni e dei programmi di clemenza.	252
3.	Il sindacato del giudice amministrativo sulla regolazione dell'Aeegsi	259
3.2.	(<i>segue</i>) e sull'applicazione delle relative sanzioni.	265

Capitolo V

Considerazioni conclusive

1.	Il confronto tra il potere sanzionatorio dell'Agcm e quello dell'Aeegsi, in relazione alle garanzie procedurali	269
1.2	(<i>segue</i>) e con riguardo al controllo del giudice.	273
2.	Conclusioni sugli impegni in particolare.	275
 Bibliografia.		277

Capitolo I

Considerazioni introduttive

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti: l'esigenza di neutralità funzionale - 1.2 (*segue*) e l'affermazione delle ideologie comunitarie di mercato. - 2. La tutela della concorrenza - 2.2 (*segue*) e la regolazione pro-concorrenziale nel mercato dell'energia. - 3. Il rapporto tra concorrenza e i servizi di interesse economico generale. - 4. I problemi di collocazione e compatibilità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti - 4.2 (*segue*) e le ripercussioni sul procedimento e sul controllo giurisdizionale.

1. Le ragioni dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti: l'esigenza di neutralità funzionale.

Anche se circoscritto all'accezione più stretta di sanzione amministrativa¹, ossia quella pecuniaria, lo studio del potere sanzionatorio delle autorità

¹ Ci si riferisce alle "sanzioni in senso stretto" per indicare le sanzioni amministrative pecuniarie, e distinguerle da quei provvedimenti che dispongono misure di riduzione in ripristino stato, nonché dalle revoche sanzionatorie. Spesso, per sottolinearne gli effetti negativi nei confronti dei destinatari, anche questi ultimi provvedimenti sono indicati indifferentemente con il termine "sanzioni". Eppure, in questi casi, l'azione amministrativa non è diretta ad accertare la responsabilità o a identificare e punire i trasgressori del precetto, ma (soprattutto) a ripristinare o a conservare una situazione materiale di legalità. Per enfatizzarne la funzione punitiva, è stata anche utilizzata l'espressione "pena in senso tecnico" (G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Bocca, 1924, pp. 2 ss.). La distinzione che intercorre tra sanzioni in senso stretto e sanzioni in senso ampio, però, non deve essere intesa in termini assoluti, come evidenzia P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, p. 581, che riconosce un margine funzionale punitivo anche nelle c.d. "misure amministrative ripristinatorie", ricordando in proposito (nota 7) il pensiero di F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Milano, Giuffrè, 1930, pp. 145 ss.. Secondo quest'ultimo A., la pena è finalizzata direttamente a impedire l'offesa, ma indirettamente ad impedire il danno; mentre il ripristino, viceversa, è finalizzato direttamente a rimediare agli effetti dell'offesa, ma indirettamente (poiché sempre di "male", per il trasgressore, trattasi) a impedire l'offesa. Nel medesimo ordine di idee, v. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 91 ss.; *id.*, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, vol. XLI, pp. 345 ss..

(amministrative) indipendenti² è complicato dal fatto che, quando ci si riferisce a queste ultime, ci si scontra con una realtà istituzionale poliedrica e multiforme, rispetto alla quale, ogni ragionamento giuridico di sintesi unitaria viene inevitabilmente frammentato dalla constatazione di “differenze, che non possono essere né cancellate, né ignorate”³.

Nel novero di tali autorità, infatti, vengono generalmente fatti rientrare diversi organismi amministrativi centrali (ossia competenti su tutto il territorio nazionale) che, dotati di penetranti poteri pubblici implicanti l'utilizzo di scienze tecniche, sono caratterizzati - in alcuni casi sin dalla loro istituzione ed in altri successivamente - per la loro particolare indipendenza dal governo⁴, e per essere titolari di funzioni di regolazione e/o di garanzia in ambiti strategici del nostro Paese.

I più importanti comparti dell'economia sono condizionati dai poteri di questi organismi: la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le Società e la Borsa (Consob), e l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (Ivass), in relazione alla vigilanza del sistema finanziario (ivi compresa la “vigilanza regolamentare”, ossia quella espletata tramite la produzione di regole); l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi), l'Autorità per

² La dottrina si è soffermata su questo particolare tipo di potere, per riflettere sulle autorità amministrative indipendenti in generale: v. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, fasc. 4, pp. 629 ss.; P. SALVATORE, A. ANASTASI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, in *Cons. Stato*, 2004, fasc. 2, pp. 1635 ss.; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, Giuffrè, 2007; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni reg.*, 2007, vol. 26, fasc. 3, pp. 601 ss.; M.A. CABIDDU, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità amministrative indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, fasc. 3, pp. 257 ss.; AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e Salvatore Cimini, in *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Università commerciale Bocconi, Paper No. 2013-15. Per uno studio degli specifici poteri sanzionatori delle diverse autorità, oltre ult. op. cit. (per i relativi procedimenti), v. AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011.

³ Cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, p. 646, il quale, in materia di autorità amministrative indipendenti, mette in guardia da “[l']inesorabile fascino che esercitano sempre, e anche sui più avveduti, le semplificazioni unificanti”.

⁴ Per G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, fasc. 1, pp. 1 ss., il solo profilo positivo atto a ricostruire la categoria in esame si ritrova nella stessa formula con cui si identificano queste autorità e, cioè, nella loro caratteristica di essere “indipendenti”.

le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), e l'Autorità per i trasporti, in riferimento alla regolazione dei servizi di pubblica utilità; e ancora, sebbene sfornita di poteri di regolazione veri e propri ma, ciò nondimeno, dotata di funzioni di garanzia trasversali a tutti i settori economici, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm).

Col passare del tempo, si è fatto ricorso questo genere di autorità anche per tutelare interessi che, privi di immediata rilevanza economica, hanno assunto un importante significato sociale, come nel caso delle funzioni di garanzia dell'Agcm in materia di conflitto di interessi, o dell'Agcom per il pluralismo informativo (prima affidato alla cura del Garante della radiodiffusione e dell'editoria).

Altre autorità amministrative indipendenti ancora sono state appositamente istituite per tutelare interessi costituzionali, come la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, e il Garante per la protezione dei dati personali. E ciò anche con diretta rilevanza nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, come è accaduto con l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp).

In entrambi gli ambiti considerati, economico e sociale, si tratta di soggetti pubblici istituiti in assenza di un disegno legislativo unitario, tra loro disciplinati in modo differente, sotto molteplici aspetti: a partire dalle modalità e dai tempi d'istituzione, per poi riguardare la composizione, le funzioni, i poteri, i relativi procedimenti e - per avere un'idea dell'ampiezza semantica del concetto giuridico di cui si sta trattando - lo stesso grado d'indipendenza dal governo.

L'indipendenza che dovrebbe accomunare tali organismi, intesa come non soggezione ai poteri governativi di direzione e indirizzo, è stata tradotta dal

legislatore in diversi modi⁵: nel riconoscimento formale della loro autonomia funzionale, ma anche nella previsione di meccanismi di nomina dei loro componenti svincolati dal potere dell'esecutivo; e di altri accorgimenti soggettivi (come le incompatibilità di incarico, la durata del mandato e la possibilità di riconferma, l'indennità di funzione e, ancora, l'impossibilità di revoca).

Tali meccanismi e accorgimenti, unitamente a ulteriori garanzie per un'autonomia strutturale delle autorità amministrative indipendenti (in ambito organizzativo, finanziario, contabile e gestionale), dovrebbero assicurare che le funzioni affidate a queste ultime vengano esercitate in modo effettivamente indipendente.

Come appena ricordato, però, non tutte le autorità sopra elencate, così come altre ancora che - non senza sollevare dubbi - vengono riconosciute come autorità amministrative indipendenti⁶, godono di piena indipendenza nella

⁵ M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 36, ricorda i due diversi significati dell'indipendenza, ossia: indipendenza in senso "strutturale", per indicare una "struttura organizzativa dotata di un proprio patrimonio, di un proprio personale, di una propria gestione, di una propria personalità che rompe qualsiasi relazione gerarchica con l'alto"; e indipendenza in senso funzionale, per indicare "una struttura che esercita in modo pieno ed autoreferenziale una propria funzione". Per un'accurata disamina degli indici di indipendenza delle autorità in questione, v. M. CLARICH, *Il contenuto di indipendenza delle Autorità di settore*, in AA.VV., *Energia e comunicazione. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, a cura di S. Mariotti e P.G. Torrani, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 431 ss.; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁶ Per una classificazione delle diverse autorità amministrative indipendenti, v. F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di Autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 25 ss.; G. CLEMENTE DI S. LUCA, *Problematicità dei tratti e prospettive di classificazione*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, a cura di G. Clemente Di S. Luca, Torino, Giappichelli, 2002, 300 ss.. Come ricordato da M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 47, "il numero degli organismi suscettibili di assurgere al rango di autorità amministrative indipendenti finisce con l'allargarsi o il restringersi, in relazione ai requisiti di volta in volta ritenuti necessari per integrare la fattispecie". Sul punto, v. anche G. GIRAUDI, M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 201. Tra gli organismi che presentano analogie con le autorità amministrative indipendenti, ma che difficilmente possono esservi fatti rientrare appieno, si annoverano i seguenti: la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita con la l. 7 agosto 1990, n. 241; la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, istituita con la l. 23 ottobre 1992, n. 421; il Garante del contribuente, istituito con la l. 27 luglio 2000, n. 212; il Garante per la sorveglianza sui prezzi, istituito con la l. 24 dicembre 2007, n. 244.

stessa misura e sotto tutti i diversi profili appena prospettati, portando chi le ha studiate a distinguere quelle che, dotate di funzioni di regolazione, sono state definite “semi-indipendenti”, per la nomina sostanzialmente governativa dei loro componenti, e perché considerate non completamente sganciate dai poteri ministeriali di indirizzo generale e settoriale⁷.

Ecco perché non è facile riferirsi indistintamente alle autorità amministrative indipendenti⁸, facendo semplificazioni unificanti, senza rischiare di fare confusione tra i soggetti pubblici che vengono ricondotti a

⁷ Cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit.. Per una critica a tale distinzione, cfr. M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997, pp. 7 ss.; F. MERUSI e M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Agg. VI*, 2002, pp. 171 ss.

⁸ A partire dagli anni Ottanta del XX secolo, la dottrina italiana si è occupata molto di queste autorità, per uno studio le quali, oltre ai contributi sinora citati e senza pretesa di completezza, v. G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, fasc. 1, pp. 415 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 173 ss.; ID., *Le amministrazioni indipendenti e la posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, Giuffrè, 1993 pp. 525 ss.; AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, Giuffrè, 1993; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; M.G. ROVERSI MONACO, *Considerazioni sulle autorità amministrative indipendenti come strumento di intervento nell'economia*, Bologna, Monduzzi, 1994; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995; R. PEREZ, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, fasc. 1, pp. 115 ss.; AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. Amato, Milano, Giuffrè, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit.; V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, fasc. 1, pp. 341 ss.; A. PREDIERI, *L'rompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; AA.VV., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, a cura di G. Vesperini e G. Napolitano, Viterbo, Agnesotti, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. GIRAUDI, M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, Laterza, 2001; AA.VV., *L'indipendenza delle autorità*, a cura di F.A. Grassini, Bologna, Il Mulino, 2001; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006; L. SALOMONI, *Partecipazione procedimentale e legittimazione democratica: il caso delle autorità amministrative indipendenti*, Roma, Aracne, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009 [2004!]; M. D'ALBERTI e A. PAJNO, *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. Paolo Cirillo e R. Chieppa, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLI, Padova, Cedam, 2010.

questa espressione. Espressione che, peraltro, per alcuni, piuttosto che a configurarli, sarebbe soltanto idonea a evidenziare la novità rappresentata dall'introduzione di nuovi soggetti nel panorama giuridico nazionale, negando, cioè, che essa abbia valore scientifico, proprio perché riferita a istituti troppo disomogenei⁹.

Tuttavia, la sussistenza di caratteristiche strutturali e funzionali simili, i problemi giuridici che ne derivano, l'espreso riferimento da parte del legislatore, seppur per profili parziali, alle "*autorità amministrative indipendenti*" (tra cui quello contenuto nel Codice del processo amministrativo, in relazione all'ambito della giurisdizione)¹⁰, nonché il legame tra queste ultime e il diritto dell'Unione europea, inducono ad adottare una prospettiva, per quanto possibile, monolitica del fenomeno.

Del resto, anche se non esiste una definizione normativa per le autorità amministrative indipendenti, raggruppare tutte quante insieme queste ultime sotto un'unica espressione ha comunque un suo valore descrittivo, in relazione alla loro natura giuridica amministrativa e, sempre entro grandi linee, alle ragioni di fondo che ne avrebbero giustificato la creazione.

In una logica per cui la loro stessa indipendenza, così come la loro composizione tecnica, è strumentale alla migliore realizzazione delle particolari

⁹ Cfr. R. PEREZ, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 124.

¹⁰ Prima del Codice del processo amministrativo, l'art. 4 della l. 21 luglio 2000, n. 205, aveva introdotto l'art. 23-bis nella l. 6 dicembre 1971, n. 1034, con cui le controversie aventi ad oggetto "*i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti*" erano state assoggettate al rito speciale accelerato ivi previsto. In pochi altri casi, il legislatore si è rivolto espressamente a queste autorità: con la l. 15 marzo 1997, n. 59, ha escluso "*i compiti di regolazione e di controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti*" dal conferimento di funzioni e compiti dallo Stato alle Regioni ed agli Enti autonomi (art. 1, comma 4, lett. b); con la l. 29 luglio 2003, n. 229, ha obbligato le autorità indipendenti a dotarsi di metodi di analisi dell'impatto della regolazione (art. 12).

missioni loro affidate¹¹.

Si è, infatti, spesso messo in evidenza come l'indipendenza di tali organismi genericamente considerati venga incontro alla necessità di tutelare in modo efficiente, efficace e differenziato particolari tipi di interessi. Ossia tutti quegli interessi e valori sostanziali nuovi per l'ordinamento giuridico, corrispondenti a diritti ed a bisogni di rilievo costituzionale, e meritevoli di particolari forme di protezione, proprio perché emergenti da settori denominati "sensibili"¹² (come i mercati finanziari, i servizi a rete, i dati personali), in quanto particolarmente delicati per la vita economica e sociale¹³.

La scelta del legislatore italiano di affidare la cura di questi particolari interessi ad autorità amministrative, non soltanto tecnicamente qualificate e dotate di autonomia valutativa (come avrebbe potuto fare, ad esempio,

¹¹ Per le Sezioni consultive, comm. Speciale, 29 maggio 1998, Parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato, in *Foro it.*, 1999, p. 414, "[l]'istituzione di autorità amministrative c.d. indipendenti risponde all'esigenza di assicurare una funzione amministrativa di garanzia in funzione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo". In dottrina, C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, cit., p. 69-70, afferma che "la causa [del fenomeno dei mutamenti dell'organizzazione dei pubblici poteri] va cercata nell'ampiezza e nella differenziazione delle funzioni pubbliche: queste, rappresentando il principio ordinatore del disegno strutturale, hanno reso necessaria l'adozione di modelli organizzativi diversi". Mentre, R. PEREZ, *Autorità indipendenti*, cit., p. 131, sostiene che "ciò che caratterizza gli organismi [in questione], e che giustificherebbe la loro particolare posizione di indipendenza è la natura delle funzioni attribuite".

¹² L'espressione "settori sensibili" riprende la categoria dei "domaines sensibles" elaborata dalla dottrina francese e poi recepita con analogia anche in Italia (cfr. G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., p. 121). I settori sensibili sono stati definiti da R. PEREZ, *Autorità indipendenti*, cit., p. 133, come quei settori ove sono individuati diritti che non possono essere violati perché, una volta violati, non sarebbe esercitabile da parte dei loro titolari alcuna forma di riparazione. cfr. N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 525 ss., il quale ricollega questi particolari settori a quegli ambiti caratterizzati dalla necessità di ricercare equilibrio tra le esigenze di protezione sociale le garanzie delle libertà.

¹³ Secondo F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, cit., p. 13, "la [...] nascita [delle autorità amministrative indipendenti] si colloca verosimilmente nella scia di un principio dominante: di fronte all'emergenza di esigenze nuove dell'ordinamento istituzionale, corrispondenti a interessi e valori sostanziali nuovi, si è dato mano alla creazione di modelli organizzativi e procedurali capaci di approntare tutele differenziate e più idonee al perseguimento delle esigenze stesse".

ricorrendo al modello delle agenzie)¹⁴, ma indipendenti rispetto al potere governativo, trova il suo presupposto ideale nella considerazione che le peculiarità delle funzioni legate alla tutela di tali interessi non si limitano ad implicare l'imparzialità di chi le svolge.

In particolare, per i loro titolari, tali funzioni comportano non solo di “comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie”, ma anche di assumere una posizione di neutralità, cioè di “indifferenza dell'organo dagli interessi coinvolti”¹⁵.

Per l'esercizio di tale ordine di funzioni (come sono, ad esempio, la vigilanza e la regolazione dei mercati finanziari e dei servizi a rete, o la tutela della concorrenza e della privacy), l'apparato governativo italiano (e, nel caso della regolazione, anche quello parlamentare) è apparso inadeguato perché troppo burocratizzato e, soprattutto, politico; e, quindi, non neutrale, in quanto fisiologicamente non indifferente rispetto a interessi pubblici diversi da quelli propri dei settori sensibili considerati¹⁶.

Indi per cui è emersa, anche nel nostro Paese, la necessità di delegare

¹⁴ Il modello delle agenzie presenta molte similitudini con le autorità amministrative indipendenti, tra le quali la tecnicità delle funzioni e, di conseguenza, dei suoi componenti. Per un confronto tra i due generi di organismi, v. G. NAPOLITANO, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 86 ss.. Per le agenzie, in particolare, v. F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 717 ss.; G. SORICELLI, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Napoli, 2002; C. CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Torino, 2005.

¹⁵ Per la distinzione tra neutralità e imparzialità in questi termini, cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 353. Per A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, II, pp. 200 ss., la neutralità caratterizza oltre che l'attività giurisdizionale, qualsiasi attività che, sebbene non giurisdizionale, presupponga l'indipendenza dell'organo che la svolge e l'estraneità e l'indifferenza di quest'ultimo rispetto alla materia ed agli interessi dei soggetti nei confronti dei quali è rivolta (l'A. considera neutrali l'attività di controllo della Corte dei Conti e l'attività consultiva del Consiglio di Stato).

¹⁶ Sull'inadeguatezza dell'apparato governativo, v. A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle Autorità indipendenti*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 40 ss..

dette funzioni ad organismi non subordinati a tale apparato¹⁷.

Come argomentato in dottrina, sarebbero gli stessi settori nei quali le autorità amministrative indipendenti sono chiamate a intervenire che “non sopportano l’indirizzo politico, ma richiedono di essere amministrati, che ci siano cioè degli organi amministrativi che garantiscono il rispetto delle regole proprie del mercato e l’intangibilità di determinati valori costituzionali”¹⁸.

In proposito, è stato ritenuto sintomatico che il ricorso a questo genere di organismi abbia trovato il suo terreno culturale ideale a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, in un momento di crisi della capacità della politica di venire incontro alle esigenze della collettività; quando, sullo sfondo di note vicende giudiziarie¹⁹, emergeva con evidenza la malsana commistione tra partiti politici e centri di potere imprenditoriale²⁰.

In altre parole, sarebbero le stesse funzioni affidate alle autorità amministrative indipendenti a giustificare la posizione di non soggezione al governo e a distinguerle nettamente dalle amministrazioni pubbliche tradizionali.

Pure ad alcune di queste ultime amministrazioni, infatti, sono demandate (anche) funzioni con poteri discrezionali di scelta, che però, a differenza delle autorità amministrative indipendenti. Poteri di scelta che sono destinati a rimanere relegati sotto l’indirizzo politico-amministrativo governativo; ossia a restare finalizzati al perseguimento di un determinato interesse pubblico primario definito dalle direttive del Governo.

¹⁷ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 40, sostiene che “le Autorità amministrative indipendenti sono l’effetto di una crisi di rappresentanza, acuita dalla crisi del sistema italiano dei partiti, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le Autorità amministrative indipendenti, contropoteri del Governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale quanto di quello degli interessi”.

¹⁸ F. MERUSI, *I rapporti tra governo ed amministrazione*, in AA.VV., *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, a cura di S. Cassese e A.G. Arabia, Bologna, 1993, pp. 25 ss.

¹⁹ Si allude a quella stagione degli anni Novanta, designata con l’espressione Mani pulite, e caratterizzata da una serie di indagini giudiziarie condotte a livello nazionale nei confronti di esponenti della politica, dell’economia e delle istituzioni italiane, che portarono alla luce un sistema di corruzione, concussione e finanziamento illecito ai partiti, ai livelli più alti del mondo politico e finanziario, conosciuto, in termini giornalistici, come Tangentopoli.

²⁰ Parla di vera e propria “crisi di legittimazione del potere politico”, G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti*, cit., p. 3. Sula tema, v. anche F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000 (in particolare, pp. 130 ss.).

Storicamente, anche se la dottrina europea occidentale aveva già avuto modo di studiare esempi concreti di poteri neutrali riconducibili ad organismi tecnici separati dalla politica²¹, le origini dell'idea di stampo tecnocratico alla base della delegazione di funzioni di regolazione (o *regulation*, come spesso e non a caso si usa dire, utilizzando la terminologia anglosassone) ad autorità svincolate dal potere politico - che più si avvicinano alle nostre autorità amministrative indipendenti - sono comunemente individuate oltreoceano: negli Stati Uniti d'America, ove, a partire dalla fine del XIX Secolo, vengono istituite le *independent regulatory commissions* (o *agencies, boards*), più genericamente indicate come *independent authorities*.

Queste *commissions* rappresentano i primi esempi di organismi pubblici collocati al di fuori dell'Esecutivo, per regolare e vigilare importanti settori economici nonché, con riferimento alla Federal Trade Commission in particolare, con funzioni in materia di tutela di concorrenza e dei consumatori²².

In particolare, la prima *independent regulatory commission* federale è stata

²¹ Come ricordato da M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, cit., p. 9 (nota 23), e da F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., p. 1., i primi poteri neutrali di governo dell'economia in ambito europeo sono costituiti dalla Banca (e dalla Società delle Ferrovie) del Reich, oggetto degli studi di CARL SCHMITT, in *Das Problem der innenpolitischen Neutralität des Staates*, (1930) e in *Der Hüter der Verfassung* (1931).

²² Questa *Commission* è stata istituita dal Federal Trade Commission Act del 1914, allo scopo di promuovere la libera e corretta concorrenza nel sistema economico degli Stati Uniti, attraverso l'esercizio di poteri di attivazione di gran parte della normativa antitrust, essendo legittimata ad azionare direttamente le disposizioni del Clayton Act (1914) e, successivamente, del Robinson Patman Act (1936), e, comunque, far valere in giudizio le norme dello Sherman Act (1890).

la Interstate Commerce Commission (ICC)²³, che, istituita nel 1887 (solo dopo due anni dislocata dal Department of Interior in cui era incardinata), è stata inizialmente preposta a funzioni consultive per il Congresso e per le corti e, poi, alla regolazione ed alla vigilanza del settore delle ferrovie, attraverso l'esercizio di poteri regolatori (*rulemaking*) e paragiurisdizionali (*quasi-judicial*), per garantire l'equità delle tariffe, la sicurezza del trasporto e lo svolgimento del servizio anche nelle tratte poco remunerative.

1.2 (*segue*) e l'affermazione delle ideologie comunitarie di mercato.

In comune con l'esperienza statunitense, le autorità amministrative italiane, così come - più in generale quelle degli altri Paesi europei ove sono proliferate - "risultano essere estranee a consapevoli a deliberate razionalizzazioni costituzionali"²⁴. Tuttavia, l'avvento e lo sviluppo di queste autorità in Italia si è svolto in un contesto normativo e secondo un'impostazione giuspubblicistica dell'economia profondamente diversi.

Le *independent regulatory commissions* sono attecchite, se non

²³ A seguito di un processo di *deregulation* del settore dei trasporti su gomma e ferrovie, questa commission è stata abolita nel 1995 e le sue funzioni residuali sono state trasferite al Surface Transportation Board, all'interno del Department of Transportation. A seguito della crisi economica del 1929, durante il New Deal in particolare (1933-38), in gran parte fondato dal Presidente Franklin D. Roosevelt proprio sulla administrative regulation, sono state istituiti altri organismi sulla base del modello dalla ICC, come la Federal Communications Commission (FCC) e la Securities and Exchange Commission (SEC), entrambe istituite nel 1934. Nel corso del tempo, altre independent regulatory commissions ancora sono state create, con funzioni di diretto interesse sociale, ivi incluse le seguenti: la Equal Employment Opportunity Commission, istituita nel 1964; la Environmental Protection Agency, istituita nel 1970; la Occupational Safety and Health Administration, istituita nel 1971; la Consumer Product Safety Commission, istituita nel 1972; e la Nuclear Regulatory Commission, istituita nel 1975. Per uno studio dell'esperienza degli Stati Uniti d'America, v. P. TESAURO, *Le independent Regulatory Commissions*, Napoli, Jovene, 1966; N. GRECO, *Dal "Regulatory State" all'"Administrative State". Origini, esperienze e crisi delle Independent Regulatory Commissions*, in AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia. Modelli ed esperienze USA*, a cura di N. Greco, Roma, Edistudio, 1977; L. BARRA CARACCILOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino, Giappichelli, 1997.

²⁴ F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit.. Per uno studio comparatistico del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, v. G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quad. reg.*, 1993, fasc. 4, pp. 1341 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit.; G. GIRAUDI, M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit..

spontaneamente, più agevolmente nel relativo tessuto istituzionale, perché sorte contestualmente alla nascita del diritto amministrativo statunitense²⁵, in un mercato dove mancavano le regole di cui si sentiva il bisogno, ma non c'era nemmeno una propensione ad interventi pubblici nell'economia da parte del Governo federale, mentre incalzava la sfiducia nella competenza di legiferare del Congresso e in quella di tutelare delle Corti.

Le autorità amministrative indipendenti, invece, si sono dovute confrontare con un diritto amministrativo che si era ormai consolidato e costituzionalizzato in loro assenza, secondo una prevalente concezione monistica, per la quale l'amministrazione deve essere ricondotta all'indirizzo politico amministrativo espresso dal governo.

A ciò si aggiunga che, nel nostro sistema nazionale, l'economia mista ha predominato fino alla fine degli anni Ottanta, comportando in larga misura l'intervento diretto dei pubblici poteri nell'economia.

Il progressivo abbandono di quest'ultimo modello di presenza pubblica nell'economia è stato determinato dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità economica europea (CEE), poi Comunità europea (CE) ed ora Unione europea (UE), alla quale si deve riconoscere un ruolo fondamentale per l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti italiane²⁶.

²⁵ L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Simon & Schuster, 2005, 3° ed., p. 329, descrive l'istituzione dell'ICC come "kind of genesis" dell'americana administrative law. L'istituzione delle independent regulatory commission si caratterizza per essere stata condizionata dalla tensione intercorrente tra potere legislativo e potere esecutivo giocando, a seconda dei casi, in favore di entrambi questi poteri: da una parte, il Congresso ha fatto ricorso all'istituzione di alcune di esse per sottrarre poteri al governo; dall'altra, la creazione di altre ancora ha finito con il rafforzare il potere presidenziale, soprattutto durante il *new deal*. Sul punto, v. L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa*, cit., e P. TESAURO, *Le independent Regulatory Commissions*, cit..

²⁶ Tra gli autori che sottolineano questo ruolo, v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; e *id.*, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autoarchia nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 104, il quale distingue tra "vere" e "false" autorità amministrative indipendenti sulla base della loro origine comunitaria; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 83 ss., anche in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit. pp. 115 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative*, cit., pp. 61 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., pp. 32 ss.. Più in generale, sulle relazioni tra diritto nazionale e diritto comunitario, v. E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, Nuova Italia scientifica, 1996; G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997; AA.VV., *Governance dell'economia e integrazione europea*, a cura di M.A. Cabiddu, F. Gabriele (vol. I) e L. Ammannati (vol. II), Milano, Giuffrè, 2008.

E tale ultimo riconoscimento si deve non soltanto nella misura in cui il diritto comunitario, con la sua forza giuridica, ha previsto espressamente che determinate funzioni fossero affidate ad autorità nazionali “indipendenti”²⁷, oltre che creare - più recentemente - vere e proprie reti attraverso le quali queste

²⁷ Tra le norme comunitarie che contemplano tale genere di autorità si ricordano le seguenti. Il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati di carattere personale è stato espressamente demandato ad “*autorità indipendenti*”, dapprima dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 8, comma 3), poi dal TFUE (artt. 51, comma 3, e 68, comma 3). La direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), stabilisce che “[g]li Stati membri garantiscono l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica” (art. 3, comma 2). La medesima direttiva, inoltre, prescrive che “[g]li Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente”. Per quanto riguarda, invece, i settori dell’energia elettrica e del gas, mentre le due direttive gemelle del secondo pacchetto energia si limitavano a prevedere che che gli organismi designati dagli Stati membri come autorità di regolamentazione “sono pienamente indipendenti dagli interessi dell’industria elettrica” (art. 23, comma 1, direttiva 2003/54/CE) e “dagli interessi dell’industria del gas” (art. 25, comma 1, direttiva 2003/55/CE), le due nuove direttive gemelle del terzo pacchetto energia stabiliscono che “[g]li Stati membri garantiscono l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione e provvedono affinché essa eserciti i suoi poteri con imparzialità e trasparenza”. A tal fine, queste due ultime direttive prescrivono anche che gli Stati membri provvedano, affinché le autorità di regolamentazione siano giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato; nonché affinché dette autorità garantiscano che il loro personale, e le persone responsabili della loro gestione, agiscano in maniera indipendente da qualsiasi interesse commerciale, senza sollecitare né accettare istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati, nell’esercizio delle funzioni di regolamentazione (art. 35, comma 4, direttiva 2009/72/CE, e art 39, comma 4, direttiva 2009/73/CE).

varie autorità nazionali collaborano, coordinando la loro azione²⁸.

Anche quando il ricorso alle autorità amministrative indipendenti nazionali non è stato imposto dal diritto comunitario, infatti, l'istituzione di tale genere di autorità o la trasformazione di soggetti inizialmente non qualificabili come tali, così come il potenziamento dei loro poteri, sono avvenuti per l'attuazione, da parte del nostro Stato, di politiche, di principi e di norme di fonte comunitaria, che hanno posto al centro proprio la cura di quegli interessi riconducibili ai summenzionati settori sensibili, a cominciare da quelli di rilevanza economica.

Per tale ultimo aspetto, le autorità amministrative indipendenti sono espressione del ripensamento dei rapporti tra Stato ed economia, determinato da quel lungo processo di integrazione europea del nostro sistema giuridico che, più in generale, ha mutato la nostra "costituzione economica", secondo

²⁸ Tale forma di coordinamento orizzontale si è concretizzato nella costituzione, da parte del regolamento (CE) n. 1/2003, dell'European Competition Network (ECN), per le autorità antitrust nazionali, mentre, il regolamento (CE) n. 2006/2004 ha istituito una rete di autorità competenti per il controllo dell'applicazione della normativa riguardante la protezione dei consumatori. Per quanto più interessa i servizi di interesse economico generale, invece, si ricorda il Counsel of European Energy Regulators (CEER), fondato nel 2000 da 10 autorità nazionali (fra le quali l'Aeeg), allo scopo di facilitare la cooperazione fra le singole autorità nazionali europee, per poi essere sostanzialmente istituzionalizzato dalla Commissione che, con decisione n. 2003/796/CE, ha creato l'European Regulatory Group Electricity and Gas (ERGEG); gruppo che stato successivamente sostituito dall'Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), istituita dal regolamento (CE) n. 713/2009, per assistere le autorità di regolamentazione dei mercati dell'energia nell'esercizio, a livello comunitario, delle funzioni di regolamentazione svolte negli Stati membri e, se necessario, nel coordinamento delle loro azioni. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, con la decisione n. 2002/627/CE, la Commissione ha istituito l'European Regulators Group for Electronic Communication Network and Services (ERG), per le rispettive autorità di regolazione nazionali, poi sostituito dal Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), istituito dal regolamento (CE) n. 1211/2009. Con riguardo ai settori finanziari, l'European Systemic Risk Board (ESRB - istituito con regolamento (CE) n. 1092/2010), l'European Banking Authority (EBA - istituita con regolamento (CE) n. 1093/2010), l'European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA - istituita con il regolamento (CE) n. 1094/2010), e l'European Securities and Markets Authority (ESMA - istituita con il regolamento (CE) n. 1095/2010), in collaborazione con le autorità nazionali, compongono l'attuale sistema di vigilanza (European System of Financial Supervision - ESFS), operativo a partire dal 1° gennaio 2011. In particolare, l'ESRB ha il compito di vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario all'interno dell'Unione, al fine di contribuire a prevenire o attenuare i rischi sistemici alla stabilità finanziaria. Alle tre authorities europee è affidata la funzione di garanzia dell'armonizzazione delle regole e delle modalità di vigilanza effettivamente realizzate in ambito nazionale. Alle autorità nazionali, invece, è demandato il controllo ordinario dei soggetti vigilati.

una prospettiva di mercato europeo di tipo concorrenziale, definito “comune”, poi “unico” e, attualmente, “interno”, in sintonia con i principi della libera circolazione dei capitali, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nello spazio europeo.

Il processo di integrazione europea si è articolato nella progressiva armonizzazione delle legislazioni degli stati membri in riferimento a importanti settori economici, imponendo anche nel nostro Paese quei principi e quelle regole strumentali alla realizzazione di uno spazio economico europeo, caratterizzato dalla riduzione delle restrizioni normative nazionali precedentemente esistenti all’accesso al mercato in determinati settori, comportando cioè il fenomeno delle cosiddette “liberalizzazioni”²⁹.

Quest’ultimo fenomeno trova un’importante base giuridica nel primo paragrafo dell’art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE e, prima ancora, art. 90 TCEE), il quale stabilisce che gli Stati membri non emanano, né mantengono, nei confronti delle “*imprese pubbliche*” e delle imprese cui riconoscono “*diritti speciali o esclusivi*”, alcuna misura contraria alle norme del trattato, specialmente quelle sul divieto di discriminazioni e sulla tutela della concorrenza.

In Italia, anche se in ambito comunitario vige il principio di cui all’art. 345 del Trattato FUE (ex art. 295 del Trattato CE e, prima ancora, art. 222 TCEE), per il quale il diritto comunitario è indifferente al regime di proprietà, l’apertura dei summenzionati mercati è stata accompagnata in misura significativa dall’ulteriore fenomeno delle cosiddette privatizzazioni, nelle due diverse accezioni che queste ultime hanno assunto.

Da una parte, si è assistito alla trasformazione dello status giuridico dei principali enti e imprese di proprietà pubblica in società di diritto privato, con il loro assoggettamento alle regole di quest’ultimo diritto (“privatizzazione formale”); e, dall’altra, al trasferimento della proprietà e del controllo di tali enti e imprese dalla mano pubblica a quella privata (“privatizzazione sostanziale”), concretizzando la rinuncia da parte degli enti pubblici, anche quando si tratti di servizi pubblici, ad intervenire nell’economia come

²⁹ Sulle liberalizzazioni, v. AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell’evoluzione della disciplina*, Giappichelli, a cura di E. Sticchi Damiani, 2008.

operatori³⁰.

Tali mutamenti, hanno determinato la caduta di un modello di controllo pubblico diretto dell'economia, per il quale lo Stato, da un lato, era "Stato finanziatore" e "Stato gestore", e, dall'altro, era "Stato pianificatore".

Questo passaggio verso un sistema di mercato liberalizzato ha posto due necessità tra loro collegate.

Anzitutto, si è posta l'esigenza che lo Stato intervenisse indirettamente, nella sua rinnovata veste di "regolatore"³¹, per evitare e correggere i fallimenti e le distorsioni della libera iniziativa economica, tramite una regolazione dettagliata e tecnica dei settori economici liberalizzati, che integrasse la disciplina legislativa nazionale di recepimento del diritto comunitario.

In secondo luogo, contestualmente alla necessità di regolare determinati settori economici, secondo modalità (per lo più legate al repentino mutamento delle tecnologie) e finalità (ad esempio, la promozione della concorrenza, la trasparenza e la correttezza degli intermediari finanziari, la qualità dei servizi a rete), che si sarebbero variabilmente declinate nel tempo in rapporto allo sviluppo della normativa comunitaria e nazionale, è sorta la necessità che le nuove regole del mercato venissero rispettate.

Il legislatore italiano è venuto incontro ad entrambe queste esigenze, ricorrendo al modello delle autorità amministrative indipendenti.

È a queste ultime che sono state affidate - a discapito del ruolo normativo del Parlamento e (su delega di quest'ultimo) del Governo - funzioni di regolazione, attraverso il riconoscimento di poteri formalmente o sostanzialmente normativi (ossia adottando veri e propri regolamenti o atti amministrativi ad efficacia generale), con cui definire ex ante le regole che le

³⁰ Sulle privatizzazioni, v. G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Cee*, Padova, Cedam, 1992; G. MAJONE, A. LA SPINA, "Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato mer.*, 1992, pp. 249 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1995, p. 159 ss.; AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. Marchetti, Milano, Giuffrè, 1995; A. MACCHIATI, *Privatizzazioni tra economia e politica*, Roma, Donzelli, 1996; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, fasc. 4, pp. 627 ss..

³¹ Sull'evoluzione della relazione tra Stato ed economia con particolare attenzione all'avvento della regolazione come cfr. G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000. Sul rapporto tra diritto interno e diritto comunitario in tema di regolazione, cfr. G. AMORELLI, *Amministrazioni con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 947 ss..

imprese devono rispettare³².

Anche le funzioni di applicazione e controllo obiettivo ex post sul rispetto delle norme (legislative e secondarie), poste a presidio dei diversi settori di riferimento, sono state affidate alle suddette autorità.

In particolare, l'affidamento di tali ultime funzioni si è concretizzato attraverso il riconoscimento di poteri puntuali tipicamente amministrativi: in particolare modo quelli autorizzatori; ma anche (e soprattutto) poteri di indagine e poteri istruttori, a loro volta funzionali all'esercizio di poteri decisori finali: il potere di emettere ordini; il potere di comminare (o proporre) sanzioni; e - in alcuni casi - il potere di risolvere le controversie concretamente sorte tra imprese, nonché tra imprese e consumatori.

Il potere di irrogare sanzioni (come anche nel caso della risoluzione di controversie in posizione di terzietà) avvicina molto l'attività delle autorità amministrative indipendenti a quella giudiziaria.

Più precisamente, l'esercizio di tali poteri (che, volendo richiamare il termine *adjudication* utilizzato nei paesi di Common law, possono essere definiti veri e propri poteri di aggiudicazione) presuppone l'espletamento di procedimenti contenziosi o semi-contenziosi, caratterizzati per garantire la partecipazione delle parti e il contraddittorio in forme simili a quelle propriamente processuali, in quanto diretti all'accertamento e alla qualificazione giuridica di un determinato illecito.

Così, come a suo tempo accaduto negli Stati Uniti per le *independent regulatory commissions*, i poteri attribuiti alle autorità amministrative indipendenti si sono concettualmente sovrapposti a quelli di spettanza degli organi legislativi e giudiziari dello Stato.

Gli spazi di questa sovrapposizione sono andati estendendosi nel tempo, man mano che le diverse autorità amministrative indipendenti sono state istituite, anche se l'affermazione di questo modello di organismi si è caratterizzata per una certa gradualità.

Tant'è che i primi poteri di regolazione e controllo nel senso sopra delineato sono stati affidati, con tempi e modalità diversi, ad organismi già

³² Sui poteri di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, v. F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1995, pp. 1 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., pp. 87 ss.; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. società*, 1999, fasc. 2, pp. 251 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 105 ss..

operanti nei settori che compongono il sistema finanziario nel suo complesso; ma che, soltanto successivamente alla loro creazione, sono diventati riconducibili alla categoria delle autorità amministrative indipendenti, attraverso la loro trasformazione funzionale e strutturale, di pari passo con l'evoluzione della disciplina dei segmenti del mercato finanziario, sotto l'influenza del processo di integrazione comunitario³³.

Ciò è avvenuto con particolare significato nel caso della Consob³⁴ che, considerata "la prima autorità amministrativa indipendente", è stata istituita dalla l. 7 giugno 1974, n. 216, come organo assoggettato al controllo del ministro del tesoro; per divenire indipendente da quest'ultimo soltanto quando la l. 4 giugno 1985, n. 281, le ha riconosciuto "*personalità giuridica di diritto pubblico*" (e, quindi, piena imputabilità alla medesima dei propri atti), nonché "*piena autonomia nei limiti stabiliti dalla legge*", prevedendo idonee garanzie per la sua autonomia strutturale.

Similmente l'Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private (Isvap, ora sostituito dall'Ivass)³⁵ - sebbene fin dalla sua istituzione dotato dalla l. 12 agosto 1982, n. 576, di personalità giuridica, di autonomia patrimoniale contabile e finanziaria - ha ricevuto la sua prima affermazione d'indipendenza sotto il profilo funzionale ancor più tardi, ovvero dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385, che disponendo a suo favore il generale trasferimento dei procedimenti ministeriali in materia assicurativa, ha stabilito che le funzioni trasferitegli fossero esercitate "*in piena autonomia e nel rispetto esclusivo del proprio*

³³ Sul fenomeno delle autorità indipendenti in questo settore, cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994, pp. 212 ss..

³⁴ Sulla Consob, v. G. SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della "nuova" Consob*, in *Il Foro amm.*, vol. I, 1986, pp. 1213 ss.; S. CASSESE, *La Commissione nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. Soc.*, 1994, pp. 418 ss.; G. NARDOZZI, G. VACIAGO, *La riforma della Consob nella prospettiva del mercato mobiliare europeo*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. MINERVINI, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989; A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in AA.VV., *Consob. L'istituzione e la legge penale*, a cura di G.M. Flick, Milano, Giuffrè, 1987; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1988; F. CAVAZZUTI, *La Consob e la regolazione dei mercati finanziari*, in *Quaderni di Finanza*, n. 38, maggio 2000, pp. 23 ss.; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob: profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano 2012.

³⁵ Sull'Isvap, cfr. M. NIGRO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'Isvap*, in *Giur. comm.*, 1984, pp. 357 ss.; M. BIN, *Autorità indipendenti? Il caso dell'Isvap*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 329 ss..

ordinamento, come definito dalla legge 2 agosto 1982, n. 576 e successive modifiche e integrazioni”.

La Banca d'Italia, invece, fondata il primo gennaio 1894 come società anonima con fini di lucro, tramite la fusione di banche preesistenti su approvazione della l. 10 agosto 1893, n. 449, qualificata come istituto di diritto pubblico dalla legge bancaria 1936-38, poi privatizzata dalla Legge Amato nel 1990 e, ora, riconosciuta come indipendente dalla Legge sul risparmio del 2005, ha costituito un caso più complesso. Motivo per cui è stata per lo più intesa come “modello ante litteram” delle autorità amministrative indipendenti, soprattutto in riferimento alle sue funzioni di vigilanza sulle banche e sugli intermediari di rilevanza sistemica, e a quelle altre funzioni di vigilanza, condivise con la Consob, nei confronti degli intermediari finanziari³⁶.

2. La tutela della concorrenza.

Successivamente all'affermazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari, nella direzione del completamento dell'uropeizzazione del mercato

³⁶ Tra l'altro, anche se la Banca d'Italia ha trovato pieno riconoscimento della propria indipendenza nella Legge sul risparmio, è rimasto a lungo aperto il problema rappresentato dal fatto che, diversamente dagli altri soggetti comunemente identificati come autorità amministrative indipendenti, l'indipendenza della Banca d'Italia è stata potenzialmente compromessa dal suo particolare assetto proprietario, accentuandosi il rischio che il controllore venga “catturato” dagli stessi controllati. Con interesse per questa problematica, è da ultimo intervenuto il legislatore, convertendo in legge il d.l. 30 novembre 2013, con la l. 29 gennaio 2014, con cui, oltre affermare che la Banca d'Italia “[è] indipendente nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze” (art. 4, comma 1), è stato stabilito che “[c]iascun partecipante non può possedere, direttamente o indirettamente, una quota del capitale superiore al 3 per cento” (art. 4, comma 1). Sulla Banca d'Italia, v. F. MERUSI, *La posizione costituzionale della Banca d'Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 1089 ss.; A. DE CHIARA, L. SARNO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca centrale europea: elementi storici, economici e politici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2001; G. CAMA, *La Banca d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012. Sulle sanzioni nel sistema bancario, in particolare, v. L. DESIDERIO, *Le sanzioni amministrative nella l. bancaria: aspetti procedurali*, in *Banca borsa ti. di credito*, 1974, pp. 469 ss.; F. CASTIELLO, *Gli illeciti bancari nel nuovo T.U. sul credito*, in *Riv. bancaria*, 1994, pp. 68 ss.; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa*, 1995, pp. 65 ss.; F. CARBONETTI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa*, in *Bancaria*, 2006, pp. 29 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 679 ss.; C. GALANTINO, *Art. 145. Procedimento sanzionatorio*, in *Testo unico bancario*, a cura di M. Porzio, Milano, 2010, pp. 1291 ss..

e, quindi, in funzione della realizzazione di un mercato concorrenziale, il nostro ordinamento giuridico è stato integrato con una disciplina nazionale antitrust³⁷, ossia una normativa finalizzata al controllo dei fenomeni che

³⁷ La sintetica definizione che segue pone la concorrenza come principio ispiratore di ogni legislazione *antitrust* e ne mette in risalto la caratteristica essenziale di essere una disciplina di controllo e di repressione. Pertanto risulta adattabile alle numerose e varie forme di intervento legislativo che si sono storicamente concretizzate nei paesi industrializzati. Cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust, Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, Clueb, 1991, pp. 23-31, che, dopo aver evidenziato la molteplicità di soluzioni legislative al riguardo, individua nell'illiceità e nel controllo i criteri rappresentativi del filo conduttore di ogni normazione positiva emanata in materia *antitrust*. Inoltre, cfr. F. DENOZZA, *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 155, il quale afferma che la tradizionale funzione del diritto *antitrust* è disciplinare gli effetti del conflitto esistente tra imprese e consumatori, in vista della conservazione di una struttura di mercato, che consenta ai secondi di incidere sul comportamento delle prime, attraverso la possibilità di scegliere consapevolmente tra una gamma di alternative che sia la più ampia possibile. Sempre con interesse alle assonanze tra le varie discipline *antitrust* cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 45-46, che rammenta che le legislazioni *antitrust* hanno in comune uno sviluppo in due fasi, la prima caratterizzata dall'adozione di una visuale statica del monopolio, quindi in termini di dimensione d'impresa, la seconda dall'adozione di una visuale dinamica, quindi in termini di condotta monopolistica.

possono determinare posizioni di potere di mercato³⁸ ed alla eliminazione degli abusi che queste posizioni di forza possono generare, falsando o eliminando la concorrenza del mercato stesso.

Si tratta, come è noto, della disciplina contenuta nella l. 10 ottobre 1990, n. 287, con cui, facendo ricorso con più consapevolezza al modello delle autorità amministrative indipendenti, è stata anche istituita l'Agcm³⁹.

È altrettanto noto che l'adozione di una disciplina antitrust in Italia è avvenuta in netto ritardo rispetto ad altri Stati europei e quando, ormai da

³⁸ Il concetto di potere di mercato è di fondamentale importanza nel diritto *antitrust*. Cfr. F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., p. 44, il quale individua il compito di tale branca del diritto proprio nella disciplina della formazione e dell'esercizio del potere di mercato, sia che si tratti di potere di mercato detenuto unilateralmente (in relazione alle concentrazioni e ai comportamenti assunti dalle singole imprese), sia che si tratti di potere detenuto collettivamente (in relazione alle azioni collusive di più imprese indipendenti). Tuttavia, sarebbe limitativo soffermarsi esclusivamente sul concetto di potere economico privato. La considerazione di quest'ultimo deve, infatti, essere integrata da quella del potere politico e istituzionale del quale è impregnata la realtà del diritto *antitrust* in veste di intervento dello Stato nell'economia. In proposito, cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust, il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 94-95, dopo aver segnalato l'illegittimità del potere economico come sostrato comune ai principi del diritto *antitrust* americano ed europeo, si sofferma sui passi ulteriori che la scuola di Friburgo avrebbe condotto concentrando sugli effetti di questo illegittimo potere; F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., p. 9, esclude tra le possibili essenze del diritto *antitrust* quella di politica industriale, optando per un'autorità amministrativa senza poteri decisionali finali. In sintonia con queste considerazioni cfr. M.S. SPOLIDORO, *Concentrazione e iniziative legislative italiane in tema di antitrust*, in *Dir. ed econ.*, 1989, fasc. 1, pp. 219 ss., che sostiene che la legislazione *antitrust* non dovrebbe rappresentare uno strumento per permettere al potere politico di ottenere nuovi spazi di intervento nell'economia. Inoltre, cfr. A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, fasc. 2, p. 232, il quale proietta la struttura di mercato da un ambito puramente economico a un ambito giuridico ove si tenga conto della dialettica libertà-potere.

³⁹ La creazione di un apparato amministrativo *ad hoc* non è un effetto scontato dell'emanazione di una disciplina pubblicistica della concorrenza. In un'ottica comparatistica è emblematico il caso degli Stati Uniti, ove l'autorità amministrativa deputata all'applicazione della disciplina *antitrust* (la Federal Trade Commission) venne istituita nel 1914, ben ventiquattro anni dopo l'emanazione dello Sherman Act. La questione si è posta anche nel diritto italiano, sfociando nella problematica scelta tra un organo dotato di poteri pieni (di indagine, di accertamento, ordinatori e sanzionatori) e un organo dotato di poteri di impulso processuale. La legge n. 287/1990 ha optato per il primo modello. Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., il quale mette in evidenza che la scelta di istituire un organo amministrativo specializzato nell'applicazione della disciplina *antitrust* si fonda su ragioni complementari rispetto a quelle poste alla base di una disciplina della concorrenza.

tempo, le imprese italiane erano assoggettate all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte della Commissione, con riserva di controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia .

Fin dal 1958, con l'entrata in vigore del Trattato di Roma che ha istituito la Comunità economica europea (TCEE), le norme comuni sulla concorrenza si sono articolate su due fronti, affinché non fosse ostacolato il processo di integrazione economica: da una parte, le norme indirizzate alle imprese; dall'altra, quelle indirizzate agli Stati membri.

Sul primo versante, gli artt. 85 e 86 TCEE, poi sostituiti dagli artt. 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), ed ora, dagli articoli 101⁴⁰ e 102⁴¹ del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), hanno vietato, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

Il Trattato di Roma non ha, invece, disciplinato le operazioni di

⁴⁰ Il primo paragrafo dell'art. 101 TFUE afferma essere incompatibili con il mercato comune e vieta *“tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”*. In particolare, la norma ritiene tali le decisioni e le pratiche concordate consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 101 TFUE, Gli accordi o decisioni ivi vietati sono nulli di pieno diritto.

⁴¹ Per l'art. 102 TFUE, è incompatibile con il mercato interno e vietato, *“nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”*. La norma specifica che tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

concentrazione⁴² e, per molto tempo, la Commissione ha applicato alternativamente gli articoli 85 e 86 del Trattato CEE anche a questo tipo di operazioni. Una prima disciplina specifica del fenomeno delle concentrazioni è stata contenuta nel Regolamento (CEE) n. 4064/1989 del Consiglio, poi sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004.

Sul versante degli obblighi ricadenti sugli Stati membri, con gli artt. 92, 93 e 94 TCEE, poi sostituiti dagli artt. 87, 88 e 89 TCE, ed ora dagli artt. 107, 108 e 109 TFUE, sono stati disciplinati gli aiuti concessi dagli Stati.

L'art. 107 TFUE, in particolare, sancisce, salvo deroghe⁴³, l'incompatibilità con il mercato comune degli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

A tale gruppo di norme, si aggiunge, in quanto indirizzato sempre nei confronti degli Stati membri, l'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE e, prima ancora, art. 90 TCEE), prima citato in riferimento alle liberalizzazioni, il cui primo paragrafo vieta di emanare e mantenere, nei confronti delle *"imprese pubbliche"* e delle imprese cui riconoscono *"diritti speciali o esclusivi"*, misure contrarie alle norme sulla tutela della concorrenza.

La tutela della concorrenza disegnata nella l. n. 287/1990, riguarda le condotte imprenditoriali di rilevanza concorrenziale nazionale e si esplica in due ambiti giuridici tra loro autonomi, ove la concorrenza, da una parte, è tutelata oggettivamente in relazione al mercato concretamente considerato e, dall'altra, è tutelata soggettivamente, ossia in riferimento diretto ai soggetti danneggiati dai comportamenti anticoncorrenziali⁴⁴.

Inizialmente, sul piano della tutela oggettiva (e pubblicistica) in particolare, questa legge ha demandato all'Agcm e, per i rispettivi settori di

⁴² Solo nell'art. 66 del Trattato CECA si prevedeva che si dovessero notificare alla Commissione determinate operazioni di concentrazione.

⁴³ In particolare, nei paragrafi successivi, l'art. 107, distingue, elencandoli, tra aiuti che *"[s]ono compatibili con il mercato interno"* (paragrafo 2) e aiuti che *"[p]ossono considerarsi compatibili con il mercato interno"* (paragrafo 3).

⁴⁴ Sul piano della tutela civilistica la legge antitrust ha configurato dei diritti soggettivi direttamente tutelabili davanti alla corte d'appello competente per territorio (art. 33, comma 1, della l. n. 287/1990), attraverso le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti cautelari, per la violazione delle norme contenute nella legge. Sulla differenza tra public e private enforcement nel diritto antitrust, v. TAR Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713, in *Foro it.*, fasc. 3, 2007, pp. 89 ss.. Per uno studio sulle interazioni tra i due diversi piani di tutela, cfr. E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro amm. TAR*, 2011, fasc. 6, pp. 1926 ss..

riferimento, alla Banca d'Italia al Garante per la diffusione e l'editoria, la funzione di tutelare la struttura concorrenziale del mercato, in ordine al controllo preventivo delle concentrazioni e alla repressione delle fattispecie di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, di rilevanza nazionale.

Il ruolo di garante della concorrenza dell'Agcm è stato generalizzato del tutto quando, nel 1997, le sono state trasferite le funzioni antitrust del Garante per la diffusione e l'editoria⁴⁵ e, nel 2005, quelle della Banca d'Italia⁴⁶.

Da un punto di vista sistemico, ha certamente giocato e gioca un ruolo fondamentale il fatto che la disciplina antitrust sia subentrata nel nostro ordinamento in veste di fonte comunitaria e, solo successivamente, sia stata disciplinata dal legislatore nazionale con la l. n. 287/1990 in modo uniforme e coordinato al modello comunitario stesso.

Infatti, in funzione di garantire l'omogeneità e il coordinamento del diritto antitrust nazionale con il diritto antitrust europeo (secondo una logica di ripartizione delle competenze tra Agcm e Commissione europea che è mutata nel tempo), è lo stesso art. 1 a definire l'ambito di applicazione delle norme interne in via residuale rispetto a quelle comunitarie (comma 1), e a stabilire che l'interpretazione delle norme ivi contenute sulle intese, sugli abusi di posizione dominante e sulle concentrazioni di imprese, è effettuata *"in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza"* (comma 4).

Il carattere filo-comunitario del sistema antitrust nazionale è stato accentuato dal processo di modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza, che è culminato nell'adozione da parte del Consiglio del Regolamento CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002⁴⁷, relativo all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, ora 101 e 102 TFUE, in materia di intese e abusi di posizione dominante (ora sostituiti dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

Con quest'ultimo regolamento, si è voluto assicurare il cosiddetto *level playing field* in tutto il territorio dell'Unione europea, ossia un'area ove le

⁴⁵ Con l'abrogazione dell'art. comma 1, da parte dell'art. 1 della l. 31 luglio 1997, n. 249.

⁴⁶ Con l'abrogazione del secondo comma dell'art. 20 della l. n. 287/1990, da parte dell'art. 19, comma 11, della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴⁷ Questo regolamento ha sostituito, con decorrenza dal 1° gennaio 2004, il Regolamento CEE n. 17/62, d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE (poi sostituiti dagli artt. 81 e 82 del Trattato CE).

autorità antitrust e i giudici nazionali applichino le norme comunitarie con coerenza ed effettività⁴⁸. A tal fine, è stata creata una “rete” europea formata dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza, per le quali il regolamento n. 1/2003 ha previsto una “stretta collaborazione”, incentrata su meccanismi di cooperazione e di scambio di informazioni.

L'Agcm si inserisce in questa rete e, come le altre autorità nazionali antitrust, deve sospendere il proprio procedimento nei casi in cui la Commissione stia valutando la medesima fattispecie antitrust. La ripartizione di competenze tra Commissione e autorità nazionali antitrust, però, non coincide con l'ambito di applicazione del diritto comunitario.

Fino a quando la Commissione non abbia esercitato i suoi poteri di

⁴⁸ Non è possibile approfondire in questa sede i profili innovativi Regolamento (CE) n. 1/2003, tra cui, in particolare, si ricorda l'introduzione di un sistema di eccezione legale per l'applicazione dell'art 81, comma 3, in sostituzione del precedente sistema di notifica ed esenzione ex ante contemplato dal Regolamento (CEE) n. 17/62: le intese che, pur se restrittive della concorrenza, possono essere ammesse in presenza delle condizioni previste dall'art. 81, comma 3, del Trattato CE, non sono più soggette ad un controllo preventivo in funzione di essere autorizzate, ma sono lasciate alla auto-valutazione delle imprese circa la loro liceità, per essere soggette ad un controllo successivo alla loro realizzazione volto a verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla norma. Come fatto notare da P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 324 (nota 41), il sistema di eccezione legale, che deve essere seguito anche dalle autorità antitrust nazionali in riferimento all'applicazione della normativa comunitaria in materie di intese, “crea nel nostro regime una singolare disparità di trattamento tra fattispecie comunitarie e fattispecie nazionali, perché queste seconde possono ancora beneficiare del regime di comunicazione volontaria preventiva ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990 e costituire oggetto di un'esenzione sulla base di un provvedimento costitutivo, mentre le prime rientrano nel nuovo regime di autovalutazione e non potranno costituire oggetto di comunicazione preventiva”. Un ulteriore punto saliente della nuova disciplina è rappresentato dall'aumento dei poteri di indagine, decisionali e sanzionatori della Commissione.

avocazione nei confronti delle autorità antitrust nazionali⁴⁹, infatti, queste ultime devono comunque applicare la disciplina comunitaria, tutte le volte in cui si tratti di intese restrittive ai sensi dell'art. 101 del TFUE, tali da pregiudicare il commercio tra Stati membri, ovvero di abusi di posizione dominante vietati dal successivo art. 102⁵⁰.

Diversamente da quanto accaduto con autorità come la Consob o l'Isvap, nell'affidare la funzione di garante della concorrenza, il legislatore ha stabilito fin da subito, all'art. 10, comma 1, che tale autorità "*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*", prescrivendo, altresì, che la nomina del Presidente e dei membri debba avvenire con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati (senza che, a nomina perfezionata, la legge n. 287/1990 riconosca al Parlamento alcun potere di revoca).

Nella legge antitrust, l'affermazione dell'autonomia funzionale dell'Agcm

⁴⁹ Gli artt. 23 e ss. del Regolamento (CE) n. 1/2003 attribuiscono alla Commissione il potere di irrogare direttamente alle imprese ammende, in caso di violazione dei doveri di collaborazioni contemplati dallo stesso Regolamento, di false dichiarazioni rilasciate alla Commissione, oppure in caso di alterazioni intenzionali o negligenti delle regole della concorrenza o di violazione degli impegni; nonché di irrogare sempre direttamente alle imprese penalità di mora, in caso di ritardato adempimento delle decisioni della Commissione o delle richieste di collaborazione nel corso dei procedimenti riguardanti la tutela della concorrenza. Sulla base del nuovo sistema di applicazione delle regole della concorrenza delineato dal Regolamento del 2003, la Commissione dovrebbe dedicare maggiori sforzi e risorse alla trattazione delle fattispecie antitrust più gravi in ambito transnazionale. Molto importante al riguardo è la Comunicazione della Commissione, con cui viene chiarita la ripartizione degli ambiti di competenza con le autorità nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie, in modo tale da estenderne l'applicazione decentrata sulla base del principio di sussidiarietà, in forza del quale, per violazioni agli artt. 81 e 82 del Trattato CE che producono effetti nel territorio di uno Stato membro, è l'autorità appartenente a quest'ultimo cui compete di intervenire, a meno che non abbia poteri investigativi e sanzionatori adeguati.

⁵⁰ Tra l'altro, sebbene per questi ultimi casi, il Regolamento (CE) n. 1/2003 consenta un'applicazione parallela della legislazione nazionale (tra l'altro ridotta dalla definizione in via residuale che la l. n. 241/1990 fa dell'ambito di applicazione delle proprie disposizioni), vi è un obbligo di convergenza per l'Agcm, con particolare riferimento alle intese, nel senso che alle autorità nazionali antitrust è preclusa l'applicazione di norme nazionali a tutela della concorrenza più severe di quelle comunitarie.

è accompagnata da altri accorgimenti, come i requisiti di eleggibilità⁵¹ e la disciplina delle incompatibilità dei suoi componenti⁵², diretti a garantire, sin dalla sua origine, l'effettività dell'autonomia dell'Agcm.

A quest'autorità di garanzia è riconosciuto anche il potere di deliberare le norme sulla propria organizzazione e sul proprio funzionamento, oltre le norme concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere, nonché le norme dirette a disciplinare la gestione delle spese⁵³.

Le caratteristiche strutturali e i poteri di spiccata connotazione giudiziale previsti dalla legge istitutiva del 1990 hanno indotto la dottrina a riconoscere l'Agcm come il "modello più puro"⁵⁴ o il "prototipo" della autorità amministrative indipendenti⁵⁵, anche se deve ricordarsi che, a seguito della riforma elettorale che ha sostituito il sistema proporzionale con quello maggioritario, è stata potenzialmente compromessa la terzietà e neutralità dei presidenti delle Camere ai fini della nomina dei suoi componenti.

L'Agcm si affianca a tutte le altre autorità amministrative indipendenti di diretta rilevanza economica, distinguendosi per le sue specifiche caratteristiche. Sforzata di poteri di regolazione, questa autorità è stata concepita come organismo indipendente per compiere un'attività di garanzia, ossia tutelare la concorrenza, *"in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica"* (art.1).

⁵¹ L'art. 10, comma 2, stabilisce che i componenti dell'Agcm siano scelti tra persone di notoria indipendenza, specificando che il presidente sia scelto tra persone che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo, e che i membri siano scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che i membri dell'Autorità sono nominati per sette anni e non possono essere confermati.

⁵² L'art. 10, comma 3, prescrive che i membri dell'Agcm non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura.

⁵³ In questi termini, l'art. 10, comma 6, in applicazione del quale L'Agcm ha definito il proprio assetto organizzativo con l'adozione del Testo Unico delle norme concernenti il regolamento del personale e l'ordinamento delle carriere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, pubblicato nel Bollettino, ed. sp., 16 marzo 1998 e s.m..

⁵⁴ G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, Vol. VI, Milano, 2002, pp. 112 ss..

⁵⁵ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 83.

Per svolgere la propria funzione di garanzia, l'Agcm è stata attribuita di una serie di poteri puntuali, tra cui spiccano quello di autorizzare le concentrazioni di imprese, e quello di irrogare sanzioni amministrative nei confronti di quelle imprese che commettano condotte ritenute gravemente lesive della concorrenza (ossia le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante).

Inoltre, pur se priva di un vero e proprio potere di regolare il mercato, la legge antitrust ha conferito a questa autorità il potere di incidere indirettamente sulla normativa nazionale. In particolare, l'Agcm può segnalare al Parlamento gli atti normativi da cui possono derivare distorsioni della concorrenza, e formulare pareri su disegni di legge o atti regolamentari.

Il ruolo di garante della concorrenza di questa autorità è stato più recentemente, sviluppato, con l'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (Decreto "salva Italia"), che ha introdotto nella l. n. 287/1990 l'art. 21-bis, per il quale l'Agcm è legittimata ad impugnare dinanzi al Tar del Lazio gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁵⁶.

Nel frattempo, i poteri dell'Agcm sono stati ampliati, con l'affidamento di nuove funzioni ancora, pur sempre trasversali al mercato⁵⁷, come la tutela del

⁵⁶ Questo tipo di potere trova un lontano precedente nel potere di agire in giudizio, originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, ancorché poi eliminato; ed è statp riconosciuto prima del potere di azione riconoscimento ll'istituenda Autorità dei Trasporti in materia di provvedimenti sui taxi.

⁵⁷ Ma anche di funzioni ulteriori, come quelle riguardanti il conflitto d'interessi dei titolari delle cariche di governo, disciplinato dal d.lgs. 20 luglio 2004, n. 215. Questo decreto legislativo impone ai titolari di cariche di governo di dedicarsi *"esclusivamente alla cura degli interessi pubblici"*, e astenersi dal compiere atti e partecipare a deliberazioni collegiali *"in situazione di conflitto di interessi"*. Spetta all'Agcm di: accertare la sussistenza di situazioni di incompatibilità e vigilare che i conseguenti divieti siano rispettati. In caso di inosservanza, però,

consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette⁵⁸, consolidando l'Agcm come soggetto pubblico in grado di condizionare l'economia nel suo complesso, anche in quei settori sottoposti a regolazione da parte di altre autorità amministrative indipendenti istituite sulla scia delle liberalizzazioni innescate dal processo di integrazione comunitaria.

2.2 (segue) e la regolazione proconcorrenziale per il mercato dell'energia.

Tra queste ultime autorità assumono rilevanza, in un'ottica concorrenziale, le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁵⁹, introdotte a metà degli anni Novanta del secolo scorso, dalla l. 14 novembre 1995, n. 481, con cui il legislatore ha istituito direttamente l'Autorità per

⁵⁸ Inizialmente, la tutela dei consumatori, in particolare, è stata riferita alla disciplina della pubblicità ingannevole, introdotta dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, in attuazione alla direttiva 84/450/CEE, ed a quella della pubblicità comparativa, con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, in attuazione alla direttiva 97/55/CE. Entrambe le discipline, successivamente modificate dalla l. 6 aprile 2005, n. 4, sono state assorbite dagli articoli da 18 a 27 del d.lgs. n. 6 settembre 2005, 206, intitolato "Codice del consumo". Nella logica unitaria della disciplina sulla pubblicità commerciale contenuta in questo codice, nonostante la duplice valenza di questa modalità di comunicazione, in quanto strumento per attrarre il consumatore e per concorrere con le altre imprese, il consumatore era posto al centro di una tutela che tendeva a prescindere dalle differenze che contraddistinguono le pratiche che danneggiano i consumatori e quelle che, invece, ostacolano le altre imprese. Il quadro normativo è cambiato in modo più corrispondente a queste differenze, secondo quanto successivamente impostato dalle direttive nn. 2005/29/CE e 2006/114/CE: gli artt. da 18 a 27 del d.lgs. n. 206/2005 sono stati sostituiti dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, e contengono oggi la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette fra imprese e consumatori derivante sempre dalla prima delle due direttive citate; la disciplina della pubblicità ingannevole e di quella comparativa, invece, è stata attratta fuori dal Codice del consumo, con alcune modifiche derivanti dall'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, ed è oggi contenuta nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in quanto le norme ivi dettate riguardano solo la tutela dei "professionisti".

⁵⁹ Sul tema, v. F. VASSALLI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici nei rapporti con le altre Autorità indipendenti*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, pp. 297 ss.; G. DE VERGOTTINI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, pp. 277 ss.; D. LANZI, *L'istituzione di Autorità di regolazione*, in *Ec. pubbl.*, 1998, fasc. 1, pp. 5 ss.; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2002; AA.VV., *Energia e comunicazioni: le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, a cura di S. Mariotti e P.G. Torrrani, Milano, Giuffrè, 2006.

l'energia elettrica e il gas (Aeeg)⁶⁰ e previsto l'istituzione di un'autorità di regolazione anche per il settore delle telecomunicazioni che, poi, sarebbe diventata l'Agcom, istituita dalla l. 31 luglio 1997, n. 249, in sostituzione del Garante della radiodiffusione e dell'editoria⁶¹.

A questa categoria di autorità amministrative indipendenti, che per l'art. 2, comma 5, della loro legge istitutiva, vengono *“preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza”*, si è poi aggiunta anche l'Autorità per i trasporti, istituita ai sensi dell'art. 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011 (conv. in legge, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214).

La legge n. 481/1995 contiene una serie di disposizioni fondamentali comuni a queste autorità di regolazione, che si sommano, per ciascuna autorità, alle altre disposizioni racchiuse nelle singole leggi istitutive e nelle discipline settoriali.

Come nel caso della legge n. 287/1990 per l'Agcm, l'art. 2, comma 5, della l. n. 481/1995, stabilisce che queste autorità *operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”*.

Inoltre, ai sensi del comma 27 dell'articolo da ultimo citato, ciascuna di queste autorità *“ha autonomia organizzativa, contabile e amministrativa”*; mentre *“[i]l bilancio preventivo e il rendiconto della gestione, soggetto al controllo della Corte dei conti, sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale”*.

Quest'ultima legge contiene, inoltre, quelle stesse regole organizzative già esaminate per il modello generale di autorità amministrative indipendenti e per l'Agcm in particolare: requisiti di competenza e professionalità, durata dell'incarico di sette anni senza possibilità di rinnovo, composizione collegiale

⁶⁰ Per uno studio di questa autorità, v. AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas: atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996*, Milano, Giuffrè, 1996; AA.VV., *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di L. Ammannati, Milano, Giuffrè, 2005; E. BRUTI LIBRATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006; AA.VV., *il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati, Torino, Giappichelli, 2007; AA.VV., *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Milano, Giuffrè, 2011.

⁶¹ In dottrina, v. G. FALCON, *Il “primo”, il “secondo” ed il “terzo” garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 96 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 1997; V. ROPPO, *Note minime sulla costituenda “Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1997, pp. 325 ss.; G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Della Cananea, Torino, 2005, pp. 9 ss..

dell'organo, autonomia finanziaria e gestionale.

Tuttavia, come si è ricordato, la disciplina della nomina prevista per i componenti di questi particolari organismi ha destato, sin dall'inizio, perplessità sulla loro effettiva indipendenza.

In particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 7, della l. n. 481/1995, detta nomina deve essere effettuata con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente.

In tal modo, però, come da molti messo in evidenza, la nomina rischia inevitabilmente di essere facilmente assoggettata a interferenze ministeriali, nonostante sia anche previsto che le designazioni effettuate dal Governo debbano essere previamente sottoposte al parere delle competenti Commissioni parlamentari⁶².

Peraltro, il problema relativo alla riconducibilità delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità al modello delle autorità amministrative indipendenti non si è posto solo in riferimento alle ingerenze ministeriali nei meccanismi di nomina, ma, più in generale, ha riguardato, il ruolo funzionale occupato dall'Aeeg e dall'Agcom nel quadro delle competenze normative e amministrative dei rispettivi settori, così come andato evolvendosi a seguito della loro istituzione.

Nel caso dell'Aeeg in particolare, la l. n. 481/1995 aveva architettato, con sufficiente chiarezza e univocità, un sistema regolatorio caratterizzato dalla centralità di quest'ultima autorità, alla quale sono stati demandati la "regolazione e il controllo" del settore dell'energia, nonché trasferite tutte le funzioni amministrative prima esercitate da altre pubbliche amministrazioni⁶³.

A partire dalla fine degli anni Novanta, però, diversi interventi legislativi

⁶² Per questa particolare tematica, oltre G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit., v. G.E. LONGO, *Note sulla cosiddetta indipendenza delle Authorities per i servizi di pubblica utilità*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1995, pp. 677 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato conc. reg.*, 2003, pp. 337 ss.

⁶³ V. art. 2, commi 5 e 14, della l. 14 novembre 1995, n. 481.

hanno portato ad un detrimento delle competenze dell'Aeeg⁶⁴, e ciò in favore delle competenze che, invece, sono state riconosciute al Ministero (attualmente denominato) dello sviluppo economico⁶⁵, cui sono state anche trasferite funzioni precedentemente affidate all'Aeeg⁶⁶, mentre il Governo si è visto riconoscere poteri di indirizzo e di sostituzione⁶⁷.

In generale, le “finalità” delle disposizioni contenute nella legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sono individuate dall'art. 1 della stessa l. n. 481/1995: *“la promozione della concorrenza, l'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, [...] nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo”*.

La norma da ultimo citata specifica, altresì, che *“il sistema tariffario armonizzi gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli*

⁶⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc. 2, pp. 435 ss., il quale affronta il tema del passaggio da un sistema regolatorio monistico del settore energetico ad un sistema sostanzialmente dualistico, criticando la tesi che intende l'Aeeg come agenzia tecnica del governo. Analogamente, anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, accanto all'Agcom, inizialmente riconosciuta dalla l. n. 249/1997 come protagonista del sistema di regolazione e controllo, è stato affiancato il ministero delle comunicazioni, cui sono stati affidati, dapprima poteri amministrativi, come rilasciare autorizzazioni e licenze, e, successivamente, anche poteri regolatori (con il Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259). Su quest'ultimo tema, v. M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *G.d.a.*, 2001, pp. 1287 ss..

⁶⁵ Il riconoscimento di tali competenze è avvenuto con i d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164, con cui sono stati rispettivamente liberalizzati i settori dell'energia elettrica e del gas.

⁶⁶ Tra le norme che hanno operato tale trasferimento, si annoverano: l'art. 1-quinquies. comma 5, del d.l. 29 agosto 2003, n. 239 (conv. con l. 27 ottobre 2003, n. 290), che ha assegnato al ministero la definizione delle “modalità e condizioni” delle importazioni di energia elettrica, prima di competenza dell'Aeeg, cui sono rimasti soltanto compiti consultivi; l'art. 1-quinquies. comma 6, del medesimo d.l. n. 239/2003 e l'art. 1, commi 17 e 18, della l. 23 agosto 2004, n. 239, con cui sono state trasferite al ministero la competenza ad accordare alle nuove infrastrutture di interconnessione elettrica e del gas le esenzioni dalla disciplina in tema di diritto di accesso dei terzi, riconoscendo al ministero, altresì, il potere di definire “i principi e le modalità” per il rilascio delle citate esenzioni.

⁶⁷ V. l'art.1, commi 11-14, della l. n. 239/2004.

obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse”, ponendo quindi tra le finalità della disciplina altri interessi ancora, anche di matrice extra-economica.

Le “funzioni” e i “poteri” delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, poi specificati dalle rispettive discipline di settore, sono definiti in termini generali dall’art. 2, comma 12.

In particolare, tra queste funzioni e poteri rientrano i seguenti: formulare osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento per migliorare il sistema della regolazione e il regime delle concessioni e delle autorizzazioni; controllare che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, nonché dell’obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo da soddisfare le esigenze degli utenti, garantendo il rispetto dell’ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti; stabilire e aggiornare la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe del servizio applicate agli utenti; emanare le direttive per la separazione contabile e amministrativa, nonché verificare i costi delle singole prestazioni, in modo che siano evidenziati separatamente gli oneri della fornitura del servizio universale; emanare le direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi, definendo in particolare i livelli generali e specifici di qualità; controllare lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell’utente; valutare reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio; verificare la congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, la continuità della prestazione dei servizi, la verifica periodica sulla qualità e sull’efficacia delle prestazioni, l’informazione sui servizi, l’accesso degli utenti agli uffici aperti al pubblico la semplificazione delle procedure per l’erogazione del servizio, la sollecita gestione di reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari; controllare che ciascun soggetto esercente il servizio adotti una carta di servizio pubblico con indicazione di standards dei singoli servizi e ne verifichi il rispetto.

Per lo svolgimento delle proprie funzioni, l’art. 2, comma 20, della l. n. 481/1995, attribuisce alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità una serie di “poteri puntuali” nei confronti dei soggetti esercenti il servizio:

richiedere informazioni e documenti sulle loro attività; effettuare controlli in ordine al rispetto delle convenzioni, dei contratti di programma e dei regolamenti di servizio; irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza dei propri provvedimenti o per la mancata ottemperanza alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri; sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione, in caso di reiterazione delle violazioni, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti; ordinare la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo l'obbligo di corrispondere un indennizzo; adottare, nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio.

Nei confronti di settori come l'energia elettrica e le comunicazioni elettroniche, la funzione di regolazione, in particolare, ha avuto e ha un significato particolare che dipende dalle peculiarità delle infrastrutture essenziali per operarvi e dalle conseguenze che ne derivano in termini concorrenziali.

All'inizio del graduale processo di liberalizzazione⁶⁸ di questi settori, infatti, l'esigenza di porre delle regole è stata accentuata dal fatto che l'accesso da parte di nuove imprese e la loro competitività non potevano essere lasciati in balia del potere di mercato degli incumbents, ossia gli ex monopolisti, ma è stata sentita la necessità di intervenire con una regolazione idonea a promuovere la concorrenza.

Ciò è principalmente spiegato dal fatto che gli ex monopolisti, pur quando privatizzati, rimangono avvantaggiati dal fatto che le reti, di cui già disponevano per operare nei rispettivi settori ed erogare i relativi servizi, non possono essere replicate se non a costi proibitivi, oltre ad avere costi fissi comunque molto alti.

In altre parole, in questi settori, a lungo dominati dal monopolio legale e,

⁶⁸ Le politiche di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici implicano, certamente in una prima fase, "non già una riduzione bensì un potenziamento ed una più complessa articolazione degli interventi", come sottolineato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, p. 1.

di per sé, tendenti al monopolio naturale, per quanto appena ricordato sulle caratteristiche delle infrastrutture necessarie per operarvi, non è stato ritenuto sufficiente fare affidamento sulle condizioni normali per il funzionamento della concorrenza, intendendosi per condizioni normali l'apertura formale alla concorrenza e l'assoggettabilità ai poteri dell'Agcm.

Con interesse a tale ordine di problematiche, il settore dell'energia - proprio perché caratterizzato, rispetto al settore delle comunicazioni elettroniche, da una liberalizzazione soltanto parziale, dovuta alle infrastrutture coinvolte - risulta essere particolarmente rappresentativo.

Per i servizi a rete di dimensione nazionale di quest'ultimo settore, sebbene articolati in ambito locale, i processi di liberalizzazione (e privatizzazione) hanno implicato la separazione tra gestione delle reti e prestazione dei servizi e il riconoscimento in favore degli operatori del diritto di accesso e di interconnessione alle infrastrutture essenziali non replicabili.

Si è, inoltre, voluto introdurre e incentivare la concorrenza, demandando alla regolazione dell'Aeeg la disciplina di quei profili da cui dipende concretamente la concorrenzialità nel mercato dell'energia: l'accesso alle reti; la concorrenza nell'offerta; la libertà di scelta del consumatore.

Questa funzione di regolazione è esplicata dall'autorità di regolazione settoriale attraverso l'esercizio di poteri di emanazione di norme secondarie e di provvedimenti ad efficacia generale, che variano in relazione ai diversi segmenti delle filiere produttive corrispondenti ai settori dell'elettricità e del gas, e si concretizzano in limitazioni per le imprese, riguardanti la fissazione dei prezzi e la determinazione delle modalità di erogazione dei servizi, nonché decisioni sulla loro struttura organizzativa aziendale.

Il rapporto tra concorrenza e regolazione cambia a seconda che quest'ultima sia rivolta ad attività svolte in segmenti aperti alla concorrenza o in segmenti non liberalizzati.

In riferimento a questi ultimi segmenti, infatti, viene condotta la parte più delicata della regolazione dell'Aeeg per la concorrenza⁶⁹, ossia quella diretta alle attività relative alla gestione delle infrastrutture essenziali per operare nei

⁶⁹ Cfr. F. SCLAFANI e L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. P. Cirillo e R. Chieppa, Cedam, Padova 2010, pp. 378 ss..

mercati nazionali dell'elettricità⁷⁰ e del gas⁷¹.

Attraverso la regolazione di queste infrastrutture essenziali⁷², l'Aeeg promuove la concorrenza e gli effetti di questa regolazione pro-concorrenziale si dovrebbero riflettere nei segmenti liberalizzati delle filiere dei due mercati energetici nazionali, posti a monte (produzione e importazione di energia elettrica e coltivazione del gas) e a valle (fornitura di elettricità e gas) delle reti di trasporto e trasmissione⁷³.

Inoltre, la regolazione dell'Aeeg è funzionale alla concorrenza anche quando è rivolta alle attività ormai formalmente liberalizzate nei settori dell'elettricità e del gas. Sebbene questi segmenti siano stati aperti al mercato, infatti, la regolazione è stata ritenuta e utilizzata, seppur non sempre con il successo sperato, come strumento comunque necessario per rendere effettiva la

⁷⁰ Nel settore dell'energia elettrica i segmenti della filiera non aperti alla concorrenza corrispondenti a tali infrastrutture sono costituiti da due tipologie di reti: a) la rete di trasmissione nazionale (RTN) che, concessa in gestione a Terna s.p.a., dal Ministro dello sviluppo economico, è utilizzata per il trasporto e la trasformazione dell'elettricità prodotta dalle centrali nazionali o importata dall'estero, ai fini della consegna ai clienti, ai distributori e ai destinatari dell'energia autoprodotta; b) le reti (a bassa e media tensione) di distribuzione che, concesse in gestione alle imprese di distribuzione dagli enti locali, servono a trasportare l'energia elettrica ai clienti finali.

⁷¹ Nel settore del gas naturale i segmenti della filiera non liberalizzati sono costituiti dalle seguenti infrastrutture essenziali: a) i giacimenti di stoccaggio, ossia giacimenti esauriti utilizzati per conservare il gas; b) gli impianti di gas naturale liquefatto; c) la rete di trasporto nazionale; d) le reti di distribuzione locale utilizzate per la consegna ai clienti finali.

⁷² Con riferimento alle reti di distribuzione di elettricità e gas in particolare, la regolazione dell'Aeeg è altresì diretta ad incrementare l'efficienza energetica tramite la realizzazione di progetti di risparmio energetico. Anche se, in questo caso, i poteri normativi dell'Aeeg, privi di fondamento legislativo, sono stati previsti dai decreti ministeriali con i quali la legge dispone che siano individuati gli obiettivi e i principi delle misure di incremento dell'efficienza energetica. Tra i poteri che questi decreti ministeriali hanno attribuito all'Aeeg rileva quello di regolare le attività di valutazione e di certificazione dei progetti di risparmio energetico che la stessa Aeeg è competente a svolgere.

⁷³ In particolare, la concorrenza nei segmenti non liberalizzati viene promossa attraverso i seguenti tipi di interventi regolatori: a) la regolazione tariffaria per l'accesso alle reti; b) la regolazione delle condizioni tecniche di accesso alle reti; c) la regolazione degli obblighi di separazione (*unbundling*) contabile, amministrativa, societaria e funzionale.

concorrenza⁷⁴.

Con il d.l. 201/2011 (c.d. “Salva-Italia”), sono state attribuite all’Aeeg “*le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici*” in precedenza affidate all’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua (art. 21, comma 19).

Tali funzioni, che quest’ultima autorità, ribattezzata “Aeegsi”, esercita con i medesimi poteri attribuiti dalla sua legge istitutiva, la n. 481/1995, si riferiscono ai diversi profili del servizio idrico integrato: dalla definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura di questi costi, alle competenze in tema di qualità del servizio, di verifica dei piani d’ambito e di predisposizione delle convenzioni tipo per l’affidamento del servizio.

3. Il rapporto tra la concorrenza e i servizi di interesse economico generale.

È importante non tralasciare che la concorrenza non è l’unico obiettivo sotteso alla regolazione dei servizi del settore energetico⁷⁵.

Al contempo, infatti, è stata avvertita anche l’esigenza che questi servizi, proprio perché ritenuti essenziali per la collettività, fossero regolati in modo tale che la loro prestazione soddisfacesse determinati bisogni collettivi, collegati al perseguimento di interessi pubblici.

In particolare, da un punto di vista normativo, conta il fatto che - a differenza della legge n. 287/1990, il cui art. 1, nel delineare l’ambito di

⁷⁴ Per tale motivo, in materia di fornitura, ossia di vendita o di consegna, di elettricità e gas ai clienti finali, l’Aeeg è ancora titolare di importanti poteri di regolazione con effetti pro-concorrenziali e di immediata tutela dell’utenza, come determinare le tariffe relative all’elettricità e al gas, nonché dettare i livelli di qualità delle condizioni commerciali e tecniche della fornitura, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei documenti di fatturazione.

⁷⁵ Con particolare interesse al rapporto tra tutela della concorrenza e regolazione nella politica comunitaria dei servizi a rete, oltre a F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., v. AA.VV., *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, a cura di F.A. Grassini, Bologna, 1998; AA.VV., *I servizi a rete in europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzie dei cittadini*, a cura di Erminio Ferrari, Milano, 2000; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 3, pp. 453 ss.; G. CAGGIANO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell’energia nel diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, fasc. 1, 41 pp. ss..

applicazione della normativa antitrust nazionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario, si limita a stabilire che le disposizioni contenute in detta legge sono "in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica" - la legge istitutiva dell'Aeeg definisce le finalità della normativa ivi contenuta in modo più specifico e articolato.

Nel definire dette finalità, la l. n. 481/1995 contempera la libertà di iniziativa economica delle imprese e i bisogni del consumatore con altri interessi in ragione delle particolari caratteristiche dei settori considerati.

Più esattamente, come si è visto, tra le summenzionate finalità, l'art. 1 della l. n. 481/1995, indica sì di garantire la "promozione della concorrenza", che poi non equivale a tutelarla, ma anche di garantire altri beni giuridici, non solo strettamente economici, che non sono tutti necessariamente compatibili con un mercato completamente concorrenziale.

In questo variegato quadro finalistico, non è facile interpretare il diverso valore che il legislatore ha voluto assegnare alla concorrenza e agli interessi dei consumatori, anche se è registrata è la tendenza di intendere la promozione di quest'ultimi interessi come intervento utile a promuovere la concorrenza stessa⁷⁶.

In ogni caso, nell'ambito della nuova costituzione economica, così come

⁷⁶ Più in generale, posto che la stessa l. n. 481/1995 prevede che il sistema tariffario debba armonizzare "gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse" (art. 1, comma 1), la stessa Corte costituzionale, in più occasioni (sent. 27 marzo 2009, n. 88, e 6 novembre 2009, n. 82), ha sottolineato i condizionamenti reciproci che intercorrono tra la materia dell'energia e i settori di tutela della concorrenza e di tutela dell'ambiente. Tale ordine di condizionamenti complica la possibilità di distinguere in modo netto tra la regolazione prettamente economica e quella di carattere propriamente sociale. In dottrina, v. M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011, pp. 1000, nota 78; C. BUZZACCHI, *La materia dell'energia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il prisma dell'energia*, a cura di C. Buzzacchi, Milano, 2010, 14 ss.; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas*, in *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di L. Ammannati, Milano, 2005, pp. 322 ss.; M. BENEDETTI e S. MORETTINI, *La concorrenza, l'ambiente e gli interessi sociali nell'AIR*, in *L'analisi dell'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi e G. Vesperini, Carocci, Roma, 2012, pp. 133 ss.. Pur essendo un potere che è stato trasferito dall'Aeeg al Ministero dello Sviluppo economico, F. SCLAFANI e L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., pp. 396 ss., considerano le delibere di regolazione dell'assegnazione della capacità di interconnessione con la regola elettrica estera, come particolarmente esemplificative della tensione nell'attività dell'Aeeg tra regolazione economica e regolazione sociale, promozione della concorrenza e tutela della concorrenza.

evolutasi con il processo di integrazione europea, se è possibile affermare che la regolazione di servizi a rete, come quelli dei settori dell'energia e delle comunicazioni elettroniche, è stata fondata sulla promozione della concorrenza, che rimane tuttora una delle sue principali funzioni, è pur vero che questa promozione - così come la stessa tutela della concorrenza - è stata mitigata dalla necessità che tali servizi, in quanto rientranti nel concetto giuridico di "servizi di interesse economico generale"⁷⁷, fossero espletati secondo modalità, che non sarebbero realizzabili, se non senza violare la stessa disciplina comunitaria della concorrenza.

Infatti, tenuto conto delle peculiarità legate alla operabilità dei mercati e all'espletamento dei servizi di interesse economico generale, in considerazione dei connessi bisogni fondamentali, avvertiti come tali in ambito nazionale ancor prima della nascita della Comunità economica europea, il legislatore comunitario ha provveduto a bilanciare il corretto svolgimento di tali servizi

⁷⁷ In tema di servizio pubblico e di servizio di interesse economico generale, v. R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, pp. 85 ss.; B. DELVAUX, GIUSEPPE FABER, *La nozione di "servizio di interesse generale"*, in *Riv. dir. ind.*, 1965, pp. 157 ss.; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, pp. 235 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, fasc. 1, pp. 181 ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, Giuffrè, 2001; G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, pp. 63 ss.; A. CLARIZIA, *I servizi pubblici tra mercato e universalità*, 2003; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007; AA.VV., *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di F. Ferrari, Torino, 2007; M. CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. Pubbl. comunit.*, 2008, fasc. 1, pp. 71 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo al modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza "limitata". Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010; AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 1 ss..

con la libertà di competizione.

Tale bilanciamento è stato operato fin da subito, con le disposizioni inserite all'art. 90 TCEE, poi trasposte all'art. 86 TCE, ed ora contenute nell'art. 106 TFUE, in forza del quale: *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte alle [...] regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

In termini simili, ma non identici⁷⁸, il legislatore italiano, all'art. 10 della l. n. 287/1990, dopo aver stabilito che le disposizioni contenute in detta legge si applicano sia alle imprese private, che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale (comma 1), ha prescritto che queste ultime disposizioni *“non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”* (comma 2).

Quindi, i “servizi di interesse economico generali” - forgiati dal diritto comunitario con un significato più ampio di quello attribuito ai cosiddetti servizi pubblici (soprattutto rispetto all'accezione soggettiva di questi ultimi), per poi essere rielaborati, nell'ambito comunitario stesso, nel concetto ancora più ampio di “servizi di interesse generale” - costituiscono un'area di potenziale deroga alla normativa antitrust del diritto nazionale e dell'Unione europea.

I confini di detta area sono mutati nel corso del tempo, anche se, nell'ambito del diritto comunitario, tanto di applicazione amministrativa che giurisdizionale, si è costantemente fatto ricorso al principio di proporzionalità, proprio per bilanciare concretamente, caso per caso, l'imposizione di un regime di mercato concorrenziale, da una parte, e il soddisfacimento dei bisogni collettivi coinvolti nella prestazione di servizi di interesse economico generale.

Durante gli anni Ottanta e i primi anni Novanta, la Commissione ha applicato più volte la disposizione di cui all'art. 86 TCE, paragrafo 2,

⁷⁸ Come evidenziato da F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., p. 86, nota 66, la dottrina si è divisa tra chi, da una parte, ha sottolineato la differenza tra le due norme (R. ALESSI E G. OLIVERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 57 ss.) o, comunque, ha ritenuto necessario evidenziare le differenze dei due rispettivi ordinamenti giuridici di appartenenza (A. GUARINO, *Alcune riflessioni di ordine sistematico intorno alla portata dell'art. 8 della legge 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 1994, pp. 403 ss.), e, dall'altra, chi, invece, ha sostenuto la sostanziale coincidenza delle due norme (S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit. 88-89).

soprattutto nel mercato delle telecomunicazioni, spesso in combinazione con l'art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) sull'abuso di posizione dominante, comportando l'emanazione di diffide e l'irrogazione di sanzioni nei confronti di imprese direttamente o indirettamente riconducibili ad uno Stato.

Del pari, la giurisprudenza comunitaria ha dato un'interpretazione molto stretta dell'art. 82 TCE, tendendo a riconoscere più difficilmente la legittimità alla deroga al principio di concorrenza.

A cominciare dalla sentenza Corbeau del 1993, però, l'orientamento della Corte di giustizia si è dimostrato più favorevole ad ampliare le deroghe alla concorrenza, anche se pur sempre entro i limiti del raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale⁷⁹.

Di lì a breve, inoltre, l'attenzione delle politiche comunitarie si è spostata maggiormente verso i servizi di interesse (economico e non economico) generale, a partire dall'adozione della Comunicazione del 1996⁸⁰, con cui la

⁷⁹ Sentenza 19 maggio 1993, Procedimento penale a carico di Paul Corbeau, in Racc., pp. 19 ss. Si tratta della sentenza emanata dalla Corte di giustizia dell'UE, su richiesta del Tribunale di Liegi, il quale aveva proceduto penalmente contro Corbeau, per aver offerto servizi di posta celere, violando la legge belga, in forza della quale il servizio postale era affidato in via esclusiva a Régie des Poste. Con questa sentenza - cui seguirono, invero, processi di liberalizzazione-privatizzazione di importanti servizi pubblici precedentemente gestiti in regime di monopolio - la Corte, pur riconoscendo l'esistenza di un servizio di interesse economico generale in capo a Régie des Poste, ha invocato il principio di proporzionalità, per ritenere la normativa belga incompatibile con il diritto comunitario, nella, parte in cui riserva all'amministrazione il servizio di postacelere; e stabilire che la concorrenza può essere limitata soltanto nell'ambito del raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale (raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza) e che il potere di monopolio vale solo per i servizi già forniti, ma non per quelli nuovi o non forniti dall'operatore monopolista. In particolare, la Corte ha stabilito che l'art. 86, par. 2, del Trattato consente agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui *"restrizioni della concorrenza"*, o persino *"l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici"*, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi". Quindi, per la Corte, il diritto esclusivo di Régie des Poste era giustificato dall'obbligo dell'ente postale di garantire i suoi servizi in tutto il territorio *"in condizioni di equilibrio economico"*; considerato che, con l'apertura alla concorrenza, le imprese private concorrenti si sarebbero concentrate sui settori economicamente più redditizi, come la distribuzione della posta nelle grandi città, realizzando dei profitti, che non sarebbero stati compensati dalle perdite subite in settori meno redditizi. Tuttavia, per la stessa Corte, *"l'esclusione della concorrenza non si giustifica quando si tratta di servizi specifici, scindibili dal servizio d'interesse generale"*, come il postacelere.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, I servizi di interesse generale in Europa, 96/C 281/03, in GUCE C 281 del 26 settembre 1996.

Commissione apre una prima riflessione di ampio raggio su questi particolari servizi, intendendoli come elemento chiave del modello europeo di società.

Con l'approvazione del Trattato di Amsterdam nel 1997, è stato introdotto il nuovo testo dell'art. 16 TCE⁸¹, per il quale *“in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché funzionino in base a principi e condizioni che consentono loro di assolvere i loro compiti”*.

Nel 2000, è poi stata approvata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al cui art. 36 è stato stabilito che *“al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformante al Trattato che istituisce la Comunità Europea”*⁸².

Successivamente, la Commissione ha adottato altri atti di diritto secondario dedicati ai servizi di interesse generale, ossia la comunicazione del 2001⁸³, il libro verde del 21 maggio 2003⁸⁴ e il libro bianco del 12 maggio 2004⁸⁵.

Fino a quando, con l'approvazione nel 2007 del Trattato di Lisbona, le disposizioni di cui all'art. 16 del Trattato CE sono state riportate e integrate all'art. 14 TFUE, facendo espressamente salvi l'art. 4 TFUE, relativo al principio di attribuzione (per cui gli Stati membri hanno competenza residuale per tutto quanto non di competenza dell'Unione), nonché la competenza degli

⁸¹ Sull'introduzione di quest'articolo, v. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza*, cit. p. 98.

⁸² Per tale norma, v. A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, Il Mulino, 2001; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, pp. 633 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 728 ss..

⁸³ Comunicazione della Commissione del 17 ottobre 2001, I servizi di interesse generale in Europa, 2001/C 17/04, in GUCE C 17 del 19 gennaio 2001.

⁸⁴ Libro verde sui servizi di interesse generale, Bruxelles, 21 maggio 2003, COM (2003) 270 definitivo.

⁸⁵ Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Libro bianco sui servizi di interesse generale, Bruxelles, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 definitivo.

stati membri di *“fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”*⁸⁶.

In proposito, tra le disposizioni interpretative allegate al TFUE dal Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale del 2009, figura l’art. 1, per il quale i valori comuni dell’Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell’art. 14 TFUE comprendono *“il ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”*⁸⁷.

In particolare, l’art. 1 del Protocollo n. 26 riconduce ai valori dell’Unione anche *“la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse”*; nonché *“un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utente”*.

Questi ultimi valori, in particolare, fermi rimanendo gli obiettivi della liberalizzazione e del completamento del mercato interno, caratterizzano la missione dei servizi di interesse economico generale, e si traducono in obblighi positivi e negativi a carico delle imprese, spesso denominati obblighi di pubblico servizio.

Tali obblighi riguardano prestazioni che le imprese, sulla base di mere valutazioni economiche, non svolgerebbero, e corrispondono alla tutela di consumatori e utenti (attraverso il riconoscimento di diritti nei confronti di questi ultimi), nonché al servizio universale.

⁸⁶ In relazione ai servizi di interesse generale, v. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell’11 novembre 2010, Verso un atto per il mercato unico - Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva, 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, COM(2010) 608 definitivo/2. Con specifico riguardo agli interessi economico generale, si ricorda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale e al Comitato delle Regioni, Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale, Bruxelles, 23 marzo 2011, COM(2011) 146 definitivo.

⁸⁷ Pur non riguardando *“la liberalizzazione dei servizi d’interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi”* (art. 1, paragrafo 2), anche la Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi del mercato interno *“lascia impregiudicata la libertà degli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finalizzati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici esse debbano essere soggetti”* (art. 1, paragrafo 3, comma 2).

Con quest'ultimo concetto, si intende l'insieme di esigenze di interesse generale, cui dovrebbero essere assoggettati i servizi a rete. E gli specifici obblighi, che ne discendono, sono finalizzati a garantire, a prezzi ragionevoli, l'accesso di tutti i consumatori e utenti al servizio, che deve essere caratterizzato dalla continuità della fornitura e da un livello qualitativo prestabilito.

Come già era emerso dal libro bianco del 2004, la Commissione ha deciso di sviluppare e di continuare a seguire la sua impostazione settoriale senza ricorrere, per il momento, ad una direttiva quadro in materia di servizi di interesse generale⁸⁸.

All'intensificarsi dall'importanza attribuita dal Trattato di Lisbona ai servizi di interesse economico generale, però, non è corrisposta altrettanta attenzione per la concorrenza.

È anzi significativo il fatto che - per quanto regolata dagli articoli del capo I del Titolo VII del TFUE (artt. 101-109), e sebbene richiamata dall'art. 3, paragrafo 1, lett. b), ai sensi del quale, tra i settori di competenza esclusiva dell'Unione, rientra la *“definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”* - la concorrenza non è più espressamente intesa come strumento per perseguire obiettivi fondamentali, come invece faceva il Trattato CE.

4. I problemi di collocazione e di compatibilità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti.

Facendo mente sulla teoria, per la quale, la necessità di tutelare i particolari interessi emergenti dai settori sensibili presuppone l'esercizio di funzioni (e poteri) di regolazione e garanzia di tipo tecnico e neutrale, si è facilmente portati a condividere, almeno sul piano pratico, le ragioni che hanno determinato la creazione e la diffusione di soggetti pubblici altamente

⁸⁸ Ne è un esempio proprio la direttiva 2009/72/CE sull'energia elettrica, che richiama espressamente l'art. 86 TCE, e riconduce agli obblighi di pubblico servizio¹² *“la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela dell'ambiente, compresa l'efficienza energetica, l'energia da fonti rinnovabili e la protezione del clima”* (art. 3, paragrafo 2). Con attinenza alla universalità del servizio, la stessa direttiva, inoltre, stabilisce che *“[g]li Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono necessario, le piccole imprese [...] usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, vale a dire del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori”* (art. 3, paragrafo 3).

specializzati e svincolati dal potere governativo.

È in queste funzioni che ne giustificano l'indipendenza, del resto, che risiede la novità rappresentata dall'avvento delle autorità amministrative indipendenti in quanto per l'assolvimento di tali funzioni, queste autorità si sono viste riconoscere poteri, che per le loro particolarità, come si è detto, sono assimilabili ai poteri legislativi e giurisdizionali.

Tuttavia, proprio perché non esercitati dal parlamento e dalla magistratura, tali poteri sembrano dislocare queste autorità dall'ambito delle amministrazioni pubbliche. E cioè, come se le autorità amministrative indipendenti costituissero una sorta di vero e proprio "quarto potere"⁸⁹, cui corrisponde una "quarta funzione"⁹⁰ che - in ragione dei peculiari interessi tutelati o perseguiti - si caratterizza per (dover) essere neutrale.

Prima ancora di soffermarsi su quelle che sono le implicazioni procedimentali e giurisdizionali derivanti dalle caratteristiche funzionali e strutturali delle autorità amministrative, nonché, più specificamente, dai loro poteri, è, però, opportuno non perdere una prospettiva realistica del diritto nei confronti di detta neutralità funzionale.

Idealmente, infatti, tali poteri dovrebbero essere esercitati in modo neutrale e, cioè, distaccato dall'interesse pubblico tutelato e da quegli altri interessi pubblici e privati che entrassero in collegamento con quest'ultimo. Anche perché, se così non si dovesse, si finirebbe per contraddire la stessa ragione che giustifica l'assenza di condizionamenti politico-amministrativi su tali autorità da parte del governo.

Quindi, nell'esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti, questa neutralità dovrebbe tradursi in assenza di discrezionalità politica-amministrativa, intesa come ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti dal perseguimento di un interesse pubblico primario (che, nel caso delle tradizionali amministrazioni statali, è un interesse riconducibile

⁸⁹ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., 255 ss., riconosce la natura di potere dello stato di alcune autorità amministrative indipendenti.

⁹⁰ Una quarta funzione che si affianca alle tre tradizionali funzioni statali (legislativa, esecutiva e giurisdizionale), distinguendosi da queste ultime per come è strutturata (cfr. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, cit., 217 ss.).

all'indirizzo politico amministrativo governativo)⁹¹.

Tuttavia, in ragione della flessibilità della tecnica legislativa utilizzata e della opinabilità delle scienze economiche necessarie per esercitare tali poteri, ciò non sempre accade.

Non sempre accade, cioè, che le autorità amministrative indipendenti siano private del potere di compiere delle scelte, che, per quanto svincolate dal Governo, costituiscono, pur sempre, delle decisioni di carattere tecnico opinabile, riguardanti interessi, irrimediabilmente connessi con altri tipi di interessi, pubblici e privati.

Come, del resto è fisiologico che non debba accadere in casi come quello della funzione di regolazione dell'Aeegsi, proprio per il tipo di poteri assegnati.

O come, comunque, è possibile che non accada agevolmente, anche quando si tratti di poteri idealmente vincolati, come nel caso della funzione di garanzia dell'Agcm, in quanto le sanzioni irrogate da quest'ultima autorità (e, ancor di più gli ordini positivi impartiti), possono costituire, di fatto, delle vere e proprie scelte di politica economica.

A ben vedere, poi, se è vero che le autorità amministrative indipendenti rappresentano un arretramento dalla politica (così come rappresentata dal Governo e dal Parlamento), è altrettanto vero che gli effetti della loro azione si riflettono in termini sostanzialmente politici in campi rimasti di competenza del Governo e del Parlamento⁹². E la scelta di delegare determinati funzioni ad organismi di tal fatta, in fondo, costituisce essa stessa una scelta politica, alla cui

⁹¹ cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, 3° ed., Milano, 1993, 49-50, per il quale due sono i passaggi che, insieme, costituiscono l'esplicazione della discrezionalità amministrativa, ossia il "giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e [l]a volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione" (id., *Il potere discrezionale*, cit., 166). Per uno studio della discrezionalità amministrativa, oltre a *Lezioni di diritto amministrativo*, I, 1950, 98 ss., dell'A. da ultimo citato, ed alle opere qui citate in nota 20 sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni pubbliche, v. A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, 65; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano 1998; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il contenuto del provvedimento amministrativo*, in *Il Provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 43 ss..

⁹² Per autori come N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, 1999, 105, "l'equazione neutralità = politicità è puramente falsa" e "[l]e autorità amministrative indipendenti compiono scelte valutative di (rilevante) carattere politico".

base sono poste le dominanti ideologie dell'economia di mercato e delle società occidentali⁹³.

Se così è, si potrebbe affermare che mentre, da una parte, l'amministrazione pubblica più tradizionale si è evoluta nel senso dell'affermazione di una netta distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di governo, il più recente fenomeno delle autorità amministrative indipendenti costituirebbe una tendenza inversa.

D'altra parte, l'asserita neutralità delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti, piuttosto che essere intesa come un qualcosa di connaturato all'organizzazione ed ai poteri di tali autorità, ha un preminente significato prescrittivo, che la fa appartenere al mondo del dover essere.

Il ché, da una parte, non dovrebbe neanche stupire se si ricorda quant'è delicato il temperamento dei diversi interessi riferibili ai settori sensibili affidati alle autorità amministrative indipendenti.

Tant'è che, tra chi si è occupato di queste autorità, c'è chi ha sottolineato che, proprio perché le funzioni di composizione dei conflitti riguardanti tali interessi non possono non essere politiche (pur se in senso lato), è stato necessario attribuirne lo svolgimento a organismi indipendenti dal Governo e, soprattutto, neutrali e, ciò, volti a perseguire un "interesse obiettivo dell'ordinamento"⁹⁴.

Il valore prescrittivo della neutralità, però, cambia di intensità e significato, in relazione alle singole autorità amministrative indipendenti considerate. Ed è proprio a tale ultimo riguardo che è appare particolarmente significativo confrontare l'Agcm e l'Aeegsi.

⁹³ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., pp. 215 ss., non condivide di ricostruire l'attività dell'Agcm come "esercizio di funzioni neutrali, materialmente estranee alla nozione di amministrazione ed accostabili alla funzione giurisdizionale", né riconosce che l'Agcm possa compiere delle "vere e proprie scelte politiche (o quanto meno di effettuare ponderazioni di interessi)"; ritenendo più corretto interpretare detta autorità come "organo finalisticamente orientato al perseguimento di interessi pubblici". Sempre con riguardo alla compenetrazione tra politica e neutralità nell'esercizio concreto delle funzioni dell'Agcm, L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 168 ss., evidenzia come "il lavoro istruttorio svolto dalla Autorità finisce per esaurire [...] lo spazio che potrebbe risultare riservato alla scelta di natura politica"; mentre "la politica finisce per far capolino dallo sfondo delle risultanze istruttorie; ed allora il sistema pare voler assestarsi dimostrando la perfetta compatibilità della presenza di valutazioni discrezionali con una tipologia procedimentale e decisionale di natura paragiurisdizionale".

⁹⁴ F. LONGO, *Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità amministrative indipendenti, in I garanti delle regole*, cit., p. 15.

Non a caso, si è *supra* accennato che, nell'esercizio dei poteri di emanazione di norme secondarie o di provvedimenti amministrativi generali dell'Aeegsi, un certo grado di discrezionalità politico-amministrativa appare inevitabile per l'espletamento della funzione di *regulation*. Certamente, questo non vuol dire che l'attività di regolazione dell'Aeegsi sia un'attività libera, a partire dal fatto che rimane pur sempre un'attività contenuta entro i limiti finalistici posti dalla l. n. 481/1985.

Diversamente, però, nell'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (e nell'emanazione degli ordini negativi) dell'Agcm, non sembra potersi ammettere alcun margine di discrezionalità politico-amministrativa, poiché questo genere di discrezionalità sarebbe estranea alla funzione di *adjudication*, e inammissibile nell'esercizio di poteri di tipo vincolato.

Più in generale, sul piano più prettamente strutturale, parte della dottrina ha sottolineato che alle funzioni di garanzia e di regolazione delle autorità amministrative indipendenti corrispondono due concetti diversi di indipendenza⁹⁵. Per questi autori, proprio perché garanti, solo autorità come l'Agcm sarebbero terze rispetto agli interessi coinvolti dalle logiche di mercato. Mentre le autorità di regolazione, come l'Aeegsi, agirebbero più che altro in posizione di imparzialità nel perseguimento di un interesse pubblico.

Il rilievo è condivisibile. Se, infatti, è la necessità che le funzioni loro affidate siano esercitate in posizione neutrale a giustificare l'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti dal governo (e, più in generale dal potere politico), se ne deduce che, ad un minor grado di neutralità, dovrebbe corrispondere una relativizzazione di tale indipendenza.

Così, per le autorità di regolazione come l'Aeegsi, per cui le condizioni di una simile relativizzazione sarebbero poste dalle stesse modalità di nomina dei suoi membri, sarebbe giustificabile un'ingerenza del governo nell'attività di regolazione, maggiore di quanto, invece, possa ritenersi essere ammesso per l'attività di garanzia dell'Agcm.

Tuttavia, appare parimenti condivisibile che, così come quelle *antitrust*, anche le sanzioni pecuniarie irrogate dall'Aeegsi debbano essere scevre di discrezionalità politico-amministrativa, antepoendo ogni scelta di tipo discrezionale alla sola fase regolatoria. In questo senso, il significato prescrittivo di neutralità riacquisterebbe la sua massima espansione.

⁹⁵ Sul punto cfr. A. PERA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *MCR*, 2002, 2, 329 ss..

Il dogma della neutralità delle funzioni loro attribuite ha influenzato buona parte della dottrina nella qualificazione giuridica delle autorità amministrative indipendenti, la cui natura amministrativa - è il caso di ricordare - non è stata data per scontata da tutti.

In particolare, alcuni autori, proprio facendo leva sulla funzione neutrale e arbitrale, interpretata non come cura di interessi pubblici concreti, in quanto tali contrapposti a interessi privati, ma come regolazione e controllo di interessi diversi, hanno negato che queste autorità indipendenti fossero amministrazioni e le hanno indicate come “organi dello Stato-ordinamento”⁹⁶ o come “poteri a

⁹⁶ Cfr. V. CAIANELLO, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 246, il quale si sofferma sulla nozione di neutralità intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco, e sottolinea che si tratta di « un connotato incompatibile con l'idea di amministrazione in senso tradizionale, perché questa, per sua natura, lungi dall'essere neutrale rispetto agli interessi intersecati dalla sua attività, è impegnata istituzionalmente alla realizzazione degli interessi pubblici affidati alla sua cura, e quindi è parte interessata rispetto ad essi ». In particolare l'A. afferma che « mentre neutralità ed imparzialità sono predicati della giurisdizione, solo l'imparzialità è predicato dell'amministrazione ».

livello costituzionale⁹⁷, o comunque come organismi posti al di fuori del tradizionale assetto dei poteri dello Stato. Vi sono poi anche autori che hanno insistito sui loro poteri per definirle come “organi quasi giurisdizionali”⁹⁸, mentre altri ancora si sono soffermati sulla loro autonomia strutturale per

⁹⁷ Cfr. S. CASSESE, *Poteri indipendenti*, cit., pp. 7 ss., ove a fronte della crisi dell'unità dello Stato, del problema della individuazione del settore pubblico non statale e delle sue dimensioni, della questione operativa o gestionale della riconduzione all'indirizzo del governo (e degli altri organi rappresentativi) del vario mondo dei poteri pubblici non statali, e del tema della c.d. “*accountability*” ossia dell'individuazione dei soggetti cui devono rispondere tali poteri, sottolinea come l'introduzione delle autorità indipendenti abbia complicato ulteriormente la situazione. In particolare l'A. argomenta tale rilievo facendo leva su una serie di motivazioni: A) mai tanto potere è stato delegato dal parlamento. Al riguardo l'A. afferma che si è assistito a una “dualizzazione del potere normativo” nel senso che una parte di esso è conservata dal parlamento, mentre un'altra parte viene attribuita alle autorità indipendenti. B) da un lato, il regime della designazione e della nomina (parlamentare) dei titolari delle autorità indipendenti, la durata del loro mandato, l'assenza di subordinazione alle istruzioni dell'autorità governativa e il regime della incompatibilità, hanno posto il governo fuori del circuito del potere di decisione attribuito alle autorità indipendenti.; dall'altro lato, il parlamento nel « delegare » il potere normativo a corpi indipendenti, conserva il controllo su di essi nominandone i titolari, ma perde il medesimo nel momento successivo ossia quando essi operano in piena indipendenza anche nei confronti del parlamento. La conseguenza principale di tali caratteristiche è quella di mutare l'ordinamento tradizionale disapplicando il principio della responsabilità ministeriale collegato alla struttura gerarchica del governo. C) la complicazione della frammentazione dei poteri è collegata alla forma giudiziaria che assume l'attività delle autorità indipendenti le quali agiscono applicando i principi propri del giudice, quali la contestazione degli addebiti, le audizioni delle parti, l'obbligo di motivazione, i poteri strumentali di indagine e di ispezione, i poteri sanzionatori, etc.. Dalla disamina delle caratteristiche dei poteri indipendenti l'A. ricava quali tra i principi più riveriti degli ordinamenti moderni viene messo in discussione, elencando tra questi ultimi: il principio della unitarietà organizzativa o di azione dei poteri pubblici; il principio di democraticità degli ordinamenti; il principio della tripartizione dei poteri; il modello dei rapporti tra governo e parlamento proprio dei sistemi parlamentari.

⁹⁸ Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., p. 128 ss., il quale procede a un'analisi puntuale dei poteri attribuiti all'Agcm, per verificare la tesi sostenuta, mettendo in evidenza come il nucleo principale di questi ultimi non sia costituito da poteri di amministrazione attiva il cui esercizio presupponga una ponderazione discrezionale di interessi pubblici e privati, ma da poteri tradizionalmente riferiti all'ordine giudiziario, finalizzati all'accertamento e alla qualificazione di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità o illiceità, in relazione alla disciplina legislativa.

indicarli come “enti indipendenti”⁹⁹.

In senso contrario, parte della dottrina¹⁰⁰, poi divenuta quella dominante, ha confermato la natura amministrativa di tali autorità, argomentando che esistono numerosi esempi di amministrazioni tipiche, inserite in apparati amministrativi soggetti all’indirizzo politico amministrativo del governo o degli enti territoriali, che svolgono funzioni di tipo neutrale o arbitrale, facendo inoltre notare che è comune che le amministrazioni siano dotate di potere normativo e che non contrasta con la loro natura amministrativa il fatto abbiano poteri di tipo decisorio¹⁰¹.

È stato anche sostenuto che, poiché tali autorità sono state istituite dal legislatore e vengono comunque sottoposte al controllo dei giudici, la loro presunta indipendenza è in realtà relativa e le loro funzioni, seppur esercitate con poteri simili a questi diversi organi, rientrano nel concetto di funzione amministrativa, intesa come cura di interessi pubblici; anche se, poi, questa cura dovrebbe essere esercitata nel modo più neutrale possibile.

Fondamentalmente, è difficile uscire dall’*impasse* della qualificazione giuridica delle autorità amministrative indipendenti, se si ragiona guardando soltanto alle caratteristiche delle tradizionali pubbliche amministrazioni, perché si finisce, per forza di cose, in un circolo vizioso intorno alle differenze tra queste ultime e le autorità (amministrative) indipendenti.

Teoricamente, d’altronde, queste ultime autorità, solo se riconosciute come “i segnali di un mutamento della concezione stessa delle funzioni

⁹⁹ Cfr. R. PEREZ, *Autorità indipendenti*, cit., p. 129, ove, a seguito di una disamina generale della normativa interessata, si conclude sostenendo che le autorità godono di forme di indipendenza più accentuate rispetto a quelle garantite agli altri organismi indipendenti e che questa situazione complica la loro classificazione nell’ambito dei poteri dello Stato, aggiungendo che, mentre i poteri indipendenti trovano un riconoscimento nella Costituzione, questo non accade, per ragioni connesse ai tempi della loro costituzione, alle autorità. Inoltre, si sostiene che le autorità presentano peculiari forme di indipendenza dal Governo, ma anche dal Parlamento. Questa seconda condizione è molto particolare per Perez, che ricorda che, mentre l’indipendenza è frutto di una decisione legislativa per la quale i corpi indipendenti dovrebbero comunque rimanere soggetti al Parlamento (al riguardo ricorda la magistratura), le autorità amministrative indipendenti sembrano svincolate dall’organo legislativo che le ha create, e, condividendone il potere di indirizzo politico, gli si affiancano piuttosto che sottostargli. Inoltre, l’A. afferma che, per quanto concerne i rapporti con il Governo, le Autorità non solo partecipano dell’indirizzo politico di quest’ultimo, ma gli sottraggono addirittura competenze.

¹⁰⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo I*, cit., p.380.

¹⁰¹ N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pp. 102-103.

amministrative e dei modi del loro esercizio”¹⁰², possono essere ricondotte appieno al *genus* (da loro stesse rinnovato) delle pubbliche amministrazioni e, pertanto, venire assoggettate alle regole e ai principi del diritto amministrativo.

Più che le funzioni isolatamente considerate, però, è la combinazione di queste ultime e dei relativi poteri con l'autonomia funzionale e strutturale di cui godono le autorità amministrative indipendenti che ha generato dubbi, a partire da quello della compatibilità costituzionale di queste ultime.

Ovviamente, non si tratta di un problema giuridico soltanto italiano, ma comune ai Paesi membri dell'UE (e con maggiore intensità a quelli con una costituzione rigida come la nostra)¹⁰³, la cui risoluzione in ambito nazionale, a seguito della mancata approvazione del progetto di riforma costituzionale, costituisce una questione attualmente aperta su cui occorre soffermarsi perché, per evidenti motivi sistemici, rappresenta il problema di fondo di tutti i poteri variamente attribuiti alle autorità amministrative indipendenti.

Peraltro, il tema della natura delle autorità amministrative indipendenti è strettamente legato a quello della loro compatibilità costituzionale.

Anche una volta che venga condivisa la natura amministrativa di tali autorità, infatti, le loro peculiarità funzionali e strutturali ne fanno comunque un caso tutto particolare rispetto agli organismi previsti dalla nostra carta costituzionale.

Tant'è vero che, intese come amministrazioni pubbliche, esse costituiscono una deroga al modello di amministrazione centrale risalente alla Legge Cavour del 1853 e confermato dall'art. 95 della Costituzione, per il quale il governo “*mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo*” ed è articolato per ministeri, dei cui atti i ministri sono “*individualmente responsabili*” nei confronti del Parlamento.

In special modo, proprio perché non assoggettate a poteri di direzione e controllo dell'apparato governativo, le autorità amministrative indipendenti finiscono per essere sganciate dal circuito della rappresentanza politica, comportando problemi in ordine alla loro responsabilità e alla loro legittimazione democratica.

¹⁰² N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, cit. 2013.

¹⁰³ Per un confronto con le autorità indipendenti di altri paesi europei, cfr. G. GRASSO, *L'anomalia di un «modello»: le autorità (amministrative) indipendenti nei paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un «inventario»*, in «Il politico», 1999; F. DONATI, *Le autorità amministrative tra diritto comunitario e diritto interno 1*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 1, pp. 27 ss..

È sotto quest'ultimo profilo che questi organismi differiscono anche dal modello amministrativo delineato dalla Costituzione per le regioni, le provincie e i comuni che, seppur riconosciuti dall'art. 114 come *“enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione”*, hanno comunque una loro base democratica diretta, in quanto l'art. 117, comma 2, prevede che i loro organi siano elettivi.

In analogia con alle autorità amministrative indipendenti, invece, l'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, per i quali l'art. 100 della Costituzione stabilisce che *“la legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al governo”*, è implicitamente giustificata dal tipo di funzioni assegnate dalla Costituzione, non soltanto funzioni giurisdizionali, ma anche funzioni amministrative nei confronti del governo: la funzione consultiva del Consiglio di Stato e la funzione di controllo della Corte dei conti, ossia funzioni che verrebbero compromesse se i due istituti e i loro componenti dipendessero dal soggetto che devono rispettivamente consigliare e controllare.

Senonché, quest'istituti non rientrano nel concetto di autorità amministrative indipendenti in quanto se, da una parte, sono giudici e, soltanto come tali, possono emettere sentenze, cioè atti con forza di giudicato, dall'altra, come amministrazioni, non hanno funzioni di regolazione, né di garanzia o, più in generale, funzioni tutorie paragonabili a quelle delle autorità amministrative indipendenti.

Per altro verso, il fatto che tali autorità esercitano poteri sostanzialmente simili a quelli di altri organi dello Stato ha costituito, per alcuni, una violazione del principio della tripartizione dei poteri, mettendo in discussione la loro legittimazione costituzionale.

Soprattutto per quanto più riguarda i poteri di regolazione di queste autorità, è stato messo in evidenza come l'ampio margine di scelta lasciato dal legislatore abbia compromesso il principio di legalità sostanziale e quello di riserva di legge, ma la questione interessa, per altri motivi (legati ai principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento), anche la concreta applicazione delle fattispecie sanzionatorie.

Quella parte della dottrina propensa a risolvere questo ordine di problemi si è divisa tra coloro che, attraverso diverse strade, hanno cercato un fondamento costituzionale implicito delle autorità amministrative indipendenti e chi, invece, ha preferito arrivare alla conclusione che in realtà non si

tratterebbe di problemi costituzionali reali¹⁰⁴ o che, comunque, si tratterebbe di problemi giuridici superabili.

Così la dottrina ha sviluppato con particolare riferimento alle autorità amministrative indipendenti la nota ricostruzione interpretativa di Mario Nigro, per cui la Costituzione italiana contemplerebbe altri due modelli di amministrazione, oltre a quello dell'amministrazione come "apparato servente" espresso dall'art. 95 Cost: il modello di "amministrazione autocefala" ricavabile dagli artt. 97 e 98 Cost., ossia un'amministrazione subordinata soltanto alla legge e da questa direttamente regolata; e il modello di "amministrazione autonomistica e comunitaria" ravvisabile dall'art. 5 e dagli artt. 114 ss. Cost.¹⁰⁵.

Per alcuni autori, le autorità amministrative indipendenti sarebbero direttamente riconducibili al modello delineato dagli artt. 97 e 98, proprio perché slegate dai poteri di indirizzo politico-amministrativo del Governo in nome della massimizzazione dell'imparzialità amministrativa.

Tuttavia, questa ricostruzione finisce con l'intendere l'imparzialità amministrativa più che altro come neutralità, e non nella sua accezione costituzionale tradizionale.

Altri autori, invece, hanno individuato nei principi dell'autonomia e del decentramento amministrativo fissati dall'art. 5 della Costituzione, il fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti. In particolare, tali autorità sono state avvertite come manifestazione di un decentramento funzionale che, però, non è stato interpretato come trasferimento di competenze dal centro (Stato) ad unità periferiche (Regioni ed enti locali), ma come "un trasferimento ad un ente che è periferico rispetto al Governo inteso come centro dell'apparato amministrativo"¹⁰⁶.

Anche in questo caso, però i principi costituzionali invocati sono reinterpretati rispetto al loro significato originario, per farci rientrare questo nuovo genere di autorità.

Si è anche registrato un orientamento tendente guardare ad altri articoli della Costituzione, attraverso ricostruzioni ancora più lontane dal testo letterale

¹⁰⁴ Al riguardo, è significativa la ricostruzione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 51, per il quale, l'art. 95 Cost. non esclude che vi siano enti non assoggettati al tipo di indirizzo ivi contemplato, perché svolgenti attività di mera applicazione della legge che, in quanto tale, non è compatibile con funzioni di detto indirizzo.

¹⁰⁵ Cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, il quale insiste sul fatto che la disciplina dell'amministrazione si ricava dalla lettura dell'intera costituzione.

¹⁰⁶ A. PREDIERI, ult. op. cit., p. 50.

delle norme prese in considerazione, ma sempre fondate sul presupposto che le autorità amministrative indipendenti non possono essere assoggettate all'indirizzo politico amministrativo del governo.

Più precisamente, per alcuni, la base costituzionale di quegli interessi e valori per i quali dette autorità avrebbero una funzione di tutela diretta, sarebbe sufficiente a legittimarne l'istituzione¹⁰⁷.

Tra coloro che hanno assunto una prospettiva tesa a giustificare le autorità amministrative indipendenti sul piano costituzionale, pur andando ben oltre a quanto effettivamente espresso nella Costituzione, si è anche inteso fondare la legittimazione costituzionale di queste autorità facendo leva sul ruolo e sulla forza giuridica del diritto comunitario con riguardo ai settori interessati dalle autorità amministrative indipendenti.

4.2 (segue) le ripercussioni sul procedimento e sul controllo giurisdizionale.

Nonostante l'ampio, quanto suggestivo, ventaglio di interpretazioni offerte in dottrina, tuttora, non esiste una norma costituzionale espressa che contempli le autorità amministrative indipendenti, e, d'altro canto, tantomeno una norma che possa giustificare l'applicazione di un regime giuridico differenziato rispetto a quello cui sono soggette le pubbliche amministrazioni in generale.

Con il trascorrere del tempo e, più precisamente, a partire dalla metà dagli anni Novanta del secolo scorso, la Corte costituzionale¹⁰⁸ e le corti giurisdizionali ordinarie e amministrative hanno avuto modo di confermare più volte e chiaramente la natura amministrativa di questo genere di autorità e, conseguentemente, il loro assoggettamento ai principi e alle regole del diritto amministrativo. Questo orientamento giurisprudenziale ha ridimensionato la stessa idea, tanto richiamata in dottrina, della neutralità e della terzietà delle autorità amministrative indipendenti.

Ciò è avvenuto perché i giudici amministrativi hanno ricondotto la

¹⁰⁷ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., 75 ss., si riferisce a compiti di garanzia di situazioni costituzionalmente protette che, una volta affidati alle autorità amministrative indipendenti dal legislatore ordinario, precluderebbero a quest'ultimo addirittura di eliminare o comunque ridurre il loro campo d'azione.

¹⁰⁸ Cfr. Corte costituzionale, 24 febbraio 1995, n. 57, in *Giust. civ.*, 1996, fasc. 1, pp. 2197 ss., con nota di R. LOMBARDI, *Sul potere decisorio della Commissione di garanzia per l'attuazione delle legge nei servizi pubblici essenziali*.

funzione di queste ultime alla realizzazione e alla salvaguardia di un interesse pubblico tradizionalmente inteso, o perché hanno riconosciuto il carattere discrezionale dei poteri esercitati, o, ancora, perché, piuttosto che di neutralità, hanno preferito riferirsi, seppur accentuandone il contenuto, alla stessa imparzialità che contraddistingue le altre pubbliche amministrazioni¹⁰⁹.

Come rilevato in dottrina¹¹⁰, anche la Corte di cassazione è tesa a non condividere una ricostruzione delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti in termini di terzietà e di tutela di interessi privati, collettivi o diffusi, ma come veri e propri interessi pubblici.

Sulla scia di questa giurisprudenza, la questione della mancanza di una previsione di queste ultime nella Costituzione è passata in secondo piano, e l'attenzione si è spostata sui problemi giuridici più direttamente connessi al tipo di poteri affidati a queste autorità.

Anche se poi, in fondo, l'affermazione della necessità di garantire determinate garanzie procedurali ed un controllo effettivo da parte del

¹⁰⁹ In proposito, basta citare alcune sentenze, ormai risalenti nel tempo, ma particolarmente significative. Ad esempio, nel caso dell'Agcm, per il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 maggio 1994, n. 652, il potere di quest'autorità di vietare le operazioni di concentrazione tra imprese è stato attribuito per tutelare *"un interesse di carattere generale", in relazione al quale "la posizione dei singoli [...] è garantita soltanto in quanto corrispondente al fine di interesse generale cui si è fatto riferimento e, quindi, con la tecnica propria dell'interesse legittimo quale posizione soggettiva tutelata in modo indiretto ed occasionale in un procedimento amministrativo che tende a ripristinare con il provvedimento finale condizioni piene ed effettive di libera concorrenza"*. Sempre in riferimento all'Agcm e, in particolare, con riguardo al suo potere inibitorio in materia di pubblicità ingannevole, il Consiglio di Stato, Sez. speciale pareri, 29 maggio 1998, n. 988, ha stabilito che: *"[l]a funzione di garanzia, secondo l'attuale ordinamento costituzionale, è un modo di essere della funzione amministrativa; infatti le autorità indipendenti sono estranee rispetto all'apparato giudiziario, quale definito dall'art. 102 cost., inoltre le norme relative alle stesse autorità conformano le funzioni di garanzia secondo caratteri oggettivi di concretezza e discrezionalità, che sono propri dell'attività amministrativa"*. In particolare, *"la funzione di garanzia dell'Agcm rientra appieno nel concetto di funzione amministrativa, ha affermato che l'esercizio dei poteri dell'Agcm "non è collegato ad una posizione di indifferenza dell'organo decidente verso gli interessi coinvolti", ma è strumentale allo svolgimento"*. Inoltre, per la Sezione consultiva del Consiglio di Stato, l'indipendenza dell'Agcm *"non è espressiva della separatezza della stessa autorità dall'ordinamento generale ma è un modo per assicurare l'imparzialità, che è uno dei valori fondamentali dell'azione amministrativa"*. L'Agcm infatti costituisce un *"ufficio, estraneo all'organizzazione ministeriale, ma non avulso dall'indirizzo politico espresso dagli organi ordinari"*.

¹¹⁰ Cfr. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., pp. 44-45, che ricorda, come particolarmente esemplificativa, la Cass., sez. I civ., 30 giugno 2001, n. 8889. Sulle problematiche in tema di compatibilità delle autorità amministrative indipendenti con il tessuto costituzionale v. anche M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., pp. 10 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 28 ss..

giudice è stata sostenuta in dottrina, proprio per trovare (o, meglio, per rimediare alla mancanza di) un fondamento di legittimazione e di compatibilità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti.

Specificamente, di fronte al rilievo che questi organismi, immuni per legge al potere di controllo e direzione del governo (e per alcuni anche del Parlamento)¹¹¹, contrastano con i principi della separazione dei poteri e della responsabilità ministeriale, per collocarsi al di fuori del circuito democratico della rappresentanza politica¹¹², si è sostenuta la necessità che le autorità amministrative indipendenti traggano la loro legittimazione “dal carattere partecipato e democratico della loro azione e dalla sottoposizione dell’azione stessa al controllo del giudice, che, anche garantendo il predetto carattere,

¹¹¹ Cfr. F. MERUSI E M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 1, i quali sostengono che “le autorità amministrative indipendenti [...] non hanno legami con nessun organo politico costituzionale, non col governo, ma neppure col parlamento”, mettendo in risalto che il meccanismo dei criteri di nomina tende ad “evitare che i nominati abbiano qualche rapporto con centri di elaborazione dell’indirizzo politico, siano essi partitici, parlamentari o governativi”; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 24, per il quale il Parlamento conserva il controllo sulle autorità indipendenti in quanto ne nomina i titolari, anche se poi queste ultime operano in piena indipendenza anche rispetto al Parlamento. Contra, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in AA.VV., *L’indipendenza delle autorità*, cit., p. 54, per il quale “indipendenza non significa però che le Autorità sono indipendenti anche dal Parlamento”, ritenendo anzi doveroso affermare proprio l’opposto, “perché esse, come Autorità di governo di settore, rispondono in principio al Parlamento, come ne risponde il governo generale del Paese”. Per l’A., infatti, la legge ha piena disponibilità delle autorità amministrative indipendenti, potendo anche il Parlamento potrebbe dettare indirizzi, obiettivi e criteri.

¹¹² G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit., pp. 659 ss..

assicura la responsabilità delle autorità sotto il profilo costituzionale”¹¹³.

L'esigenza di un procedimento che dia determinate garanzie e di un sindacato giurisdizionale effettivo trova un suo riscontro normativo, seppur in misura diversa a seconda che si tratti del procedimento oppure del controllo del giudice.

Per quanto riguarda il primo dei due ambiti giuridici in particolare, infatti, se non sempre le leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti richiamano la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), anche quando non fanno tale richiamo, prevedono comunque una serie di principi a garanzie in favore dei soggetti coinvolti dai relativi poteri.

Ad esempio, non fa nessun accenno alla l. n. 241/1990 la legge istitutiva dell'Agcm che, però, all'art. 10, comma 5, prevede che, con decreto del Presidente della Repubblica, “sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono

¹¹³ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 333 ss.. In sintonia con questa ricostruzione, cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 9 ss., che si riferisce ad una sorta di legittimazione democratica a posteriori; id., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 59 ss.; id., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 65 ss.; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento tenuto in occasione del Convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, tenuto a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it; id., *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 63 ss.. Analogamente, A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 55 ss., afferma che l'indipendenza di queste autorità dal Governo si fonda sulla base di una legittimazione che, attraverso il procedimento, proviene “dal basso”. M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 245 ss., vede nel procedimento uno strumento di legittimazione “democratica” alternativa a quella politico elettorale. Sulla necessità che l'esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti sia accompagnato da garanzie procedurali, cfr. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Francario, Milano, 2003, pp. 189 ss., che, per le autorità amministrative indipendenti, rileva come l'investitura politico-parlamentare venga sostituita da tecniche di legittimazione procedimentale; id., *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 93-95, 27 e 33, ove si riferisce ad un vero e proprio “contraddittorio economico”. Diversamente, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., pp. 215 ss., in riferimento all'Agcm, ritiene che il problema della legittimazione democratica e della correlativa responsabilità non possa essere risolto da una “legittimazione dal basso”, in quanto la partecipazione dei privati ai procedimenti di fronte all'Autorità non è qualitativamente differente da quella che si realizza presso altre amministrazioni pubbliche [...]; sia perché [...] è tutto da dimostrare che i soggetti che partecipano al procedimento esauriscono il novero di quelli su cui ricadono gli effetti dei provvedimenti dell'Autorità”.

agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione”.

Parimenti, alcun indicazione in tal senso viene fatta dal d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, ossia il regolamento sulle procedure istruttorie, approvato in attuazione del citato art. 10, comma 5 (diversamente da quanto faceva, invece, il precedente regolamento sulle procedure istruttorie dell’Agcm, di cui al d.P.R. 10 settembre 1991, n. 471).

Nemmeno la legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità rinvia alla l. n. 241/1990, anche se, ugualmente alla legge antitrust per l’Agcm, all’art. 2, comma 24, lett. a), stabilisce, che, con i regolamenti adottati da queste ultime autorità di regolazione, vengano definite *“procedure idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione”.*

Il regolamento riguardante le procedure istruttorie dell’Aeeg (approvato con d.P.R. n. 244 del 9 maggio 2001), invece, precisa espressamente che, per tutto quanto non ivi specificamente disciplinato, *“si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241”.*

Ad ogni modo, dovrebbe essere la stessa natura amministrativa dell’Agcm e dell’Aeegsi a implicare l’applicazione delle norme contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo, seppur entro determinati limiti.

Piuttosto, il problema nel caso dei procedimenti delle autorità amministrative indipendenti è costituito dal coordinamento tra la disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990 e la disciplina speciale di ognuna di tali autorità singolarmente considerate.

In proposito, la giurisprudenza ha stabilito che, tra la disciplina legislativa dei procedimenti di queste due autorità amministrative indipendenti e la disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990, sussiste un rapporto di specialità per il quale, in presenza di conflitti, devono prevalere le norme della disciplina speciale.

In particolare, rispetto a queste ultime norme, le disposizioni della legge generale possono avere una funzione integrativa, ma soltanto quando la disciplina speciale presenti delle lacune, e a condizione che non si tratti di aspetti per i quali il silenzio della disciplina speciale abbia un suo significato normativo.

Per quanto, invece, più interessa i poteri sanzionatori, quella contenuta nella l. n. 241/1990 non è l’unica disciplina generale ad entrare in gioco.

Nel caso della tutela della concorrenza, è lo stesso art. 31 della l. n.

287/1990 a stabilire che, per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione di quest'ultima stessa legge, si osservano, *"in quanto applicabili"*, le disposizioni contenute nelle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Tali sezioni disciplinano, rispettivamente, i principi generali e l'applicazione di questo genere di sanzioni, affermandone come presupposti la colpevolezza, la tipicità l'antigiuridicità, nonché garantendo il diritto di difesa dei presunti trasgressori nel corso del procedimento, attraverso l'esercizio del contraddittorio orale e scritto.

Pertanto, alle disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie contenute nella normativa antitrust, ossia nella l. n. 287/1990 e nel d.P.R. 217/1998, si aggiungono, insieme a quelle della l. n. 241/1990, le ulteriori disposizioni di carattere generale previste dalla legge del 1981.

Diversamente, nel caso delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, la l. n. 481/1995 non menziona la l. n. 689/1981, anche se, comunque, non dovrebbe ritenersi necessario alcun rinvio, in quanto è la stessa legge del 1981 a prevedere che disposizioni del suo capo I *"si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro."*

In proposito, è intervenuta nuovamente la giurisprudenza, precisando che le norme generali contenute nella l. n. 689/1981 si applicano in quanto compatibili con le disposizioni speciali sul procedimento dell'Aeegsi contenute nel d.P.R. n. 244/2001.

È necessario tenere conto delle diverse esigenze partecipative che caratterizzano i procedimenti sanzionatori dell'Agcm e dell'Aeegsi, da una parte, e il procedimento di regolazione di quest'ultima autorità, dall'altra.

Nel caso dell'Aeegsi, l'art. 2, comma 24, lett. a), della l. n. 481/1995, e il d.P.R. n. 244/2001, sono riferiti a procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti puntuali, e in entrambi questi due testi normativi manca una disposizione che imponga la consultazione per i procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti amministrativi generali, per i quali, peraltro, la l. n. 241/1990 impone i principi di legalità, efficacia, economicità e pubblicità, ma non l'obbligo della partecipazione (né quello della motivazione).

Ciononostante, è stata la stessa Aeegsi ad autolimitare i propri poteri regolatori, per consultare i soggetti del mercato, in considerazione del fatto che, con la partecipazione alla regolazione (comunemente indicata anche con un

termine che rende meglio l'idea di che cosa si tratti, ossia "consultazione")¹¹⁴, le imprese e i consumatori possono intervenire per dare il proprio apporto e punto di vista nella produzione delle regole del mercato.

Attraverso la consultazione, quindi, l'Aeegi arricchisce le proprie conoscenze del mercato, acquisendo informazioni dai diretti interessati e - come si è evidenziato - recupera la propria legittimazione democratica, in quanto i soggetti regolati, pur non avendo eletto l'Aeegi, intervengono mediamente nelle dinamiche della regolazione.

D'altro canto, la partecipazione ai procedimenti sanzionatori ha una funzione diversa da quella riconducibile al "giusto procedimento" delineato nella l. n. 241/1990, ma anche da quella sottesa alla regolazione dell'Aeegi, poiché, in ragione del carattere punitivo delle sanzioni e delle esigenze difensive che ne conseguono, tale partecipazione è più che altro intesa all'instaurazione di un contraddittorio "rinforzato"¹¹⁵ e "qualificato"¹¹⁶, in attuazione del principio comunitario della parità delle armi.

In altre, parole si tratta di una partecipazione che, prima di tutto, è diretta a garantire i soggetti concretamente coinvolti nel procedimento, titolari di un interesse legittimo oppositivo, se non di un vero e proprio diritto soggettivo, posto che - per entrambe le due autorità - si applica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dalle l. nn. 287/1990 e 481/1995, è stata confermata, con espresso riferimento a "*tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori*" delle autorità amministrative indipendenti, dall'art. 133 Codice del processo amministrativo, di cui

¹¹⁴ Sulla consultazione nei procedimenti di regolazione, cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *I procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 9 ss.

¹¹⁵ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 348.

¹¹⁶ E. FRENI, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 826.

all'Allegato 4 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104¹¹⁷; alla cui disciplina rinviano il nuovo art. 33, comma 1, della legge antitrust¹¹⁸, ed il nuovo comma 25 dell'art. 2 della legge istitutiva dell'Aeegsi¹¹⁹.

Come è noto, la devoluzione della giurisdizione esclusiva comporta l'affidamento agli organi di giustizia amministrativa della tutela nei confronti dei poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche non solo degli interessi legittimi ma anche dei diritti soggettivi dei cittadini. La scelta di concentrare la tutela di entrambi questi due tipi di situazioni giuridiche soggettive innanzi ad un unico ordine giurisdizionale in ragione della materia considerata soddisfa esigenze di semplificazione, certezza ed economia processuale.

Ciò non di meno, tuttora parte della dottrina ritiene necessario soffermarsi sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti, perché, a seconda che si tratti di diritto soggettivo o interesse legittimo, si avrebbero importanti conseguenze sul tipo di sindacato che il giudice conduce nei confronti del potere esercitato e sulla posizione che il precetto normativo

¹¹⁷ Con sentenza del 27 giugno 2012, n. 162 (in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 3, pp. 2218 ss., con nota di G. SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*; e in *Giur. comm.*, fasc. 6, pp. 11 66 ss., con nota di M. CLARICH E A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*), la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale gli artt. 133 comma 1 lett. l), 135 comma 1 lett. c) e 134 comma 1 lett. c), d.lg. 2 luglio 2010 n. 104, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio con sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob. In particolare, le parole "*dalla Commissione nazionale per le società e la borsa,*" sono state soppresse dall'art. 1, del d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

¹¹⁸ L'art. 33, comma 1, della l. n. 287/1990 (sostituito dall'art. 3, comma 3, dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), nella sua formulazione originaria, disponeva che i ricorsi avverso detti provvedimenti rientravano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, specificando che essi dovevano essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

¹¹⁹ In base al testo previgente dell'art. 2, comma 25, della l. n. 481/1995, "[i] ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono proposti avanti il tribunale amministrativo regionale ove ha sede l'Autorità".

assume rispetto a questo sindacato¹²⁰.

La questione ha assunto particolare rilievo per l'Agcm, per la quale la Cassazione civile, sez. unite, 29 aprile 2005, n. 8882, aveva peraltro dichiarato manifestamente infondata, in riferimento all'art. 103 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 della l. n. 287/1990 nella parte in cui devolveva direttamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la competenza giurisdizionale a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti, tra cui quelli irrogativi di sanzioni amministrative pecuniarie, emessi dall'Agcm.

A tale conclusione la Cassazione è giunta affermando che da un lato, nell'ambito coperto dalla legge antitrust *“la p.a. agisce come autorità, ed i provvedimenti da essa adottati, qualora non fosse stata prevista la giurisdizione esclusiva del g.a., rientrerebbero pur sempre nella giurisdizione generale di legittimità, essendo emessi in una materia (definita, qual è quella della concorrenza) nella quale la p.a. esercita poteri discrezionali ad essa attribuiti per la cura d'interessi pubblici; e, dall'altro, perché, nella particolare materia, sussiste l'intreccio di situazioni qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi, il che, se giustifica la scelta del legislatore ordinario, esclude del pari che l'attrazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità garante nell'area della giurisdizione esclusiva sia ispirata alla logica, censurata dalla Corte*

¹²⁰ In particolare, cfr. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 2, pp. 261 ss., per il quale, qualora si trattasse di interessi legittimi, verrebbe confermato il carattere tipicamente impugnatorio della tutela prevista dal legislatore avverso le sanzioni antitrust nel senso di costituire una tutela principalmente finalizzata al loro annullamento, salvi gli effetti conformativi del giudicato, in quanto illegittime, e non, invece, direttamente finalizzate alla tutela della posizione giuridica lesa. Mentre, nel caso di presenza di diritti soggettivi, il carattere impugnatorio della tutela prevista dalla legge antitrust dovrebbe essere adattato all'esigenza di garantire appieno questo tipo di situazioni giuridiche soggettive, oltre quelli che sono i limiti giurisdizionali tipici del controllo di illegittimità delle sanzioni.

cost. con la sentenza n. 204 del 2004, dei blocchi di materie¹²¹.

Ciò ricordato, anche a prescindere dalla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive interessate dall'esercizio dei poteri sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti, è difficile non condividere la necessità che il sindacato giurisdizionale debba essere il più penetrante possibile sia giustificata dallo stesso carattere ablativo delle sanzioni.

Con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, peraltro, è sembrato che la pienezza di tale sindacato avesse trovato un rinnovato fondamento normativo, poiché l'art. 134, comma 1, stabilisce che il giudice amministrativo *“esercita la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito [...] nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”*¹²².

In particolare, dal momento che il Codice del processo amministrativo, ha fatto espresso riferimento al “merito”, è diventato necessario chiedersi se sia stato configurato un sindacato con cui il giudice amministrativo può sostituire, in ogni caso e del tutto, le proprie valutazioni a quelle delle autorità amministrative indipendenti; o se, invece, è stato semplicemente confermato che il giudice amministrativo esercita gli stessi poteri di rideterminazione della sanzione, previsti per il giudice ordinario dall'art. 23 della l. n. 689/1981, senza, cioè, nulla cambiare rispetto a quanto stabilito dalla giurisprudenza come evolutasi sino all'entrata in vigore del Codice.

¹²¹ La Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 (in *Foro amm. CDS*, 2004, fasc. 7-8, 1895 ss., con nota di F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, pp. 1903 ss., e di F. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, pp. 1908 ss.), aveva invece privilegiato un'interpretazione per la quale detta attribuzione fosse intesa in senso eccezionale e residuale e non sulla base del criterio dell'intreccio delle situazioni soggettive, chiarendo che possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo quelle materie ove si faccia *“questione di un potere dell'amministrazione”*, e ricordando che quella amministrativa è pienamente *“giustizia”*. Né, secondo la Cassazione, il dubbio di legittimità costituzionale avrebbe ragione d'essere in riferimento all'art. 111, ultimo comma, cost., in quanto *“proprio questo precetto costituzionale, infatti, stabilendo che contro le decisioni del Consiglio di Stato il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, sottrae al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce concernenti i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della particolarità della materia, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del g.a.”*.

¹²² Inoltre, l'art. 135 prevede la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, confermando quanto prima interpretato dalla giurisprudenza nel silenzio della l. n. 287/1990. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 1993, n. 132, in *Giust. civ.*, 1993, fasc. 1, pp. 1124 ss..

La soluzione di quest'ultima questione giuridica, così come per quelle altre questioni più specificamente attinenti ai profili sostanziali e al procedimento delle sanzioni qui analizzate, e, quindi, dipendenti dal coordinamento delle relative discipline speciali con le disposizioni generali di cui alle l. nn. 689/1981 e 24/1990, deve tenere conto anche dei principi in materia di sanzioni consolidatisi in senso all'ordinamento europeo.

Questi ultimi principi, in particolare, tra cui assumono importanza preminente quelli dell'effettività e della proporzionalità delle sanzioni, da una parte, e quelli del diritto di difesa e della parità delle armi, dall'altra, non possono non condizionare l'applicazione delle sanzioni da parte delle autorità amministrative indipendenti, posto il ruolo centrale occupato dal diritto comunitario nei settori affidati a queste ultime autorità.

Capitolo II

Analisi di due casi esemplari del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti

SOMMARIO: 1. Il confronto tra le sanzioni dell'Agcm e dell'Aeegsi come spunto di riflessione sull'equilibrio tra le esigenze di effettività del potere sanzionatorio e le garanzie dei destinatari. - 2. La disciplina generale sulle sanzioni di cui alla legge n. 689/1981. - 2.2. (*segue*) e la disciplina generale sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990. - 3. Il potere sanzionatorio dell'Agcm. - 3.2 Le sanzioni per infrazioni antitrust gravi. - 3.3 (*segue*) e il ricorso ai concetti giuridici indeterminati. 4. Il potere sanzionatorio dell'Aeegsi. - 4.2 Le sanzioni per infrazioni alla regolazione - 4.3 (*segue*) e la questione dei poteri impliciti. - 5. Le principali differenze tra le sanzioni antitrust e le sanzioni per violazione della regolazione proconcorrenziale. E il ruolo del potere sanzionatorio nelle degenerazioni funzionali tra l'Agcm e l'Aeegsi. - 6. L'accettazione degli impegni come alternativa all'irrogazione delle sanzioni.

1. Il confronto tra le sanzioni dell'Agcm e dell'Aeegsi come spunto di riflessione sull'equilibrio tra le esigenze di effettività del potere sanzionatorio e le garanzie dei destinatari.

Tutte assieme considerate, le autorità amministrative indipendenti si inseriscono, costituendone parte essenziale, in un sistema d'intervento giuspubblicistico dell'economia che è certamente basato sul riconoscimento della libertà d'iniziativa economica ma, per il quale, l'estensione di tale libertà è limitata da un complesso di restrizioni rivolte alle imprese.

La *ratio* di tali restrizioni, in ultima analisi, è riconducibile alla tutela dei soggetti più deboli del mercato, ossia i consumatori e le (altre) imprese, nei confronti dei poteri economici più forti¹.

¹ F. ROMANO, *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti*, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Napoli, Simone, 2000, p. 12, sintetizza nella funzione tutoria, la caratteristica funzionale comune alle autorità amministrative indipendenti in generale, sia che essa di sostanzialmente in funzione di regolazione o di tutela. Di tutela di interessi deboli, come ragione fondante la nascita delle autorità amministrative indipendenti, parla M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 444.

La tutela di questi soggetti assume forme diverse, più o meno dirette, a seconda delle specifiche funzioni attribuite alle singole autorità amministrative indipendenti, ma trova il suo presupposto fondamentale nel corretto funzionamento della concorrenza del mercato, i cui effetti benefici finali sono rivolti proprio ai suindicati soggetti deboli.

Con il libero gioco della concorrenza, infatti, le imprese si vedrebbero garantire l'accesso al mercato; mentre, i consumatori godrebbero della riduzione dei prezzi e dell'aumento della quantità e/o qualità dei beni e/o dei servizi offerti. Non a caso, per la maggior parte delle autorità amministrative indipendenti che intervengono nell'economia, la concorrenza costituisce il motivo principale della loro istituzione².

Da un punto di vista squisitamente normativo, l'incentivazione e la salvaguardia della concorrenza (così come anche la tutela più specificamente rivolta ai consumatori) sono state affidate alle autorità amministrative indipendenti, cristallizzandosi in quelli che - lungo un ideale asse funzionale all'assetto concorrenziale del mercato - possono essere definiti come i due poli della regolazione dell'economia³, intesa come regolazione in senso lato, in contrapposizione, cioè, al concetto di pianificazione e direzione.

Da una parte, stanno le relativamente poche, stabili e flessibili regole fissate dal legislatore nazionale e comunitario in materia di tutela della concorrenza (cui si aggiungono le altre norme legislative nazionali, applicative della relativa normativa comunitaria, in materia di tutela del consumatore verso le pratiche commerciali scorrette).

Dall'altra, in recepimento della normativa comunitaria posta a presidio dei settori liberalizzati, ci sono le regole altrettanto flessibili ed i principi posti dal legislatore, cui si affiancano le più numerose, dettagliate e mutevoli regole, che le autorità amministrative indipendenti di regolazione (in senso stretto) sono chiamate a produrre, sulla base di generose deleghe del legislatore, per soddisfare determinate finalità. Tra queste ultime esigenze, c'è la promozione della concorrenza (quando il naturale funzionamento di quest'ultima è ostacolato da fattori fisiologici), ma anche la garanzia delle peculiari esigenze dei consumatori e delle imprese dello specifico settore di riferimento.

² F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. XI, Milano, 2002, pp. 143 ss..

³ Per questo "bipolar system" cfr. SIMON JEAN-PAUL, CREWS JUDITH, *The origins of US public utilities regulation: elements for a social history of networks*, in *Flux*, 1993, fasc. 11, pp. 33 ss..

A questi due poli normativi corrispondono due distinte tipologie di autorità amministrative indipendenti chiamate a darvi applicazione, in nome di funzioni diversamente legate alla concorrenza, i cui rispettivi poteri, però, scontano la flessibilità delle normative che li contemplano.

Più precisamente, per come sono stati disciplinati, tali poteri sono stati destinati a poter essere esercitati in modo tale da rendere labili, per certi aspetti, i confini che dovrebbero distinguerli, finendo con il confondere concettualmente anche le diverse funzioni assegnate⁴.

In corrispondenza del primo dei due poli normativi considerati, c'è un'unica "autorità di garanzia", ossia l'Agcm, che, dotata di poteri puntuali, si dovrebbe limitare ad applicare le norme a tutela della concorrenza poste dal legislatore, anche se, nel farlo, tenuto conto di come queste ultime sono state scritte (ossia in con un tenore letterale elastico e aperto), concorre a riempirne di significato il contenuto, ponendo in essere una funzione "sostanzialmente regolatoria"⁵.

In corrispondenza del secondo polo normativo, invece, c'è una variegato complesso di "autorità di regolazione" che, di fatto, anch'esse sono apparse

⁴ Sul (problematico) raggruppamento delle autorità amministrative indipendenti in relazione alla distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di garanzia cfr. F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, pp. 151 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 135 ss.; R. PEREZ, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, fasc. 1, pp. 115 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, fasc. 3, pp. 659 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, Firenze, Passigli, 1998, pp. 168 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 121 ss.; G. CLEMENTE DI S. LUCA, *Problematicità dei tratti e prospettive di classificazione*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, a cura di G. Clemente Di S. Luca, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 300 ss..

⁵ Secondo R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, cit. p.163, attraverso l'imposizione di prescrizioni e divieti ed eventualmente di diffide e poi anche attraverso l'esercizio della potestà sanzionatoria in senso stretto, l'Agcm esplica un'attività (e funzione) di regolazione. G. TESAURO, M. TODINO, *A Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, Vol. VI, Milano, 2002, pp. 112 ss., lo scarso sviluppo della prassi dell'Agcm per le particolari ipotesi di abusi caratterizzati da prezzi e altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravosi, sarebbe spiegata dal fatto che "l'applicazione delle disposizioni in questione richiede [...] interventi di natura quasi regolatoria, dovendosi definire, ai fini della determinazione di un prezzo eccessivo, un prezzo "competitivo", il che a propria volta richiede un'analisi accurata dei costi."

sostituirsi (quanto meno in via amministrativa ed in forma parziale e anticipata) al ruolo tutorio dei giudici. Specificamente, dette autorità, producendo le regole dei settori più sensibili del mercato, “dirimono, in via preventiva, potenziali conflitti di interessi collettivi, diffusi, categoriali e individuali”, per poi agire come veri e propri garanti nel vigilare sull’osservanza di dette regole ed “eventualmente ricorrere a poteri correttivi e sanzionatori idonei a ricondurre l’attività dei singoli e dei gruppi nei binari della correttezza e della legalità”⁶.

In generale, il potere sanzionatorio amministrativo pecuniario delle autorità amministrative indipendenti svolge una funzione di “controllo economico” (indiretto), essenziale per la tenuta di questo sistema normativo bipolare, assumendo una duplice valenza.

Esso ha una funzione preventiva-speciale, in quanto fa desistere il destinatario della sanzione dal commettere nuovamente l’illecito, ma che non ripristina il bene tutelato; mentre, in un’ottica economico-ottimistica del diritto, ha una funzione preventiva generale, che salvaguardia detto bene e che non può essere messa in secondo piano.

Come prima o poi inevitabilmente accade quando si comincia a trattare di tutte quante le autorità amministrative indipendenti, il tema del loro potere sanzionatorio, se analizzato, non può che scomporsi a seconda che si tratti di Agcm o di una delle diverse autorità amministrative indipendenti di regolazione; inducendo a ritenere che, forse, per evitare fraintendimenti, sarebbe preferibile riferirsi ai “poteri sanzionatori”, piuttosto che al “potere sanzionatorio” delle autorità amministrative indipendenti.

Ciò non toglie, tuttavia, che non possano essere ricercate, con gli accorgimenti del caso, soluzioni analoghe quando, nel corso dell’analisi dei diversi poteri sanzionatori considerati, emergano problemi giuridici comuni, legati alla partecipazione procedimentale o alle tecniche del sindacato giurisdizionale.

⁶ F. CARINGELA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 4° ed., p. 1099. Per parte della dottrina, per quanto più interessa la struttura e le dinamiche del mercato, la relazione tra i due diversi poli normativi, ed il coordinamento tra i due diversi generi di autorità rispettivamente deputate alla loro applicazione, dovrebbe basarsi sul rispetto del principio della prevalenza del diritto della concorrenza sulla regolazione, derivato dal citato art. 86 del Trattato CE, ora 106 TFUE. Secondo quanto disposto dal secondo paragrafo dell’articolo da ultimo citato, pur se entro determinati limiti, anche le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale sono tenute a rispettare le regole della concorrenza.

Il ché giustificerebbe di indicare il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti come ambito di ricerca giuridica, e non certo, quindi, come singolo e indifferenziato elemento descrittivo.

Per uno studio di questo potere, che assuma la concorrenza come principale termine funzionale di riferimento, risulta interessante confrontare l'Agcm con l'Aeegsi⁷, al fine di evidenziare come questo potere viene variamente coniugato, a seconda che si tratti di tutelare direttamente la concorrenza con funzioni di garanzia, cioè sanzionando le imprese che ne pregiudicano il regolare svolgimento; oppure, che si tratti di introdurre e incentivare la concorrenza tramite una regolazione pro-concorrenziale, per sanzionare le imprese solo quando tale regolazione abbia fallito, perché disattesa da queste ultime.

Studiare e confrontare i poteri sanzionatori di queste due autorità comporta di soffermarsi e riflettere su quegli istituti e aspetti giuridici delle relative sanzioni, la cui concreta applicazione può cambiare sensibilmente, a seconda che si accolga un'interpretazione del principio di legalità garantista dei destinatari delle sanzioni, oppure funzionale all'effettivo espletamento delle missioni istituzionali affidate a tali organismi.

Come è noto, il principio di legalità, costituisce il più importante dei principi del nostro diritto amministrativo, ed è, quindi, inevitabile che l'interpretazione del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, ossia l'interpretazione di un potere amministrativo dagli effetti particolarmente negativi per il destinatario, dipenda dal significato che si intende attribuire a tale principio.

Il principio di legalità si è evoluto, assumendo significati diversi, lungo un processo di legalizzazione delle amministrazioni pubbliche, intese come espressione del potere esecutivo (ossia il potere regio), che è cominciato almeno due secoli fa, quando questo potere era considerato autonomo e indipendente.

Più precisamente, quando ha cominciato ad affermarsi ai tempi delle costituzioni liberali dell'Ottocento (tra le quali, anche lo Statuto Albertino), questo principio implicava che la legge costituiva "soltanto" un limite negativo per i poteri dell'esecutivo, comportando l'illegittimità di quei provvedimenti

⁷ Cfr. S. AMOROSINO, *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Rass. en. el.*, 1996, pp. 101 ss..

amministrativi che contrastassero con le norme di legge⁸.

Tali poteri, infatti, essendo dotati di un loro autonomo fondamento, non necessitavano di essere previsti dalla legge, ma, proprio in forza di detto principio, non potevano nemmeno contrastare con essa.

Si è così parlato di principio di legalità come “principio di preferenza della legge”, o come “non contrarietà” degli atti amministrativi alla legge.

Successivamente, ossia con il progressivo riconoscimento della sovranità popolare e con l'assoggettamento delle pubbliche amministrazioni, oltre che alla legge, anche alla Costituzione (il cui art. 1 ha consacrato questa sovranità), il principio di legalità ha assunto un nuovo significato, per il quale i poteri amministrativi presuppone quantomeno una legge che li preveda, in quanto ritenuti privi di una legittimazione propria.

In tal modo, la legge costituisce il fondamento e la misura dei poteri delle pubbliche amministrazioni, assolvendo a diverse funzioni. Anche perché, riconducendo questi poteri ad un parametro normativo predeterminato, la legge garantisce le situazioni giuridiche dei privati coinvolte dal suo esercizio (legalità-garanzia).

In particolare, il fatto che tali poteri siano “giuridicizzati”⁹, ne permette una verifica di conformità da parte del giudice, rendendo effettivo il principio di impugnabilità, previsto dall'art. 113 della Costituzione.

Contemporaneamente, posto che i poteri amministrativi devono trovare il loro fondamento nella legge, quest'ultima, che è espressione indiretta della volontà popolare, finisce con il legittimare detti poteri sul piano democratico, (legalità-legittimazione), in quanto lo ricollega al circuito politico rappresentativo, secondo il seguente schema di massima: elezione popolare del

⁸ Per un inquadramento generale, v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI, 1924, pp. 281 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 133 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 904 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, Padova, 1969; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 689 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1355 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, pp. 86 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 91 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.; P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 271 ss..

⁹ Usa questa espressione D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 4° ed., 2005, p. 35.

Parlamento; approvazione parlamentare delle leggi; esecuzione amministrativa delle leggi.

Questa funzione di legittimazione democratica è accolta dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 4/1962 e 383/1998), per la quale “*ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell’organo che trae da costoro la propria investitura*”.

Inoltre, anche quando il potere amministrativo è caratterizzato da margini di discrezionalità, la legge costituisce comunque un riferimento ineluttabile per indirizzarne l’esercizio (legalità-indirizzo). In questi casi, il rispetto della legalità sarebbe assicurato dalla semplice definizione da parte della legge dei fini che l’amministrazione deve perseguire (che, poi, corrispondono agli interessi pubblici), non essendo necessario che la legge determini anche i modi per il raggiungimento di tali fini.

In proposito, in ambito legislativo, l’art. 1 della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, stabilisce che “[l]’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge”, precisando che ciò avvenga secondo le modalità previste da questa stessa legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario.

Non esiste, però, un riconoscimento del principio di legalità dell’azione amministrativa da parte della Costituzione, anche se la dottrina si è divisa tra chi ha ritenuto di individuarne un fondamento implicito nel citato art. 113, sulla tutela giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi, oppure nell’art. 23 Cost., sulla imposizione delle prestazioni personali e patrimoniali, e nell’art. 97 Cost., sull’organizzazione dei pubblici uffici.

Pur non prescrivendo espressamente il rispetto del principio di legalità, la Costituzione prevede comunque delle riserve di legge riguardanti le pubbliche amministrazioni¹⁰.

Si tratta, più precisamente, di riserve di legge relative e gli ultimi due articoli citati ne sono un esempio importante: in materia di prestazioni personali e patrimoniali, così come per l’organizzazione dei pubblici uffici, è ammesso che la legge si limiti a porre prescrizioni di principio, mentre la disciplina di dettaglio può essere contenuta in regolamenti esecutivi.

Come il principio di legalità, anche la riserva di legge relativa svolge una

¹⁰ Sulla riserva di legge, v. F. SORRENTINO, R. BALDUZZI, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, pp. 1207 ss.; S. FOIS, *Delegificazione, riserva di legge, principio di legalità*, in *La riforma delle istituzioni*, Roma, 1995, pp. 261 ss..

funzione di garanzia dei privati nei confronti, ma si distingue da questo principio, perché mentre quest'ultimo riguarda i poteri e i provvedimenti amministrativi, la riserva di legge si riferisce più specificamente l'assetto delle fonti normative statali e il rapporto tra Parlamento e Governo.

Ad ogni modo, due sono le accezioni che ha assunto attualmente il principio di legalità dell'azione amministrativa.

Inteso in senso "estrinseco" o "formale", questo principio si limita ad implicare che, per essere validi, i provvedimenti della pubblica amministrazione devono essere autorizzati da una norma di legge.

Inteso in senso "intrinseco" o "sostanziale", invece, lo stesso principio impone il rispetto dei principi di tipicità e di nominatività dei provvedimenti amministrativi, per cui i poteri amministrativi possono essere esercitati soltanto dai soggetti, secondo i presupposti e le modalità, e con il contenuto previsti dalla legge.

Per quest'ultimo significato del principio di legalità, più garantista dell'altro, la legalità dell'azione amministrativa interessa principalmente i poteri autoritativi delle pubbliche amministrazioni, ossia quei poteri esercitati unilateralmente, senza il consenso e contro la volontà dei privati, e che hanno effetti ablativi nei confronti di questi ultimi. In particolare, la massima espansione della legalità sostanziale si ha quando questi ultimi poteri sono completamente vincolati.

Se in entrambe le due diverse accezioni appena riassunte, può affermarsi che il principio di legalità, in generale, impone il rispetto della legge da parte delle pubbliche amministrazioni, è altrettanto vero che, poi, questo significato generale minimo del principio è stato esteso per tre diversi ordini di motivi.

Anzitutto, nella sua applicazione concreta, la giurisprudenza ha preteso che le pubbliche amministrazioni rispettassero qualcosa in più della legge, ossia anche quei principi non contemplati dalla legge, ma elaborati dagli stessi giudici, come la ragionevolezza e la proporzionalità.

Inoltre, si deve ricordare che, a partire dal 1948, la legge, a sua volta, è assoggetta al rispetto della Costituzione, tant'è che le stesse pubbliche amministrazioni possono sollevare in un giudizio la questione di legittimità costituzionale della legge ordinaria.

E non si può nemmeno tralasciare che, a seguito dell'integrazione del nostro ordinamento giuridico con il diritto europeo, le norme comunitarie si sono affiancate alle norme nazionali, le quali, peraltro, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza europea, devono essere direttamente disapplicate dalle

pubbliche amministrazione (e dai giudici nazionali), quando sono in contrasto con le disposizioni europee.

Proprio perché tale principio, anche nella sua accezione formale, non è espressamente imposto dalla Costituzione, è rimasta aperta la questione della ammissibilità dei cosiddetti “poteri impliciti”: quei poteri amministrativi che, pur non essendo attribuiti dalla legge a determinate pubbliche amministrazioni, vengano esercitati da queste ultime, in quanto strumentali ai compiti ad esse conferiti dal legislatore¹¹.

È chiaro che il riconoscimento di tale ordine di poteri, di per sé privi di una base legale diretta, implica una rivisitazione del principio di legalità, rappresentando un rischio per la garanzia dei privati.

La questione dell’ammissibilità dei poteri impliciti ha assunto particolare importanza per i poteri esercitati dalle autorità amministrative indipendenti e, in particolare modo, per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, in considerazione del fatto che queste ultime sono caratterizzate dalla vaghezza e genericità, con cui la loro legge istitutiva ne contempla le funzioni e gli stessi poteri.

La prassi dell’Aeegsi è esemplificativa al riguardo, in quanto in più occasioni la giurisprudenza si è trovata a giudicare della legittimità dei poteri impliciti concretamente adottati da quest’ultima autorità. Seppur, in misura minore, anche le autorità di garanzia, come l’Agcm, tuttavia, hanno esercitato di fatto poteri non espressamente previsti dal legislatore.

Ad ogni modo, nel caso dell’Aeegsi, è emersa in modo più appariscente la tensione che intercorre tra l’esigenza di garantire i privati, che per alcuni¹², precluderebbe l’ammissibilità dei poteri impliciti, e l’esigenza di rendere il più possibile efficienti tale autorità, che, invece, per altri¹³, invece, giustificerebbe

¹¹ Sui poteri impliciti della pubblica amministrazione, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 729 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, pp. 60 ss..

¹² Tra cui v. N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell’azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, nota a sentenza n. 1331 del 2002, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 1900 ss.

¹³ Cfr. V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, nota a sentenza n. 1331 del 2002, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 1, pp. 37 ss.; S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1786 ss.; K. MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, fasc. 10, pp. 1177 ss..

tali poteri.

In proposito, non sono mancate delle ricostruzioni dottrinali, più caute, che, cercando di mediare i due diversi orientamenti contrapposti, hanno offerto una lettura della legalità dei poteri amministrativi delle autorità amministrative indipendenti, tesa a contemperare la tutela dei privati e l'efficienza dell'azione amministrativa¹⁴.

Più in generale, la delicatezza dei poteri impliciti delle autorità amministrative indipendenti è amplificata dalla circostanza, già segnalata, che l'indipendenza dal governo priva questi stessi organismi di una legittimazione democratica, la cui mancanza, secondo l'orientamento dominante, deve essere recuperata nell'ambito del procedimento e del controllo giurisdizionale dei relativi provvedimenti.

È proprio per quest'ultimo controllo, in particolare, che l'esercizio dei poteri impliciti appare rischioso per i destinatari, in quanto il giudice verrebbe privato di un parametro normativo di riferimento.

Peraltro, con riguardo specifico al potere delle autorità amministrative indipendenti, di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'accoglimento di un principio di legalità in senso sostanziale, e, quindi, il conseguente diniego, in chiave garantista, di poteri sanzionatori impliciti, sarebbero richiesti, in quanto si tratterebbe pur sempre di un potere sanzionatorio, e, quindi, di un

¹⁴ Ad esempio, P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in Astrid, 2012, p. 38, per il quale "[s]e il nesso "necessario" tra scopo legislativamente assegnato e potere regolatorio implicito in concreto esercitato non può trovare un chiaro ed immediato riscontro nell'ambito del contesto normativo in cui opera l'Autorità, esso deve poter essere comunque percepibile agli "occhi" dei destinatari dell'intervento regolatorio". È in questo senso che l'A. ritiene "assai utile una motivazione che renda esplicita la strumentalità della regolazione allo scopo normativamente fissato". E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 137, condivide una soluzione intermedia che, accogliendo il principio di legalità nella sua accezione formale, "richiede che (non ogni singola misura restrittiva, ma) il potere regolatorio nel complesso esercitato in relazione ad un dato oggetto abbia una sua espressa base legislativa; e che però esige anche che le misure restrittive in questione risultino univocamente conformi all'insieme delle disposizioni legislative che definiscono le finalità dell'apparato amministrativo competente, le situazioni soggettive dei privati interessati, la struttura di mercato del settore economico in questione".

potere tradizionalmente inteso come ablatorio¹⁵ e vincolato, che, peraltro, in base alla citata riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 della Costituzione, richiede di essere disciplinato dalla legge, quanto meno in via generale¹⁶.

Eppure, anche nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie di queste autorità, il principio di legalità sostanziale, oltre che con specifico riguardo all'ammissibilità dei poteri impliciti, è stato messo in discussione, sotto i profili della stessa tipicità e della vincolatività del relativo potere.

Le particolari missioni affidate alle autorità amministrative indipendenti dal legislatore, e la tecnica legislativa adottata da quest'ultimo, infatti, hanno avuto un impatto significativo anche per quanto riguarda l'applicazione di tali sanzioni, allontanandole dal tradizionale schema del genus delle sanzioni amministrative pecuniarie.

La tipicità dei poteri sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti, infatti, soprattutto per quanto riguarda i presupposti per l'irrogazione delle sanzioni, sconta il fatto che alcuni illeciti sono definiti in modo generico, ed implicano accertamenti tecnici altamente specialistici, che rendono incerto, o quantomeno tecnicamente opinabile, la ricostruzione delle fattispecie, e, quindi, nella sostanza, lo stesso *an* della sanzione.

Tale caratteristica, tra l'altro, rende complicata la definizione dei confini entro i quali il giudice può sindacare l'accertamento tecnico svolto dalle autorità amministrative indipendenti, rappresentando un ulteriore rischio per la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, nel caso in cui tali confini vengano ristretti troppo; ma anche un rischio per la funzionalità delle autorità amministrative indipendenti, qualora gli stessi vengano estesi,

¹⁵ Pur qualificandolo, per quanto riguarda l'ordine degli effetti, come provvedimento con contenuto ablatorio, C.E. PALIERO e A. TRAVI, *Sanzioni amministrative (voce)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 350 ss., precisano che "il provvedimento sanzionatorio [...], rispetto ai provvedimenti ablatori tipici, si differenzerebbe per la relazione con l'accertamento di un'infrazione".

¹⁶ Cfr. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, pp. 42 ss.; F. BASSI, *Sanzioni amministrative edilizie ed interesse pubblico*, in *Stato ed economia. Scritti in onore di Donatello Serrani*, Milano, 1984, pp. 485 ss.; L. CARLASSARRE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, 1990, pp. 7 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 490 ss; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di tipicità*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, Giappichelli, 2014. Tuttavia, come ricordato da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 339 ss., un'autorevole parte della dottrina (A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925) ha negato che la potestà sanzionatoria delle pubbliche amministrazioni sia soggetta al principio di legalità in modo rigido e tassativo.

sino a permettere al giudice di sostituirsi tout court al ruolo tecnico di tali autorità.

Per la funzione di garanzia affidata e, conseguentemente, per la mole di sanzioni comminate, il problema dell'effettività del sindacato giurisdizionale in relazione all'ammissibilità della discrezionalità tecnica, ha interessato in modo particolare l'Agcm.

Ad ogni modo, se si vuole privilegiare una prospettiva che sia garantista dei privati, ma al contempo teleologica delle particolari sanzioni considerate, si dovrà tenere conto dei profili funzionali specificamente connessi ai due rispettivi sistemi sanzionatori, per valutare se l'eventuale maggiore o minore tutela, garantita dall'uno rispetto all'altro, possa essere giustificata dal rapporto che le relative sanzioni assumono con le diverse funzioni assegnate all'Agcm e all'Aeegsi.

2. La disciplina generale sulle sanzioni di cui alla legge n. 689/1981.

Il confronto tra i poteri sanzionatori delle due autorità amministrative indipendenti, qui assunte come casi esemplari, è caratterizzato dal fatto che entrambi questi poteri, pur essendo regolati da proprie disposizioni speciali, sono assoggettate ad una disciplina comune, ossia quella contenuta nel capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Come è noto, con l'entrata in vigore di quest'ultima legge, le sanzioni amministrative pecuniarie, ossia quelle corrispondenti all'obbligo di pagare una somma di denaro, comunemente indicate come "sanzioni amministrative in senso stretto", e a lungo disciplinate in modo disomogeneo e frammentato nel nostro ordinamento giuridico, hanno finalmente trovato una configurazione organica, positivamente codificata.

In particolare, la legge n. 689/1981 dispone la generale depenalizzazione (e quindi l'applicabilità delle sanzioni amministrative pecuniarie) di tutte le trasgressioni per le quali è prevista, anche nelle ipotesi aggravate, la sola pena della multa o dell'ammenda¹⁷, nonché, a prescindere della pena, di particolari reati contravvenzionali, tassativamente indicati dall'art. 33.

¹⁷ Si veda, tuttavia, l'art. 32 relativo alle violazioni finanziarie, per le quali si prevede la depenalizzazione solo nel caso della pena dell'ammenda.

In tal modo, è stato segnato il progressivo allargamento dell'area riservata alle sanzioni amministrative, in sfavore di quella coperta dal diritto penale, determinando così un'inversione di tendenza rispetto ai primi decenni del XX secolo.

Al riguardo, la dottrina ha sottolineato come la natura "amministrativa" delle relative sanzioni sia stata stabilita dalla legge soltanto "per ragioni di decongestionamento e di maggiore qualificazione della giustizia penale", in assenza, cioè, di ragioni attinenti l'esercizio dell'azione amministrativa¹⁸.

Oltre che per i casi di depenalizzazione¹⁹, però, in forza dell'art. 12 della legge n. 689/1981, le norme in materia di "Sanzioni amministrative" contenute nel capo I di questa legge (artt. 1-42) trovano, "in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito", una generale applicazione per "tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una sanzione pecuniaria", ad eccezione delle "violazioni disciplinari", alle quali le suindicate disposizioni "non si applicano".

L'ultima norma citata, quindi, riconduce tutte le sanzioni amministrative pecuniarie, anche quelle che sono tali fin dall'origine (che non sono, cioè, il risultato della trasformazione di sanzioni penali), all'applicazione di un'unica disciplina (quella contenuta nel capo I), che riguarda i principi

¹⁸ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative (voce)*, cit., p. 348.

¹⁹ Il fenomeno della depenalizzazione è definibile come « un orientamento di politica-criminale incline a trasformare le ipotesi meno gravi di reato contravvenzionale in corrispondenti illeciti amministrativi, sanzionati con pena pecuniaria » (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4 ed., Bologna, Zanichelli, 2004). Sul fenomeno della depenalizzazione cfr. C.E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo*, in *Politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1983, n. 1, pp. 117 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, Il Mulino, 1983; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 589 ss.. Si veda inoltre l'ampia bibliografia riportata da S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, Milano, Giuffrè, 1997, n. 2, p. 349, nota 1, ove si afferma che, nel caso della depenalizzazione « la sanzione amministrativa è il risultato di una scelta di politica criminale finalizzata ad alleggerire il carico di lavoro del giudice penale, in relazione anche a un diverso apprezzamento del disvalore sociale del fatto. La sanzione amministrativa avrà così una tipica funzione punitiva, allo stesso modo della sanzione penale ». L'A. sottolinea inoltre che il processo di depenalizzazione è stato attuato attraverso la l. 681/1981 in termini meramente formali, in quanto le fattispecie delittuose o contravvenzionali vengono depenalizzate in base al tipo di pena prevista (art. 32), senza considerare i beni giuridici tutelati.

generali (di cui alla sezione I), nonché le procedure di accertamento e l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (di cui alla sezione II).

La legge n. 689/1981 ha così fatto acquisire a queste sanzioni una maggiore peculiarità, in un duplice senso.

Da un punto di vista interno al diritto amministrativo, le sanzioni amministrative pecuniarie hanno assunto maggior particolarità rispetto alle altre sanzioni che la pubblica amministrazione può adottare per la violazione di un precetto, siano esse misure di esecuzione²⁰ o misure pecuniarie c.d. alternative²¹.

In un'ottica esterna al diritto amministrativo, invece, le sanzioni amministrative pecuniarie hanno ricevuto maggiore autonomia scientifica, in quanto la normativa contenuta nella legge n. 689/1981, con la "manifesta ambizione" di assurgere a "codice" dell'illecito punito con questo tipo di

²⁰ Sulla differenza tra sanzioni amministrative e misure ripristinatorie e sulle implicazioni per il riparto di giurisdizione cfr. Cons. giust. Amm. Sicilia, 21 novembre 1997, n. 497, in *Il foro amministrativo Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1997, I, pp. 1604 ss., secondo il quale le sanzioni punitive sono meramente afflittive e sono connesse al verificarsi in concreto della fattispecie legale, senza alcuna facoltà di scelta per l'amministrazione sulla loro inflizione se non per la concreta quantificazione della sanzione, con l'effetto che la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non essere sottoposto all'imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Le misure ripristinatorie (o quelle sostitutive), invece, tendono a concretizzare direttamente l'interesse pubblico di settore leso dall'atto illecito: in questi casi è generalmente riconosciuta all'amministrazione la facoltà di scegliere la misura repressiva più idonea a soddisfare quell'interesse, con la conseguenza che in tal caso sussistono in capo al privato soltanto posizioni soggettive di interesse legittimo.

²¹ Cfr. P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, vol. I, p. 581, nota 8, che sottolinea che la misura alternativa, pur consistendo nell'imposizione da parte della p.a. del pagamento di una somma di denaro, non è qualificabile come sanzione, proprio perché è alternativa non a quest'ultima, ma alla misura ripristinatoria (laddove il ripristino non sia possibile), e di conseguenza è parametrata in base al ripristino e non alla persona del trasgressore. Cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative (voce)*, cit., p. 354, per i quali le misure alternative, oltre a seguire la stessa logica e gli stessi criteri di responsabilità delle misure amministrative di esecuzione, si caratterizzerebbero non per una funzionalità prettamente sanzionatoria, ma per realizzare « un riequilibrio patrimoniale », con una logica simile a quella di istituti più generali, come l'arricchimento senza causa. In ult. op. cit., p. 355, nota 41, gli stessi A. ricordano anche quell'indirizzo giurisprudenziale che, con l'espressione "sanzione ripristinatoria", ha inteso indicare l'assimilazione della misura alternativa alla misura ripristinatoria, assimilazione che riguarderebbe sia i presupposti di applicazione, sia i destinatari, sia il procedimento amministrativo, sia la struttura della responsabilità.

sanzione²², ha permesso a dottrina e giurisprudenza di trascendere da una ricostruzione della disciplina applicabile attraverso l'esame di principi generali deducibili da altri ambiti del del diritto.

Con particolare riferimento al diritto penale, del resto, l'approccio teso a ricostruire le sanzioni amministrative pecuniarie come categoria giuridica a sé stante corrisponde al consolidato orientamento della Corte costituzionale, per il quale, queste ultime sanzioni traggono la loro autonomia e specificità dal riconoscimento nei loro confronti di parametri costituzionali diversi da quelli propri delle sanzioni penali (tra cui la riserva di legge assoluta, di cui all'art. 25), in quanto tipici del diritto amministrativo: la riserva di legge relativa per l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali, di cui all'art. 23, e i principi di buon andamento e sull'imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97.

In ogni caso, è anche vero che, per come è disciplinato, il modello di sanzione amministrativa pecuniaria che emerge da questa legge ha una sua chiara ispirazione penalistica, soprattutto per quanto concerne i principi di tipo garantistico ivi delineati.

Infatti, posto che le sanzioni pecuniarie amministrative sono soggette alla riserva di legge relativa prevista dall'art. 23 della Costituzione, l'art. 1 della legge n. 689/1981 ricalca l'art. 25 della Costituzione, nello stabilire che *"nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione"*.

Con quest'ultima disposizione vengono, pertanto, riconosciuti i principi di stretta legalità e irretroattività per le sanzioni amministrative; anche se, poi, tale riconoscimento, avvenendo in ambito legislativo e non costituzionale, non esclude che la legge possa sanzionare comunque la violazione di un regolamento.

Sempre in analogia con le sanzioni penali, l'art. 3 della legge n. 689/1981 configura anche la responsabilità per dolo e colpa. In particolare, quest'ultimo articolo stabilisce che *"[n]elle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"*; precisando che, *"[n]el caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa"*.

Similmente a quanto accade per le cause di esclusione della responsabilità

²² Cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative (voce)*, cit., p. 355.

nel sistema penale, il successivo art. 4, prescrive che “[n]on risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa”; aggiungendo che “[s]e la violazione è commessa per ordine dell’autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine”.

Per il concorso di persone, poi, l’art. 5 della legge n. 689/1981 prevede che, “[q]uando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge”.

Per altri aspetti, invece, le sanzioni amministrative pecuniarie sono regolate dalla legge n. 689/1981, con importanti differenze rispetto alla disciplina delle sanzioni penali.

Infatti, a parte il fatto che non possono limitare la libertà personale, le sanzioni amministrative pecuniarie non sono soggette al principio del *favor rei*. Inoltre, queste ultime sanzioni si contraddistinguono da quelle penali, per quanto riguarda: lo specifico regime di solidarietà²³ e la responsabilità della persona giuridica²⁴, previsti dall’art. 6; l’esclusione della continuazione, a fronte della disciplina stabilita dall’art. 8²⁵; nonché un proprio e generale termine di

²³ In particolare, il primo comma dell’art. 6 stabilisce che “[i]l proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l’usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, è obbligato in solido con l’autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà”. Per il secondo comma dell’art. 6, inoltre, “[s]e la violazione è commessa da persona capace di intendere e di volere ma soggetta all’altrui autorità, direzione o vigilanza, la persona rivestita dell’autorità o incaricata della direzione o della vigilanza è obbligata in solido con l’autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto”.

²⁴ In forza del terzo comma dell’art. 6, “[s]e la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque di un imprenditore, nell’esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l’ente o l’imprenditore è obbligato in solido con l’autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta”.

²⁵ Questo articolo, dopo aver stabilito che, “[s]alvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un’azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo” (comma 1), prevede che, a quest’ultima sanzione, soggiace “anche chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie” (comma 2).

prescrizione, ossia cinque anni, secondo quanto previsto dall'art. 28.

Come più volte rammentato dalla dottrina, ciò che caratterizza, altresì, le sanzioni amministrative pecuniarie, proprio perché queste ultime non sono fondate sui principi costituzionali del diritto penale, è rappresentato dal fatto - non smentito dalla legge n. 689/1981 - che per tale modello vige un principio di presunzione di colpevolezza, in netta antitesi con quanto previsto sulla presunzione di innocenza dall'art. 27 della Costituzione, per la responsabilità penale.

Nella sezione I della legge n. 689/1981, vengono disciplinati anche i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

In particolare, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria, fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo, e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, secondo quanto stabilito dall'art. 11, *“si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

Come ricordato, la sezione II della legge del 1981 sulla depenalizzazione, racchiude anche una specifica disciplina del procedimento delle sanzioni amministrative pecuniarie.

In sintesi, è previsto che la comminazione della sanzione venga preceduta da due fasi necessarie.

In primo luogo, l'accertamento della violazione di una determinata disposizione da parte degli organi di controllo, attraverso i poteri istruttori previsti dalla legge, tra i quali: *“assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e*

fotografici e ad ogni altra operazione tecnica” (art. 13, comma 1)²⁶.

Alla fase dell'accertamento, seguono la fase della contestazione, immediata dell'infrazione, oppure, nel caso in cui quest'ultima non sia possibile, la fase della relativa notifica al trasgressore (art. 14)²⁷.

A seguito di queste due sub-fasi, il procedimento previsto dalla legge n. 689/1981 può concludersi anche con il pagamento, entro sessanta giorni dalla notifica o dalla contestazione, della sanzione in misura ridotta, ossia pari a un terzo del massimo o, se più favorevole, al doppio del minimo (art. 16).

In caso di mancato pagamento, invece, l'organo accertatore provvede a presentare un rapporto all'autorità competente a irrogare la sanzione, la quale dovrà adottare la propria decisione nel rispetto del contraddittorio (art. 17).

A tal proposito, la legge n. 689/1981 prevede che, entro il termine di

²⁶ Ai sensi del secondo comma dell'art. 13 (Atti di accertamento), per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono *“altresì procedere al sequestro cautelare delle cose che possono formare oggetto di confisca amministrativa, nei modi e con i limiti con cui il codice di procedura penale consente il sequestro alla polizia giudiziaria”*. Il terzo comma dell'art. 13 prevede che sia sempre disposto il *“sequestro”* del veicolo a motore o del natante posto in circolazione, senza essere coperto dalla assicurazione obbligatoria, e del veicolo posto in circolazione, senza che per lo stesso sia stato rilasciato il documento di circolazione. Inoltre, secondo quanto stabilito dal quarto comma di quest'ultimo articolo, all'accertamento delle violazioni punite con la sanzione amministrativa pecuniaria, possono procedere anche *“gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, i quali, oltre che esercitare i poteri indicati nei precedenti commi, possono procedere, quando non sia possibile acquisire altrimenti gli elementi di prova, a perquisizioni in luoghi diversi dalla privata dimora, previa autorizzazione motivata del pretore del luogo ove le perquisizioni stesse dovranno essere effettuate”*. Il seguente art. 15 (Accertamenti mediante analisi di campioni) prevede che possano assumere la veste di soggetti legittimati all'accertamento anche i dirigenti dei laboratori di analisi, qualora l'accertamento della violazione dipenda dall'analisi di campioni.

²⁷ In particolare, ai sensi del primo comma dell'art. 14 (Contestazione e notificazione), *“la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa”*. Ai sensi del successivo comma, *“se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento”*. Il quarto comma dell'art. 14, stabilisce che: *“In ogni caso la notificazione può essere effettuata, con le modalità previste dal codice di procedura civile, anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione”*. Quando la notificazione non può essere eseguita in mani proprie del destinatario, il successivo comma prescrive che *“si osservano le modalità previste dall'articolo 137, terzo comma, del medesimo codice”*.

trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, i soggetti nei confronti dei quali è mossa la contestazione possano presentare scritti difensivi e documenti e chiedere di essere ascoltati (art. 18, comma 1).

Dopo aver sentito gli interessati ed esaminato gli argomenti esposti negli scritti difensivi, l'organo titolare del potere sanzionatorio emana un'ordinanza motivata, con cui, ritenendo fondato l'accertamento, determina la somma dovuta, ingiungendone il pagamento, mentre, nel caso in cui ritenga infondato l'accertamento, dispone l'archiviazione degli atti (art. 18, comma 2).

Per quanto riguarda la tutela giuridica dei soggetti sanzionati, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689/1981, “[s]alvo quanto previsto dall'articolo 133 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e da altre disposizioni di legge, contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento e contro l'ordinanza che dispone la sola confisca gli interessati possono proporre opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria”²⁸.

La legge n. 689/1981, attribuisce in via generale, quindi, al giudice civile la giurisdizione contro le sanzioni pecuniarie amministrative, anche se, poi, all'art. 24, stabilisce che, in caso di connessione obiettiva con un reato di un illecito amministrativo, per il quale non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa.

Ad ogni modo, la previsione di una generale giurisdizione civile in questa materia è spiegata dalla circostanza che, secondo la dominante impostazione giurisprudenziale e dottrinale, il potere di irrogare le sanzioni amministrative non costituisce un vero e proprio potere amministrativo, inteso cioè come cura di un interesse pubblico attraverso l'adozione di un provvedimento.

Per l'appunto, considerato che l'interesse giuridico tutelato è già determinato dal legislatore nella fissazione della condotta vietata, l'irrogazione di queste sanzioni amministrative non comporta nessuna valutazione sugli interessi coinvolti da parte dell'amministrazione, che si limita ad applicare una “pena in senso tecnico”, per riprendere la nota espressione di Zanobini.

Ne consegue che la posizione soggettiva del destinatario della sanzione non è di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo, cui corrisponde una potestà punitiva, piuttosto che una potestà tipicamente amministrativa.

²⁸ L'opposizione, secondo quanto disposto dalla seconda parte della norma citata, è regolata dall'articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

Il giudizio sulle sanzioni amministrative pecuniarie modellate dalla legge n. 689/1981, tuttavia, non è necessariamente demandato al giudice civile o, in caso di connessione obiettiva con un reato, al giudice penale.

Secondo quanto previsto dal citato art. 22, è infatti fatto salvo (insieme alle *“altre disposizioni di legge”*, ivi generalmente indicate) quanto prescritto dal primo comma dell’art. 133 del Codice del processo amministrativo, che stabilisce le materie per le quali vige la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Tra queste materie, come *supra* ricordato, alla lettera l), figurano anche *“le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati”*, adottati dell’Agcm e dell’Aeegsi²⁹, e dagli altri organismi ivi menzionati.

Pertanto, a seconda dei casi, il controllo sulle sanzioni amministrative pecuniarie è ripartito tra tre diversi giudici, ognuno caratterizzato dal rispettivo sistema processuale di appartenenza e dal proprio *modus operandi*, anche se, poi, la disciplina sostanziale generale e applicativa rimane sempre quella contenuta nella legge n. 689/1981.

L’ambito di applicazione di questa disciplina, peraltro, non è illimitato, ma circoscritto dalle due diverse clausole di riserva contenute nel suo citato art. 12, ossia quelle per le quali, alle sanzioni amministrative pecuniarie generalmente considerate, si applicano dette disposizioni *“in quanto applicabili”* e *“salvo che non sia diversamente stabilito”*.

La prima di queste due clausole di riserva è riprodotta all’art. 31 della legge antitrust, in forza del quale per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione di quest’ultima stessa legge, *“si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

La l. n. 481/1995, invece, non menziona nemmeno la legge n.

²⁹ Insieme all’Agcm e all’Aeeg, la lettera l) del primo comma dell’art. 133, indica anche: la Banca d’Italia; gli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385; l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e le altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995 n. 481; l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; la Commissione vigilanza fondi pensione; la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità della pubblica amministrazione; l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell’articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209. Originariamente, nella suddetta lettera veniva indicata anche la Commissione nazionale per le società e la borsa, ma la Corte costituzionale, con sentenza 20-27 giugno 2012, n. 162, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della relativa parte.

689/1981.

Ad ogni modo, l'applicazione, alle sanzioni amministrative pecuniarie dell'Aeegsi, delle disciplina generale delle prime due sezioni del capo I della legge del 1981, è imposta *"in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito"*, dalla stessa natura amministrativa pecuniaria di tali sanzioni, secondo quanto stabilito dall'art. 12 di quest'ultima legge, e come, del resto, è stato confermato dalla giurisprudenza.

Peraltro, è significativo come, tanto per le sanzioni antitrust per le intese vietate e l'abuso di posizione dominante, quanto per le sanzioni irrogate per la violazione alla regolazione dell'Aeegsi, l'ambito di applicazione della disciplina della legge n. 689/1981, inizialmente, sia stato interpretato dalla giurisprudenza in modo espansivo rispetto all'ambito di applicazione delle rispettive discipline speciali di settore.

Nel caso dell'Agcm, si è partiti dal rischio di quella che la dottrina ha definito una vera e propria "rilettura", da parte della giurisprudenza, della legge antitrust nazionale alla luce dei principi contenuti nella legge del 1981³⁰, per poi assistere al consolidamento di un opposto orientamento, per il quale l'individuazione dei principi ed istituti della legge generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie deve condurre ad un'applicazione corrispondente ai fini, ai principi ed alle esigenze propri della disciplina antitrust³¹.

Analogamente, nel caso delle sanzioni dell'Aeegsi, si era affermato un primo orientamento giurisprudenziale, che, intendendola come mera "clausola di applicabilità" delle disposizioni ivi richiamate, aveva ridotto la portata dell'espressione *"in quanto applicabili"*, di cui all'art. 12 della l. n. 689/1981.

³⁰ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2004, 381, che, in nota 95, richiamano, in quanto particolarmente esemplificativa di tale primo orientamento, la sentenza del CdS, VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, Assicurazioni Rischi di Massa, in *Giur. it.*, 1997, III,1, pp. 60 ss., con nota di R. CARANTA. In particolare, in virtù del richiamo, contenuto dall'art. 31, l. n. 287/1990, al capo I, sezione I e II, l. n. 689/1981, le fattispecie di cui agli art. 2 e 3 l. n. 287/1990, che comportano l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, sono "di stretta interpretazione", a nulla valendo in contrario la disposizione di cui all'art. 1, comma 4 della stessa legge antitrust, la quale richiama, come canone interpretativo, i principi dell'ordinamento comunitario. Per questo Consiglio di Stati, nella materia della disciplina della concorrenza e del mercato vige il principio di legalità, per il quale non possono essere accertate infrazioni ed irrogate sanzioni amministrative, se non in stretta applicazione delle fattispecie previste dagli art. 2 e 3 l. n. 287/1990, per testuale riferimento alle norme della l. 24 novembre 1981 n. 689 e sostanziale riguardo alla certezza del diritto.

³¹ V. CdS, VI, 2 marzo 2001, n. 1189, Assitalia. In termini simili, v. anche Cds, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, RC Auto.

Questo orientamento riteneva, cioè, che le disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie, contenute nella legge n. 689/1981, si dovessero applicare ogni qualvolta riguardassero aspetti e istituti giuridici non specificamente regolati dalle discipline speciali delle particolari sanzioni amministrative pecuniarie considerate³².

In tal modo, però, si era espanso l'ambito di applicazione della legge generale sulle sanzioni amministrative, in quanto, si svuotava di significato normativo la suddetta clausola, intendendola come meramente applicativa e, di fatto, assimilandola all'altra clausola di riserva contenuta nell'art. 12, ossia quella di salvezza (*“salvo che non sia diversamente stabilito”*).

Parimenti, si aveva rinunciato ad un approccio funzionale, che tenesse conto del fatto che le diverse sanzioni amministrative pecuniarie previste nel nostro ordinamento, e i rispettivi precetti, fanno capo a discipline speciali, caratterizzate dalla tutela di determinati interessi, o se si preferisce, beni giuridici, tra loro molto differenti, come ad esempio: l'ambiente, l'incolumità delle persone nella circolazione stradale, sul lavoro o in caso di incendi, la sicurezza e l'ordine pubblico, la privacy, il pluralismo informativo e, per tornare alle due autorità amministrative indipendenti qui esaminate, la concorrenza.

A tale ultimo riguardo, infatti, non è possibile escludere che le disposizioni contemplate dalla legge n. 689/1981, anche quando riguardino aspetti e istituti non espressamente disciplinati dalle diverse normative speciali dirette a tutelare determinati beni giuridici, non possano risultare sostanzialmente in contrasto con norme speciali riguardanti altri aspetti o, comunque, con le peculiari finalità ed esigenze sottese alla tutela dei relativi beni giuridici.

L'apprezzamento di tale ultima circostanza ha influenzato il Consiglio di Stato³³, che si è discostato dal precedente orientamento, privilegiando di interpretare la prima clausola di riserva prevista dall'art. 12 della legge n. 689/1981, come “clausola di compatibilità”, allineandosi così all'impostazione adottata parecchi anni prima dalla giurisprudenza, per l'individuazione del campo di applicazione della disciplina generale della legge del 1981 alle sanzioni antitrust.

Interpretare in chiave teleologica le sanzioni amministrative pecuniarie, implica che l'indagine sull'effettiva compatibilità della disciplina generale della

³² V. CdS, sez. VI, 2 ottobre 2004, n. 6901; TAR, Lombardia, Milano, sez. VI, 30 luglio 2007, n. 5475 e 12 novembre 2007, n. 6261; Id., nn. 4638/2009 e 3061/2012.

³³ v. CdS, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, e 7 aprile 2010, n. 1976.

legge n. 689/1981, con le discipline speciali, sostanziali e procedurali, delle sanzioni dell'Agcm e dell'Aeegsi, deve essere condotta con specifico riferimento alla particolari esigenze e funzioni, riconducibili alla diverse missioni affidate a queste due autorità.

Pertanto, pur tenendo conto di tali ultimi aspetti, anche quando si considera singolarmente il potere sanzionatorio dell'Agcm o dell'Aeegsi, alla luce delle rispettive funzioni, non è ancora possibile fare un discorso unitario, sull'applicabilità delle disposizioni della legge n. 689/1981.

Per ciascuna delle sanzioni amministrative pecuniarie che devono essere comminate da tali autorità, è infatti necessario distinguere, a seconda che si tratti di: sanzioni conseguenti alla violazione di un precetto contenuto direttamente in una norma di legge e, nel caso dell'Aeegsi, anche in un atto di regolazione; oppure di sanzioni conseguenti alla violazione di un precetto contenuto in un provvedimento puntuale di una delle due autorità.

2.2 (segue) e la disciplina generale sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990.

Come per le disposizioni sulle sanzioni di cui alla l. n. 689/1981, anche per la disciplina generale sul procedimento contenuta nella l. n. 241/1990, si è posto il problema del coordinamento con la disciplina speciale dei procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti.

Sia in dottrina³⁴, che in giurisprudenza³⁵, si è registrato un orientamento per lo più teso a far prevalere la disciplina speciale.

Si è, cioè, preferito ridurre la portata applicativa della l. n. 241/1990, ritenendola cedevole rispetto all'applicazione delle disposizioni procedurali sanzionatorie di carattere generale, contenute nelle leggi speciali istitutive, e di

³⁴ L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni reg.*, 2007, vol. 26, fasc. 3, pp. 617; M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2010, p. 8; M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AAEG)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011, pp. 974 ss.; E.L. CAMILLI, *Autorità di vigilanza (profili normativi) (voce)*, in *Enc. dir.*, ANNALI, vol. V, Giuffrè Milano, 2012, p. 173.

³⁵ Sull'Agcm, in particolare, cfr. TAR. Lazio, Sez. I, 4 dicembre 2007, nn. 12457 e 12460, confermate da Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1199; TAR Lazio, Sez. I, 10 luglio 2007 n. 6230, e Cons. Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085, con cui è stato riformato TAR Lazio, Sez. I, 17 maggio 2006 n. 3543.

quelle di dettaglio, contenute nei regolamenti speciali adottati dalle autorità amministrative indipendenti, nell'esercizio della loro autonomia, ossia, nel caso dell'Agcm e dell'Aeegsi, secondo quanto previsto dalle stesse rispettive leggi istitutive.

3. Il potere sanzionatorio dell'Agcm.

Per lo svolgimento della sua funzione di garanzia, la l. n. 287/1990 ha dato incarico all'Agcm di intervenire in modo indiretto e promozionale sulla normativa nazionale, riconoscendole la funzione conoscitiva di segnalare quegli atti normativi da cui possono derivare distorsioni della concorrenza³⁶, nonché la funzione consultiva di formulare pareri su disegni di legge o atti regolamentari³⁷.

A seguito dell'introduzione nella legge antitrust dell'art. 21-bis, da parte del Decreto "salva Italia" del 2011, l'Agcm è stata legittimata anche ad impugnare dinanzi al Tar del Lazio gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Tuttavia, è attraverso l'esercizio dei poteri con effetti diretti nei confronti degli operatori del mercato che l'Agcm, analogamente a quanto accade per la Commissione UE in relazione alle condotte imprenditoriali di sua competenza,

³⁶ Allo scopo di contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 21 della legge antitrust demanda all'Agcm di individuare i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale (comma 1). In particolare, l'Agcm segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati (comma 2). Inoltre, ove ne ravvisi l'opportunità, l'Agcm esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive (comma 3).

³⁷ In base all'art. 22 della legge antitrust, l'Agcm può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Per la medesima norma, il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottoporre l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita.

svolge un ruolo amministrativo attivo di garante della concorrenza, a partire dall'esercizio dei suoi poteri istruttori previsti dall'art. 14, con cui assume dalle imprese quegli elementi (informazioni e documenti), che le servono per esercitare poteri ulteriori e finali.

Alcuni di questi poteri-doveri limitano la libertà di iniziativa economica delle imprese per quanto riguarda la loro dimensione, in riferimento a fattispecie che non si sono ancora compiute.

In tal senso, l'art. 18 prevede che l'Agcm ordini il divieto (comma 1) e prescriva misure correttive (comma 3) per quelle operazioni di concentrazioni tra imprese che devono esserle preventivamente comunicate, quando abbia valutato tali operazioni concludendo che esse comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

Altri poteri-doveri ancora, invece, hanno effetti restrittivi per la sfera giuridica dei destinatari sotto il profilo delle loro condotte, in riferimento a fattispecie vietate dalla legge.

Così, il primo comma dell'art. 15 stabilisce che l'Agcm fissa alle imprese ed agli enti interessati il termine per l'eliminazione degli illeciti antitrust, ossia le infrazioni agli artt. 2 e 3, rispettivamente dedicati alle intese restrittive della libertà di concorrenza e all'abuso di posizione dominante, prendendo come modello le norme sulla concorrenza (a quel tempo) contenute nel Trattato CE.

In particolare, l'art. 2, comma 2, vieta le *“intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*. L'art. 3, comma 1, vieta *“l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*.

Dopo aver imposto tali divieti, entrambe i due articoli da ultimo citati ne esemplificano alcune fattispecie specifiche, che per loro natura paiono limitare il libero gioco competitivo sul mercato, anche se, per entrambe le norme, non si tratta di elencazioni esaustive.

Mentre, però, l'abuso di posizione dominante costituisce una condotta vietata in termini assoluti, il divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, analogamente a quanto previsto dall'art. 101, per gli accordi e le pratiche ivi vietati, non è stabilito in termini assoluti.

L'art. 4 della l. n. 287/1990 stabilisce, infatti, che l'Agcm possa autorizzare intese o categorie di intese altrimenti vietate dalla disciplina

nazionale, quando ne conseguano determinati effetti economici, e a particolari condizioni e limiti³⁸.

Sta di fatto che, ai sensi dell'art. 15 della legge antitrust, la condotta integrativa degli estremi dell'intesa vietata e dell'abuso di posizione dominante, sebbene offensiva dei beni protetti, non viene come tale assoggettata a sanzione alcuna, limitando l'intervento dell'Autorità a imporre la rimozione della situazione valutata in violazione dei precedenti artt. 2 e 3.

Il legislatore configura cioè una prima fattispecie vietata, ma non punibile, alla quale consegue un semplice obbligo di osservanza del provvedimento dell'Autorità, che impone la rimozione di una determinata situazione in quanto lesiva dei beni tutelati. In questo modo, l'attività dell'Agcm assume un valore prettamente ripristinatorio degli interessi lesi dalle fattispecie considerate, e l'integrazione degli elementi oggettivi e soggettivi dell'intesa e dell'abuso di posizione dominante è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini della configurabilità dell'illecito *antitrust*.

Secondo quanto stabilito dallo stesso primo comma dell'art. 15, infatti, è solo "*nei casi di infrazioni gravi*" che l'Agcm, "*tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione*", irroga una sanzione amministrativa pecuniaria "*determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione*".

La l. 5 marzo 2001, n. 57, ha modificato l'art. 15 della legge antitrust, eliminando il minimo edittale di questa sanzione, ed aumentandone il massimo

³⁸ L'art. 4, comma 1, stabilisce che l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, "*intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico*". Il medesimo articolo prescrive che l'autorizzazione non possa comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità ivi contemplate, né possa consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. Come è agevole osservare, l'applicazione di quest'ultima norma implica l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati che vanno oltre la mera analisi degli effetti distorsivi della concorrenza, coinvolgendo ulteriori profili del mercato, a loro volta identificabili come interessi pubblici. L'Agcm non è chiamata a ricostruire le condotte poste in essere dagli operatori economici al fine di accertare la violazione degli illeciti anticoncorrenziali e sanzionare, in caso di accertamento positivo, i responsabili, ma è chiamata a valutare a priori le condotte ideate dalle imprese, prevedendone gli effetti al fine di apprezzare se tali effetti corrispondano a interessi ulteriori rispetto all'interesse di reprimere le condotte anticoncorrenziali.

(e, di conseguenza, la portata deterrente), “*fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascun impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida*”³⁹.

Con la legge del 2001, inoltre, è stato modificato l’art. 8 della legge antitrust con l’aggiunta di disposizioni speciali per particolari tipi di imprese, ossia le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato⁴⁰.

In particolare, a questa categoria di imprese è stato imposto di: operare mediante società separate, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono (comma 2-bis); comunicare preventivamente all’Agcm la costituzione di società e l’acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi da quelli in cui agiscono (comma 2-ter); rendere accessibili, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte nei mercati in cui agiscono, e che abbiano reso disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi da quelli in cui agiscono (2-quater).

In tutti questi casi, le imprese sono soggette ai poteri istruttori dell’Agcm, previsti dall’art. 14 per la presunta infrazione delle disposizioni in materia di intese e abuso di posizione dominante, e nei casi di accertata infrazione, sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all’art. 15 (comma 2-quinquies).

Inoltre, per la violazione degli obblighi di comunicazione preventiva della costituzione di società e l’acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi da quelli in cui agiscono, è previsto che l’Autorità applica una specifica sanzione amministrativa pecuniaria (comma 2-sexies).

³⁹ Il testo originario dell’art. 15, comma 1, prevedeva l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria “in misura non inferiore all’uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida relativamente ai prodotti oggetto dell’intesa o dell’abuso di posizione dominante”. Quindi, con la l. n. 57/2001, oltre all’incremento della sanzione pecuniaria, sono stati eliminati la previsione di un minimo edittale, e il riferimento ai prodotti oggetto dell’illecito.

⁴⁰ G. MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall’art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Conc. merc.*, fasc. 9, 2001, pp. 223 ss.; V. MELI, *Modifiche alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopolio legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust*, in *Nuove leggi civili*, 2001, pp. 1061 ss..

Anche gli altri poteri sanzionatori amministrativi pecuniari attribuiti all'Agcm nei confronti delle imprese generalmente considerate, possono essere distinti a seconda che si tratti di poteri funzionali ad assicurare direttamente il rispetto della normativa contenuta nella legge n. 287/1990, oppure il rispetto degli stessi poteri puntuali (prescrittivi o informativi e istruttori) di tale autorità⁴¹.

Come le sanzioni antitrust per intese anticoncorrenziali e per l'abuso di posizione dominante, rientrano nella prima di queste due categorie quelle sanzioni amministrative pecuniarie, che la l. n. 287/1990 prevede per inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione (art. 19, comma 2)⁴².

Costituiscono, invece, sanzioni strumentali all'esercizio di poteri puntuali le sanzioni previste per: l'inottemperanza all'obbligo di fornire informazioni o documenti nel corso dell'istruttoria (art. 14, comma 5)⁴³; l'inottemperanza al divieto di concentrazione (art. 19, comma 1)⁴⁴; l'inottemperanza parziale o totale alla diffida riguardante la cessazione degli illeciti antitrust e la rimozione dei relativi effetti antigiusuridici entro un determinato termine (art. art. 15,

⁴¹ Cfr. E. CASSETTA, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 599, per il quale la sanzione amministrativa è "la misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo".

⁴² In questi casi, l'Agcm "può infliggere alle imprese stesse sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione". Tale sanzione si aggiunge alle sanzioni eventualmente applicabili in base a quanto previsto dal primo comma dell'art. 19, a seguito delle conclusioni dell'istruttoria, il cui inizio decorre dalla data di notifica della sanzione per mancata comunicazione dell'operazione di concentrazione.

⁴³ Con provvedimento dell'Agcm e facendo salve le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente, i soggetti richiesti di fornire gli elementi richiesti dall'autorità nel corso dell'istruttoria "sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cento milioni di lire se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri".

⁴⁴ In particolare, nel caso di imprese che non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva previsto dal primo dell'art. 16, l'Agcm "può infliggere alle imprese stesse sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione". Tale sanzione si aggiunge alle sanzioni eventualmente applicabili per la realizzazione di una concentrazione vietata ai sensi dell'art. 18, comma 1, o per inottemperanza alle misure prescritte dall'Agcm ex art. 18, comma 1, in quanto necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi.

comma 2)⁴⁵.

Con ancora più ingerenza per la sfera giuridica dei trasgressori, nei casi di reiterata inottemperanza parziale o totale alla diffida riguardante la cessazione degli illeciti antitrust e la rimozione dei relativi effetti antiggiuridici entro un determinato termine, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni (art. 15, comma 2).

I poteri sanzionatori sin qui ricordati e i relativi procedimenti sono stati integrati dall'art. 14 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248.

Quest'ultimo decreto legge ha introdotto nella l. n. 287/1990 gli artt. 14-bis, 14-ter e il comma 2-bis dell'art. 15, rispettivamente dedicati alle misure cautelari dell'Agcm, agli effetti sull'accertamento degli illeciti antitrust in caso di presentazione di impegni da parte delle imprese, e alla riduzione o non applicazione della sanzione in caso di collaborazione prestata dalle imprese.

Con queste modifiche, sulla scia del processo di modernizzazione del sistema antitrust comunitario, sono stati attribuiti all'Agcm quegli ulteriori poteri in materia di misure cautelari e di impegni che, nei procedimenti finalizzati all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (ora artt. 101 e 102 del TFUE), il Regolamento CE n. 1/2003 prevede come possibili per le autorità di concorrenza degli Stati membri dell'Ue⁴⁶, e riconosce espressamente alla Commissione europea⁴⁷.

Anche l'istituto del trattamento favorevole per le imprese disposte a cooperare con l'Agcm per far scoprire la violazione della disciplina in materia di intese è stata assimilato dal diritto antitrust comunitario.

Nell'ordinamento comunitario, infatti, i programmi di clemenza sono stati introdotti dalla prassi della Commissione e da quest'ultima formalmente disciplinati (pur senza efficacia normativa) dapprima nella Comunicazione del 1996 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei

⁴⁵ In caso di inottemperanza alla diffida di cui al primo comma dell'art. 15, l'Agcm "*applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato*" ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione per gravi infrazioni, "*di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata*", con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato per l'irrogazione della sanzione per infrazioni gravi, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato.

⁴⁶ Cfr. art. 5.

⁴⁷ Cfr. artt. 8 per le misure cautelari e 9 per gli impegni.

casi di cartelli tra imprese⁴⁸, seguita dalle omonime Comunicazioni del 2002⁴⁹ e del 2006⁵⁰, con cui la Commissione ha ridefinito le relative condizioni di applicabilità.

Per quanto più riguarda il potere sanzionatorio dell'Agcm, a seguito delle modifiche apportate alla legge antitrust dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, sono state introdotte le sanzioni amministrative pecuniarie per inottemperanza ai provvedimenti cautelari (art. art. 14-bis, comma 3), e in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori dall'Agcm, perché ritenuti idonei far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria (art. 14-ter, comma 2).

3.2 La sanzione per infrazioni antitrust gravi.

Se si volessero assumere come modello caratteristico per uno studio del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, le sanzioni per infrazioni gravi in materia di intese e per abuso di posizione dominante possono essere certamente selezionate come quella più interessanti, senza nulla togliere alla complessità e all'importanza delle altre sanzioni contemplate dalla l. n. 287/1990.

A questa conclusione si arriva, non soltanto perché, in una prospettiva funzionale, il potere sanzionatorio amministrativo pecuniario previsto dall'art. 15 della legge antitrust spicca per il ruolo di *enforcement* della tutela della concorrenza e per gli effetti giuridici negativi che ne conseguono sui destinatari.

Le sanzioni amministrative pecuniarie per infrazioni gravi in materia di intese e per abuso di posizione dominante, infatti, sono interessanti soprattutto perché costituiscono la manifestazione di un potere che: da una parte, mette in discussione il principio di tipicità dell'azione amministrativa, nel suo significato di sufficiente determinatezza normativa della fattispecie violata; dall'altra, caratterizza l'Agcm come organismo para-giurisdizionale, più che altro sotto l'aspetto del tipo di processo intellettuale impiegato nel giudizio di liceità delle condotte imprenditoriali.

Le infrazioni gravi agli artt. 2 e 3 della legge antitrust - diversamente da quanto accade, ad esempio, nel caso dell'inottemperanza al divieto di

⁴⁸ Comunicazione del 18 luglio 1996, in GUCE, C207, 4.

⁴⁹ Comunicazione del 20 giugno 2002, in GUCE, C45, 3.

⁵⁰ Comunicazione dell'8 dicembre 2006, in GUCE, C298, 17.

concentrazione o all'ordine di cessazione delle fattispecie antitrust - non trascinano con sé un disvalore intrinseco, consistente nella disobbedienza di un provvedimento⁵¹, il cui contenuto avrebbe potuto fare da parametro di riferimento per la verifica dell'illecito, ma devono essere accertati sulla base di fattispecie normative alquanto flessibili, per non dire generiche, anche se esemplificate.

A ciò si aggiunga che, proprio per la tecnica legislativa utilizzata, irrogando le sanzioni antitrust, l'Agcm pone in essere un'attività sostanzialmente regolatoria⁵², o quantomeno idonea a indirizzare il comportamento di quelle imprese che, intenzionate a non essere sanzionate, dovrebbero essere indotte a conformarsi alla prassi decisionale dell'Agcm, a sua volta condizionata dall'interpretazione della giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Occorre soffermarsi brevemente su come agiscono i meccanismi attraverso i quali il potere sanzionatorio (amministrativo) pecuniario dell'Agcm si sostanzierebbe in una forma di regolazione del mercato. A tal proposito,, rifacendosi a quanto già detto sull'Agcm, è anzitutto opportuno distinguere i poteri sanzionatori antitrust dagli altri poteri di questa autorità.

È, infatti, più facile che la deformazione della funzione *antitrust*, da tecnico-economica a politico-economica, avvenga nell'esercizio di quei poteri che, presupponendo l'espletamento di valutazioni economiche complesse di tipo previsionale, creativo, e comparativo tra la concorrenza e altri valori, implicherebbero - secondo un orientamento diffuso in dottrina - l'esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio.

Questo sarebbe il caso delle autorizzazioni in deroga al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, ove il potere autorizzatorio dell'Agcm è subordinato alla verifica prognostica che le intese (o le categorie di intese) altrimenti vietate diano luogo a determinati "miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato" connessi a effetti utili come il "sostanziale beneficio per i consumatori", "la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale" o

⁵¹ Tale disvalore è intrinseco, in quanto l'inottemperanza all'ordine di cessare o non tenere un comportamento riproduce un disvalore già valutato come tale, e ne aumenta l'intensità in regione della sua oggettiva permanenza.

⁵² Parla di "intervento sostanzialmente regolatorio", M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2011. In materia di tutela del consumatore, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 215, si sofferma quegli aspetti per i quali la funzione di garanzia svolta dall'Agcm assume una "connotazione regolatoria".

“l’aumento della produzione”, “il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione”, e “il progresso tecnico o tecnologico”: tutti interessi che vanno tra loro bilanciati⁵³.

Tuttavia, pure nell’esercizio dei propri poteri inibitori⁵⁴ e sanzionatori⁵⁵ è possibile che venga aggiunto un qualcosa in più da parte dell’Agcm - integrando la diffida a cessare la condotta anticoncorrenziale con ordini a contenuto positivo volti alla eliminazione degli effetti anticoncorrenziali o attraverso un’interpretazione estensiva delle norme *antitrust* - da cui può derivare un condizionamento per il mercato, oltre il mero rispetto delle norme contenute nella legge n. 287/1990 e di quelle del Trattato FUE.

Ciò precisato, si deve anche considerare che, nel caso della sanzione ex art. 15, comma 1, l’Agcm, prima ancora di precedere all’accertamento delle infrazioni gravi agli artt. 2 e 3, accerta che la condotta concretamente oggetto di istruttoria rientri tra le fattispecie vietate dagli artt. 2 e 3 della legge antitrust.

Pertanto, la prima fase del percorso logico-deduttivo, che porta all’irrogazione della sanzione, coincide con quella stessa fase destinata a verificare i presupposti per l’inibizione delle condotte anticoncorrenziali e la prescrizione delle misure necessarie ad eliderne gli effetti. Dopo questa fase ideale, il procedimento sanzionatorio continua, vedendo il susseguirsi di due

⁵³ Del pari, quando l’Agcm autorizza un’operazione di concentrazione prescrivendo alle imprese coinvolte le misure necessarie ad impedire l’eliminazione o la riduzione in modo sostanziale e durevole della concorrenza, non si limita ad accertare i fatti per sussumere la fattispecie concreta nelle (pur larghe) maglie del tessuto legislativo, ma compie un’operazione creativa rivolta al futuro, vincolando le imprese interessate alla concentrazione.

⁵⁴ In proposito, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, cit., sottolinea come, “mente il contenuto della diffida dovrebbe consistere esclusivamente nell’inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito, l’Autorità tende a conformare il comportamento dell’impresa nel mercato ben oltre quelli che sono i limiti risultanti dall’illecito accertato”. In altre parole, per l’A., “l’Autorità non si limita a registrare il disvalore concorrenziale di un certo comportamento, ma tende a configurare il miglior assetto possibile per quel dato mercato e, pertanto, utilizza la diffida per conformare il mercato imponendo obblighi di comportamento”. In tal modo, l’Agcm, non si limita a diffidare, ma pone in essere degli obblighi positivi in capo delle imprese.

⁵⁵ Al riguardo si consideri che l’irrogazione della sanzione antitrust implica l’esercizio del potere inibitorio dell’Agcm; e, quindi, anche di quelle forme di ordini positivi, nelle quali, nella pratica, come si è visto, si può sostanziare quest’ultimo tipo di potere. Inoltre, le stesse valutazioni, attraverso le quali l’Agcm accerta il compimento di illeciti anticoncorrenziali e quantifica la relativa sanzione, possono cambiare notevolmente a seconda che il disvalore dell’illecito venga parametro con riferimento esclusivo alle specifiche condizioni concorrenziali di mercato effettivamente esistenti al momento del suo compimento; o se, invece, venga tendenzialmente adattato sulla base di un modello ideale di mercato, accolto dall’Agcm stessa.

ulteriori passaggi, con cui l'Agcm, prima, accerta la gravità delle condotte; e, poi, in caso di esito positivo, quantifica la sanzione in base alla loro gravità e durata.

Però, mentre la diffida tende più facilmente a rimanere, di per sé, un intervento individuale ex post, la sanzione amministrativa pecuniaria, pur rivolgendosi sempre contro determinate imprese per condotte illecite da queste ultime già commesse, tende piuttosto a proiettare ex ante il precetto concreto sotteso all'ordine di cessazione della condotta vietata, integrandolo per ciò che riguarda la gravità dell'illecito.

In altre parole, irrogando la sanzione prevista dall'art. 15, comma 1, l'Agcm finisce per riempire di ulteriore significato il dato normativo legislativo antitrust, precisando, cioè, ciò che è punito, e, in tal modo, fa desistere le imprese sanzionate e quelle altre imprese che terranno conto della prassi di questa autorità.

Ciò, invece, non dovrebbe accadere nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 15, comma 2, ossia quella prevista nel caso in cui l'impresa non ottemperi alla diffida o quella prevista nel caso in cui sia stata anche applicata la sanzione per infrazioni gravi di cui al precedente comma. Infatti, per questi due ultime sanzioni, l'Agcm non dovrebbe aggiungere nulla a quanto già interpretato per diffidare e sanzionare l'impresa.

A maggior ragione, alcuna interpretazione integrativa della legge sarebbe implicata per l'irrogazione delle altre due sanzioni amministrative pecuniarie contemplate dall'art. 14, comma 5, ossia quella nei confronti delle imprese che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Agcm, e quella nei confronti delle imprese che forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri.

Anche quando si tratti della sanzione per infrazioni gravi, si tratterebbe, comunque, di una pseudo-regolazione.

Poiché, piuttosto che consistere nella preventiva fissazione di regole rivolte alla generalità dei consociati, ci si troverebbe dinnanzi ad una logica assimilabile a quella dei sistemi di common law, basati sui precedenti giurisprudenziali, senza ovviamente, però, che gli orientamenti dell'Agcm (come, del resto, pure quelli del giudice) possano assurgere a fonte del diritto.

Se ci si interroga sul perché e sul come, attraverso l'esercizio del suo potere sanzionatorio, l'Agcm sia destinata a regolare di fatto - secondo le dinamiche appena descritte - il mercato, è possibile rispondere osservando che è fisiologico che ciò avvenga per due ordini di motivi apparentemente semplici.

In primo luogo, la predisposizione dell'apparato sanzionatorio antitrust, a fungere da sistema di regolazione, deriva dalla circostanza che le condotte vietate sono descritte in modo estremamente generico dagli artt. 2 e 3, che, in riferimento al "mercato nazionale" o a "sua parte rilevante", si limitano ad indicare tali condotte come "le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza" e "[l']abuso di posizione dominante". Del resto, anche le fattispecie con cui tali condotte sono esemplificate dalle rispettive norme sono a loro volta generiche.

In secondo luogo, gli elementi costitutivi delle attività il cui compimento costituisce illecito sono descritti dagli artt. 2 e 3, ricorrendo a concetti giuridici che sono indeterminati, in quanto consistenti in concetti propri di una scienza opinabile; oppure, ricorrendo a nozioni giuridiche, che hanno assunto una loro specificità in ragione della specialità della disciplina antitrust.

A tale ultimo riguardo, seguendo l'iter logico dell'accertamento degli illeciti antitrust, partendo cioè dalla verifica della qualità di impresa in capo al soggetto sospettato di aver commesso detti illeciti, si ha modo di osservare come quest'ultimo elemento costitutivo abbia acquisito, per entrambe le due fattispecie vietate, un significato complesso, funzionale all'applicazione della disciplina antitrust e, pertanto, ben più ampio di quello civilistico di imprenditore, contenuto nell'art. 2082 c.c..

In particolare, nel diritto antitrust, per impresa s'intende qualsiasi soggetto, pubblico o privato, cui possa essere ricondotta un'attività economica consistente nella fornitura di beni o servizi, anche senza scopo di lucro⁵⁶.

⁵⁶ Nelle sentenze della Corte di giustizia Kleochnner-Werke AG Hoesch AG del 13 luglio 1962 e Hoefner ed Elser del 23 aprile 1991, si precisa che, nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia "qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento è un'attività economica". Nozione che, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, secondo quanto confermato dal CdS, sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3408, "non può che sussumere nell'ambito delle attività di impresa, ai fini della applicazione della disciplina della concorrenza, a prescindere dalla qualifica formale del soggetto che la svolge, qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato". Ai predetti fini, per il giudice amministrativo, "possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza". Sul tema, v. R. ROSOLINI, *La nozione di impresa secondo gli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma e i suoi più recenti sviluppi*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, pp. 187 ss.; A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, 11, pp. 283 ss.; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996.

3.3 *(segue)* e il ricorso ai concetti giuridici indeterminati.

In tema di concetti giuridici indeterminati, si deve anzitutto ricordare il “mercato rilevante”, che, pur se nemmeno genericamente definito dalla legge antitrust, rappresenta un concetto di primaria importanza ai fini della contestualizzazione e dell'accertamento delle condotte illecite ivi previste (come anche per l'autorizzazione di fusioni e acquisizioni)⁵⁷.

Questo mercato ideale corrisponde al più piccolo contesto nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato⁵⁸.

Più precisamente, l'Agcm ha definito il mercato rilevante come il più piccolo contesto (sia in termini di insieme di prodotti che di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo a tale livello per un rilevante periodo di tempo⁵⁹.

In riferimento a tale ambito geografico e merceologico è, cioè, possibile misurare il potere di mercato di una o più imprese e gli effetti negativi del suo esercizio sulla concorrenza.

A sua volta, la misurazione del potere di mercato è fondamentale per l'analisi delle condizioni strutturali del mercato e di ogni altra informazione utile a: valutare, a priori, il rischio di comportamenti restrittivi della concorrenza, ai fini di autorizzare le intese altrimenti vietate o le concentrazioni; accertare, a posteriori, il presunto compimento d'intese vietate o l'abuso di posizione dominante.

Nel corso degli anni, la prassi dell'Agcm ha sopperito al silenzio della

⁵⁷ La legge antitrust richiama il mercato economico rilevante in relazione agli indicatori di cui tenere conto nell'analisi degli effetti sulla concorrenza di un'operazione di concentrazione, laddove è stabilito che “[t]ale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati,...delle barriere all'entrata sul mercato delle imprese concorrenti [...]”.

⁵⁸ In altre parole, il mercato rilevante è l'insieme di prodotti e di aree geografiche che esercitano dei vincoli competitivi uno sull'altro, idonei cioè a determinare delle interazioni significative tra le imprese coinvolte. Sull'esperienza italiana di individuazione del mercato rilevante nel settore bancario, dell'informazione e dell'assicurazione, v. M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, Giappichelli, 1997. Per una lettura critica all'utilità stessa della nozione di mercato rilevante, v. P. SABBATINI, *Sull'(ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza e regole*, fasc. 3, 2012, pp. 495 ss..

⁵⁹ V. Relazione annuali del 1992 e del 1993.

legge antitrust sul metodo da seguire nella concreta definizione del mercato rilevante, attraverso l'utilizzo degli strumenti di analisi economica della sostituibilità dal lato della domanda⁶⁰ e della sostituibilità dal lato dell'offerta⁶¹, in linea con quanto indicato dalla Comunicazione della Commissione del 1997⁶², sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di tutela della concorrenza.

Secondo quanto dettato dalla citata Comunicazione della Commissione del 1997, poi, ai fini della valutazione del mercato rilevante, oltre ai due modelli di sostituibilità, si deve tenere conto anche della concorrenza potenziale, sebbene l'analisi di questa concorrenza non rientri nel concetto di mercato rilevante, e venga compiuta in un momento successivo alla definizione di quest'ultimo.

La concorrenza potenziale, infatti, è costituita dall'esistenza di imprese che, pur producendo beni o servizi diversi, ma contigui, o pur operando in un'altra, ma contigua, area geografica, esercitano una pressione concorrenziale sul mercato rilevante considerato, in quanto sono in grado di entrarvi a costi sostenibili e in breve tempo⁶³.

La sostituibilità dal lato della domanda e quella dell'offerta, insieme alla concorrenza potenziale, sono strumenti di analisi che vengono utilizzati per definire il mercato rilevante sia come ambito merceologico, che come area

⁶⁰ Tra i due tipi di sostituibilità, quella dal lato della domanda, in particolare, ossia il grado di fungibilità del prodotto di riferimento con altri prodotti che la domanda considera sostitutivi in base ai parametri essenziali (determinati dalla funzione d'uso, dalle caratteristiche del prodotto e dal prezzo), rappresenta il metro di misura principale del potere di mercato. Anche perché gli spazi di un'impresa, per influire sul prezzo e sulle altre condizioni di vendita, sono inevitabilmente ridotti dalla possibilità dei consumatori di ottenere prodotti sostitutivi disponibili sul mercato o di rivolgersi a fornitori collocati altrove.

⁶¹ La sostituibilità dal lato dell'offerta, invece, costituisce un parametro di riferimento secondario, preso in considerazione solo quanto è di misura elevata, che individua una situazione in cui, a seguito di un piccolo, ma durevole aumento di prezzo del prodotto di riferimento, vi siano imprese che, sebbene attive nella produzione di beni non fungibili, siano in grado di produrre il bene di riferimento, convertendo la propria capacità produttiva, in un breve periodo di tempo e senza affrontare ingenti investimenti. In questa prospettiva, si devono considerare non soltanto le imprese operanti in un certo settore, ma anche quelle che potenzialmente potrebbero operarvi, tenendo conto della possibilità di una conversione vantaggiosa, sia dal lato economico che commerciale.

⁶² In Guce 1997, C 372/03.

⁶³ La capacità delle imprese potenzialmente concorrenti di entrare in un dato mercato rilevante dipende dalla sussistenza di barriere all'ingresso, di tipo normativo o economico (strutturale o comportamentale), che avvantaggiano le imprese già operanti.

geografica.

La citata Comunicazione della Commissione, definisce mercato del prodotto quello *“che comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell’uso al quale sono destinati”*⁶⁴.

Per mercato geografico rilevante, invece, secondo quanto indicato nella Comunicazione della Commissione del 1997, si deve intendere *“l’area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue, perché in queste ultime le condizioni di*

⁶⁴ Il mercato dei prodotti riveste un’importanza centrale perché, secondo quanto precisato dalla Suprema Corte, la concorrenza non può che essere valutata in funzione “delle caratteristiche dei prodotti o dei servizi di cui trattasi”, in ragione delle quali detti prodotti o servizi si presentano idonei a soddisfare bisogni costanti e infungibili. Pertanto, per affermare che detti prodotti o servizi costituiscono un mercato distinto, è necessario individuarli in base alle caratteristiche ed in funzione dei bisogni che sono destinati a soddisfare. In particolare, per verificare quest’ultimo ordine di sostituibilità, viene fatto ricorso al cosiddetto price test, ossia un test econometrico (anche conosciuto come test dell’elasticità incrociata della domanda), per il quale due prodotti vengono ricondotti al medesimo mercato, allorché a un incremento, piccolo (tra il 5% e il 10%) ma durevole (un anno), del prezzo dell’uno consegue uno spostamento significativo della domanda verso l’altro. Oltre a ricorrere al price test, la sostituibilità della domanda viene verificata, secondo quanto previsto dalla Comunicazione della Commissione, sulla base di caratteristiche di più immediata percezione e concretezza, costituite dalle funzioni d’uso e dal prezzo dei beni considerati. Rispettivamente a queste ultime due caratteristiche, infatti, l’esperienza insegna che se due prodotti sono destinati ad un uso differente o se i consumatori sono disponibili a pagare un prezzo notevolmente diverso per due prodotti simili o affini, ne consegue che i prodotti, in entrambi i casi, vengono percepiti dai consumatori come appartenenti a due mercati distinti.

*concorrenza sono sensibilmente diverse*⁶⁵.

Altrettanti concetti giuridici indeterminati sono costituiti dalla stesse condotte vietate dalla legge antitrust.

Per quanto riguarda le intese, queste vengono comunemente distinte in intese orizzontali o intese verticali, a seconda che siano poste, rispettivamente, da soggetti che operano nello stesso mercato, oppure da soggetti che operano in mercati tra loro distinti, ma riguardanti beni o servizi collocati in fasi differenti di uno stesso processo produttivo.

L'art. 2, comma 1, della legge antitrust, fa rientrare nella nozione di intese *“gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”*.

Inoltre, come ricordato, l'art. 2, comma 2, individua una serie di intese specificamente vietate, ossia quelle dirette a: *“a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza”*.

Tuttavia, la nozione di intesa contenuta nella legge antitrust, così come quest'ultimo elenco di condotte non comprende tutti i casi concreti che possono essere ricondotti alla fattispecie vietata dall'art. 2, comma 2.

⁶⁵ In base all'interpretazione della Corte di Giustizia, il mercato geografico può essere definito “come il territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe, con riferimento proprio ai prodotti o servizi considerati”. In particolare, per la Suprema Corte, “in tale ottica non è affatto necessario che le condizioni obiettive di concorrenza tra gli operatori economici siano perfettamente omogenee”, essendo, invece, sufficiente che esse siano analoghe o sufficientemente omogenee. Quando il mercato rilevante viene individuato nella sua espansione geografica, si usa partire da una prima individuazione di massima, corrispondente al luogo ove vengono tenute le condotte delle imprese, per poi allargare l'indagine alla natura e alle caratteristiche fisiche del prodotto, con particolare riguardo ai costi di trasporto. L'analisi del mercato geografico rilevante, inoltre, è integrata dalla considerazione di quei fattori che, condizionando la domanda e l'offerta, possono allargare o restringere i relativi confini geografici, nonché i seguenti parametri: a) la differenza di prezzo tra i prodotti appartenenti al mercato considerato e gli stessi prodotti offerti in un mercato geografico contiguo; b) il flusso degli scambi commerciali tra il mercato geografico preso in esame e quelli contigui; c) le quote di mercato delle imprese operanti nel mercato geografico considerato.

In generale, non potendo essere poste in essere da un solo soggetto, per potersi parlare di intese, sono anzitutto necessari la presenza di due o più soggetti indipendenti, cui ricondurre la condotta vietata, nonché il coordinamento tra questi stessi soggetti.

Tale coordinamento (o concertazione) può realizzarsi in qualsiasi forma, non soltanto nelle forme indicate dal primo comma dell'art. 2, ossia gli accordi, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese.

L'Agcm, infatti, ricorre ad una nozione funzionale di intesa, di origine comunitaria e dal significato molto ampio, in quanto comprensiva di tutti quei comportamenti assunti da una pluralità di imprese, che siano diretti a porre in essere iniziative comunque capaci di alterare il libero gioco della concorrenza.

Gli altri elementi costitutivi delle intese sono rappresentati dalla sussistenza di un oggetto o di un effetto dell'intesa restrittivi della concorrenza, e dalla consistenza dell'intesa.

In linea con l'orientamento comunitario, non è necessario che l'Agcm dimostri sia l'oggetto che l'effetto restrittivi della concorrenza, essendo sufficiente provare la sussistenza di uno soltanto dei questi due requisiti.

Secondo l'approccio funzionale seguito dall'Agcm, l'oggetto non viene identificato con l'intenzione dei soggetti coordinati, ma con il contenuto effettivo e con lo scopo obiettivo che vengono assunti dall'intesa nel proprio ambito economico di riferimento.

Posto che i due requisiti in questione sono tra loro alternativi, la valutazione degli effetti dell'intesa viene svolta quando la natura anticoncorrenziale dell'oggetto non è manifesta, comportando un'analisi economica più complessa, riguardante l'effettivo impatto dell'intesa sulla concorrenza, con attenzione alle peculiarità del mercato interessato.

La consistenza dell'intesa rappresenta un elemento costitutivo, per il quale, al di sotto di una certa soglia, lasciata all'apprezzabilità dell'Agcm, vengono escluse dal novero delle intese vietate tutte quelle intese, alle quali sia riconducibile una distorsione della concorrenza di misura minima o insignificante. Nel concetto di consistenza dell'intesa, in linea di massima, l'Agcm fa rientrare quell'ulteriore requisito previsto dall'art. 2, comma 2, ossia che l'intesa riguardi parte rilevante del mercato nazionale.

Per quanto riguarda la fattispecie dell'abuso di posizione dominante, si tratta di una condotta unilaterale, posta in essere da un'unica impresa, nell'ampio significato che tale termine ha assunto nel diritto antitrust, che ha come ulteriori elementi costitutivi, la sussistenza di una posizione dominante,

ossia un significativo potere di mercato in mano all'impresa, e lo sfruttamento abusivo che di tale posizione fa l'impresa titolare.

L'Agcm ha recepito la definizione di posizione dominante accolta dalla Corte di Giustizia, per la quale, tale situazione è *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*.

Come nel caso delle intese, l'accertamento della posizione dominante parte dall'individuazione del mercato merceologico e geografico rilevante, al cui esito è possibile accertare la posizione dominante in base ad un'analisi delle caratteristiche della struttura del mercato e delle imprese ivi operanti, secondo uno schema logico che ricalca quello adottato per il procedimento autorizzatorio delle concentrazioni, senza però essere di tipo prognostico, in quanto applicato a fattispecie già realizzatesi.

Una volta accertata la posizione dominante, è necessario procedere all'accertamento dell'abuso imputato all'impresa, che, nella prassi comunitaria e nazionale, consiste in un'analisi giuridico-formale, che si concentra sull'oggetto dell'abuso, secondo alcuni principi in particolare, sanciti dalla giurisprudenza comunitaria.

Anzitutto, è stabilito il principio della speciale responsabilità dell'impresa dominante, in forza del quale quest'impresa si vede limitare la propria libertà di manovra sul mercato, rispetto alle altre imprese, che possono compiere determinati comportamenti che, diversamente, nel caso dell'impresa dominante sono ritenuti illeciti, proprio in ragione della posizione detenuta da quest'ultima.

Inoltre, l'abuso di posizione dominante è stato interpretato come nozione oggettiva, attribuendo scarsa rilevanza all'elemento psicologico, che viene considerato come requisito sufficiente, ma non sempre necessario.

Da ultimo, vige il principio per cui non è necessario che l'abuso sia provato, dimostrandone gli effetti anticoncorrenziali, essendo sufficiente che sia dimostrata la potenzialità abusiva, ossia l'idoneità a determinare effetti anticoncorrenziali.

In proposito, l'art. 3 della legge antitrust esemplifica alcune fattispecie, dell'abuso di posizione dominante, vietando di: *“a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli*

accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”.

Come nel caso dell'elenco di intese vietate di cui all'art. 2, comma 2, le fattispecie esemplificate dall'art. 3 non comprendono tutti i casi di abuso di posizione dominante.

4. Il potere sanzionatorio dell'Aeegi.

Anche l'Aeegi è dotata del potere di irrogare sanzioni pecuniarie amministrative.

Sanzioni che, tuttavia, sono strumentali alla sua funzione principale, che è quella di regolare i settori dell'energia elettrica e del gas, ossia settori di importanza strategica per tutta l'industria e riguardanti servizi essenziali per l'intera collettività, ma che non sono ancora completamente concorrenziali⁶⁶.

Più in generale, con l'irrogazione di queste sanzioni e, ancora prima, attraverso l'esercizio degli altri poteri puntuali, riconosciuti dalla legge n. 481/1995 ad ogni autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, l'Aeegi espleta una funzione di controllo, tesa a garantire il rispetto della disciplina di settore e, quindi, anche il rispetto dei poteri di regolazione pro-concorrenziali sin qui accennati (intesi sia come poteri normativi in senso stretto, che come poteri amministrativi ad efficacia generale).

In particolare, ciascuna di tali autorità *“richiede, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività”* (art. 2, comma 20, lett. a).

Più precisamente, le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sono competenti ad esercitare poteri di controllo, in ordine: al rispetto delle convenzioni ed eventuali contratti di programma, nonché del regolamento di servizio, da parte del soggetto esercente il servizio (art. 2, comma 20, lett. b);

⁶⁶ F. MERUSI, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, in *Il Nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, 2006, p. 261, definisce il settore dell'energia come “un banco di prova ideale per studiare i rapporti fra regolazione e concorrenza”.

alla verifica dei costi delle singole prestazioni, in ambito di vigilanza sul rispetto della separazione contabile e amministrativa (art. 2, comma 12, lett. f); nonché alla verifica della conformità ai criteri tariffari delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate (art. 2, comma 12, lett. m).

Queste autorità, poi, sono dotate di importanti poteri inibitori.

Ciascuna di esse *“ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo”* (art. 2, comma 20, lett. d).

Inoltre, in caso di reiterazione delle violazioni per le quali sono irrogate sanzioni pecuniarie, le autorità istituite dalla legge n. 485/1995 possono anche esercitare un poteri interdittivo, consistente nella *“facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l’attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”* (lett. c).

Ognuna di tali autorità si è vista riconoscere anche poteri di risoluzione delle singole vertenze, in quanto *“valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37”* (art. 2, comma 12, lett. m).

Per quanto più interessa il potere sanzionatorio, invece, secondo quanto stabilito dall’art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995, *“in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle all’effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri”*, ciascuna autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità e, quindi, l’Aeegsi irroga *“sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a lire 50 milioni e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi”*.

Da un lato, quest’ultima norma attribuisce all’Aeegsi un potere sanzionatorio analogo a quello stabilito per l’Agcm dalla legge antitrust (art. 14, comma 2), in caso di inottemperanza ai provvedimenti istruttori di quest’ultima, ossia quando i soggetti esercenti il servizio omettono di adempiere alle richieste conoscitive dell’Aeegsi, sebbene, a parte le informazioni chieste dai funzionari incaricati nel corso di ispezioni, soltanto le richieste di

informazioni provenienti dal Collegio dell'Aeegsi sono assistite da sanzione in caso di loro violazione.

La prima parte del comma 20 dell'art. 2, però, contempla un potere sanzionatorio dell'Aeegsi che, similmente a quanto accade per alcune delle sanzioni previste dalla legge istitutiva dell'Agcm (artt. 15, comma 2, e 19, comma 1), è funzionale a far rispettare i provvedimenti dell'autorità di regolazione, anche se - a differenza della legge antitrust - i provvedimenti dell'Aeegsi non sono stati tipizzati dal legislatore, potendosi trattare sia di provvedimenti puntuali, espressione del potere inibitorio dell'Aeegsi, che di provvedimenti generali, con cui l'Aeegsi svolge la sua funzione di regolazione⁶⁷.

Non a caso, la dottrina si è basata sul tipo di precetto concretamente violato, per individuare quelli che possono essere considerati come "illeciti regolatori"⁶⁸, in quanto consistenti nella violazione delle regole poste dall'Aeegsi, e per catalogare le relative sanzioni, che l'Aeegsi irroga in forza dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/1995, distinguendole da quelle altre sanzioni ancora che quest'ultima autorità irroga per la violazione di norme legislative, ossia regole poste direttamente dal legislatore, come nel caso degli obblighi di acquisto dei c.d. certificati verdi e bianchi.

Con le c.d. direttive di terza generazione, il legislatore comunitario ha espressamente attribuito dei poteri sanzionatori alle Autorità nazionali di regolamentazione e, quindi, anche all'Aeegsi.

In particolare, l'art. 37, paragrafo 4, lett. d), della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, contenente le norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e l'art. 41, paragrafo 4, lett. d), della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio

⁶⁷ M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011, pp. 957 ss., evidenzia come "[l]a struttura dell'art. 2, comma 20, cit., lascia [...] all'attività dell'Autorità la definizione delle tipologie di illeciti regolatori" (p. 1000). In particolare, secondo quest'ultimo A., il fatto che, ad eccezione di alcuni casi di scarso rilievo, i procedimenti sanzionatori dell'Aeeg siano divenuti significativi soltanto a partire dal 2004 (e, cioè, a poco meno di dieci anni dall'istituzione di quest'ultima autorità), sarebbe spiegato in quanto, "se il precetto si tipizza progressivamente, in ragione della crescita e sedimentazione di un corpo di norme e regole dettate dall'Autorità, solo nel tempo, con un certo grado di maturità della regolazione, si può avvertire il bisogno di interventi correttivi volti a garantire l'effettivo rispetto delle norme da parte degli operatori" (p. 998).

⁶⁸ M. PASSARO, *ult. op. cit.*, p. 1000.

del 13 luglio 2009, contenente le norme comuni per il mercato interno del gas naturale, riconoscono in capo alle Autorità di regolamentazione il potere di irrogare sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”, rispettivamente nei confronti delle imprese elettriche o del gas naturale, per violazione degli obblighi previsti dalle stesse direttive o dalle “pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti” dell’Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell’energia (ACER) o dalle stesse Autorità di regolamentazione.

Inoltre, la legge comunitaria 2009 (l. n. 96/2010) ha previsto che, in caso di mancato rispetto delle disposizioni del Regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica⁶⁹, e degli obblighi imposti dalla direttiva 2009/ 72/CE, le sanzioni amministrative pecuniarie applicabili alle imprese elettriche non siano inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori a euro 154.937.069,73.

Parimenti, la medesima legge comunitaria stabilisce gli stessi limiti edittali per sanzioni applicabili alle imprese del gas naturale, in caso di mancato rispetto delle disposizioni del Regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale⁷⁰, e degli obblighi imposti dalla direttiva 2009/ 73/CE.

Più recentemente, tenendo fermo quanto previsto dalla l. n. 481/1995, con l’art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 93/2011, è stato espressamente riconosciuto il potere dell’Aeegsi di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in caso di inosservanza delle prescrizioni e degli obblighi previsti dalle seguenti disposizioni: a) artt. 13 (sul meccanismo di compensazione tra gestori del sistema di trasmissione per i costi sostenuti per effetto del vettoriamento sulle loro reti di flussi transfrontalieri di energia elettrica), 14 (sui corrispettivi di accesso alle reti applicati dai gestori della rete), 15 (sulla comunicazione di informazioni da parte dei gestori del sistema di trasmissione, dei soggetti partecipanti al mercato e delle imprese di produzione di energia elettrica che possiedono o gestiscono infrastrutture di produzione, ove almeno un’infrastruttura di produzione abbia una capacità installata di almeno 250 MW), 16 (sui principi generali di gestione della congestione della rete) del Regolamento (CE) n. 714/2009; nonché artt. 36, comma 3 (sugli obblighi del

⁶⁹ Questo regolamento ha abrogato il Regolamento (CE) n. 1228/2003.

⁷⁰ Questo regolamento il Regolamento (CE) n. 1775/2005

gestore del sistema di trasmissione nazionale), 38, commi 1 e 2 (sugli obblighi del gestore del sistema di distribuzione facente parte di un'impresa verticalmente integrata), e 41 (sugli obblighi delle società che esercitano attività di vendita al mercato libero e al mercato tutelato) dello stesso d.lgs. n. 93/2011; b) artt. 14 (sui servizi di accesso per i terzi in relazione ai gestori dei sistemi di trasporto), 15 (sui servizi di accesso per i terzi in relazione agli impianti di stoccaggio e di GNL), 16 (sui principi dei meccanismi di assegnazione della capacità e procedure di gestione della congestione in relazione ai gestori dei sistemi di trasporto) del Regolamento (CE) n. 715/2009; artt. 11 (sul regime dei beni, delle apparecchiature, del personale e delle identità del gestore della rete di trasporto di gas naturale), 12 (sull'indipendenza del gestore della rete di trasporto di gas naturale), 13 (sull'indipendenza a del personale e dell'amministrazione del gestore del sistema di trasporto), 14 (sull'organo di sorveglianza del gestore della rete di trasporto), 15 (sul programma di adempimenti del gestore della rete di trasporto e sul responsabile della conformità), 16 (sullo sviluppo della rete e sui poteri decisionali in materia di investimenti), 17 (sul gestore di sistemi indipendente), 18 (sulla separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di stoccaggio), 19 (sulla separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto), 23 (sulla separazione dei gestori dei sistemi di distribuzione) e 26 (sulla trasparenza della contabilità delle imprese di gas naturale) dello stesso d.lgs. n. 93/2011; art. 20, commi 5-*bis* e 5-*ter* (sugli obblighi di informazione delle imprese del gas) del d.lgs. n. 164/2000.

Inoltre, il secondo comma dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, stabilisce che l'Aeegsi irroga sanzioni amministrative pecuniarie anche in caso di mancato rispetto delle decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER o della stessa Aeegsi.

4.2 Le sanzioni per infrazioni alla regolazione.

In particolare, per quanto riguarda gli illeciti propriamente regolatori, si è proposto di schematizzare la prassi sanzionatoria dell'Aeegsi, a seconda dei diversi interessi giuridici tutelati, pur nella consapevolezza che si sarebbe trattato di uno schema di massima, caratterizzato dalla mutevolezza e sovrapposizione delle categorie delle sanzioni, ricondotte ai seguenti interessi

giuridici⁷¹: sicurezza del sistema; accesso ed erogazione dei servizi a rete; promozione e tutela dei mercati; la trasparenza e la parità di trattamento delle tariffe; tutela commerciale dei consumatori finali.

Ognuno di questi interessi giuridici si coniuga, più o meno direttamente, con l'ulteriore interesse giuridico, rappresentato dalla libertà di concorrenza del mercato.

E ciò a partire dalla sicurezza del sistema, che, oltre che per tutelare la stessa incolumità delle persone, necessita di essere regolata, in quanto costituisce un parametro di riferimento essenziale, per quella stessa qualità dei servizi, che, da una parte, dovrebbe caratterizzare, come suo effetto, un mercato di tipo concorrenziale; e, dall'altra, è richiesta, a garanzia dei consumatori, per il tipo di servizio di pubblica utilità erogato.

Più direttamente, attraverso la regolazione dell'accesso e della erogazione dei servizi a rete, l'Aeegsi pone le regole per un'effettiva concorrenzialità delle filiere di mercato liberalizzate e per garantire ai consumatori la regolarità dei servizi.

Mentre, per quelle filiere non ancora liberalizzate, la funzione promozionale della regolazione dell'Aeegsi è condizionata dagli aspetti peculiari dei servizi a rete considerati, consistenti nella loro pubblica utilità e nella naturale tendenza di tali filiere al monopolio.

Con la regolazione delle tariffe imposte ai consumatori finali, invece, l'Aeegsi tutela direttamente questi ultimi, garantendogli delle tariffe trasparenti e non discriminatorie, e, contemporaneamente, assicura che la concorrenza tra le imprese sia sollecitata dalla scelta consapevole dei consumatori stessi.

Analogamente, attraverso la regolazione della tutela commerciale dei consumatori finali, tutela direttamente questi ultimi, per la fase precontrattuale e per le fasi della stipulazione e dell'esecuzione del contratto, e, allo stesso tempo, assoggetta tutte le imprese al rispetto di una disciplina comune, che in parte compensa, a favore della concorrenza, le differenze tra piccole e grandi imprese.

4.3 *(segue)* e la questione dei poteri impliciti.

Anche nel caso dell'esercizio dei poteri dell'Aeegsi, sia che ci si riferisca a poteri propriamente regolatori, che a poteri puntuali, come quelli sanzionatori,

⁷¹ M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, cit., p. 1018.

si tratta di poteri che, implicando l'utilizzo di concetti giuridico-economici indeterminati, si traducono in atti che si caratterizzano per un alto tasso di complessità tecnica.

Di conseguenza, anche il contenzioso sui poteri dell'Aeegsi è stato interessato dalla questione dell'ampiezza del relativo sindacato giurisdizionale, risentendo degli ampi margini di opinabilità tecnica, derivanti dall'utilizzo di detti particolari concetti giuridici; tra cui figurano quelli con cui sono indicate, dalla legge n. 481/1995, le stesse finalità delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, e le loro funzioni.

Peraltro, rispetto a quanto si è fatto *supra* per le sanzioni antitrust, diventa più difficile, nel caso dell'Aeegsi, descrivere, in generale, i principali concetti giuridici indeterminati implicati dall'accertamento degli illeciti e, quindi, dall'irrogazione delle sanzioni dell'Aeegsi.

Per le sanzioni dell'Agcm, infatti, è la sua stessa legge istitutiva che ricorre espressamente al concetto giuridico indeterminato del "mercato rilevante", per tipizzare le fattispecie antitrust, ossia le "intese restrittive della concorrenza" e l'abuso di posizione dominante che, a loro volta, costituiscono concetti giuridici altrettanto indeterminati ma, comunque, pur sempre contemplati dalla legge.

Diversamente, nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie dell'Aeegsi, si deve considerare che l'art. 12, comma 20, della legge n. 481/1995, oltre al potere di irrogare sanzioni per i casi di violazione dei poteri di indagine dell'autorità, ivi previsti, configura un generale potere sanzionatorio dell'Aeegsi, "*in caso di inosservanza dei propri provvedimenti*". Senza, quindi, che la legge indichi nemmeno dei concetti giuridici indeterminati cui ricorrere.

Ecco perché, per individuare i concetti giuridici indeterminati più significativi e maggiormente utilizzati dall'Aeegsi, non si può fare immediato riferimento alla norma sul potere sanzionatorio di questa autorità, ma si è costretti a guardare altre norme, per poi dover fare un'operazione di sintesi della prassi sanzionatoria dell'Aeegsi.

Peraltro, l'interesse a svolgere un'operazione di questo genere viene messo in secondo piano dal fatto che, proprio per come è stato disciplinato il potere sanzionatorio dell'Aeegsi, non è stata tanto la questione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale, legata ai concetti giuridici indeterminati, ad aver dominato il contenzioso sui poteri dell'Aeegsi, quanto, invece, la questione dei tanto discussi poteri impliciti⁷².

⁷² Cfr. dottrina cit. a pp. 83 e 84, note nn. 11-14.

Le prime sentenze che si sono occupate della questione della ammissibilità o meno di questi particolari poteri in capo all'Aeegsi, sono state fondate su una rigida interpretazione del principio di legalità, che ne esalta la funzione di garanzia⁷³.

Per questo primo orientamento, le esigenze di funzionalità indicate genericamente dalla norma si legge non sono sufficienti a legittimare l'esercizio legittimo di un potere ablatorio.

La stretta interpretazione della portata precettiva del principio di legalità è stata, successivamente, disattesa dal Consiglio di Stato, che in numerose sentenze ha riformato le decisioni del TAR, riconoscendo la superiore importanza delle esigenze di funzionalità dell'azione amministrativa, per abbracciare un'interpretazione meno rigorosa del principio di legalità.

Per questa giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'Aeegsi è legittimata ad esercitare tutti i poteri ritenuti necessari per raggiungere le finalità a cui la legge ha preordinato la sua azione, anche quando tali poteri non siano previsti dalla legge⁷⁴.

Si deve, tuttavia, distinguere a seconda che si tratti di poteri di regolazione oppure di poteri sanzionatori.

Infatti, se, da un parte, il Consiglio di Stato ha stabilito che l'Aeegsi è dotata di generici e non meglio identificati poteri di regolazione procompetitiva in tutte le fasi della produzione e della distribuzione dell'energia elettrica in forza delle clausole generali contenute nella legge n. 481/1995.

D'altra parte, invece, il Consiglio di Stato ha negato che l'eventuale potere sanzionatorio, che l'Aeegsi esercita in caso di violazione delle prescrizioni emanate, possa essere ricavato implicitamente dall'ambito logico e giuridico contemplato dalla norma attributiva del potere regolatorio proconcorrenziale

⁷³ Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331 cit., ; T.A.R. Lombardia, Sez. II, 29 giugno 2001, n. 4658 in Trib. amm. reg., fasc. 1, pp. 2790 ss.; T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 16 novembre 2004, n. 6392 in Foro amm. TAR, 2004, fasc. 12, pp. 3633 ss..

⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2005, n. 5827, per il quale *“la legge n. 481/1995 come molte leggi istitutive d'Amministrazioni indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare”*. L'adeguatezza della natura della copertura legislativa alla peculiarità dei poteri dell'Aeeg, quale amministratore che *“si autoprogramma”*, è spiegata, secondo il giudice amministrativo, dal fatto che *“[I]a l. n. 481/1995 pur avendo natura programmatica e costruendo funzionalmente le attribuzioni dei poteri dell'Autorità, non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'Amministrazione indipendente”*.

dell'Aeegsi, “*pur se inteso nella sua latitudine più ampia*”, poiché, “*per il suo contenuto specifico e singolare*”, contrasta con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, a cui soggiace lo stesso potere regolatorio⁷⁵.

Ne consegue che gli atti a contenuto ablatorio e che comportano «*un pesante vulnus*» alla libertà di impresa, devono avere una copertura legislativa provvista di un sufficiente livello di tipizzazione.

È, cioè, necessario individuare all'interno dell'ordinamento giuridico una “*norma primaria o superprimaria*”, che disciplini con criteri sufficientemente dettagliati l'assoggettamento degli operatori, per tramite dell'azione dell'Aeegsi, a obblighi comportamentali di carattere ablatorio o sanzionatorio.

Il giudice di secondo grado ha espressamente negato di accogliere una concezione “debole” del principio di legalità «*ove si versi a fronte di determinazioni provvedimentali di contenuto ablatorio delle situazioni soggettive dei destinatari*”.

5. Le principali differenze tra le sanzioni antitrust e le sanzioni per violazione della regolazione pro-concorrenziale: il ruolo del potere sanzionatorio nelle degenerazioni funzionali tra l'Agcm e l'Aeegsi.

Come nel caso dell'Agcm, quindi, l'Aeegsi è attributaria di poteri sanzionatori strumentali ad ulteriori poteri di tipo conoscitivo ma, mentre i principali poteri sanzionatori dell'Agcm sono stati tipizzati attraverso la previsione di specifiche (seppur elastiche) fattispecie legislative in materia antitrust, la prima parte dell'art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995, finendo per costituire quella che la dottrina ha assimilato alle cosiddette norme penali in bianco, contempla un potere sanzionatorio generalizzato in capo all'Aeegsi. Potere che, con l'art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 93/2011 è stato in parte precisato, in riferimento a determinati obblighi e prescrizioni.

Ne derivano alcune importanti conseguenze giuridiche.

Infatti, se è pur vero che le fattispecie legislative di intese e di abuso di posizione dominante sono state costruite in modo flessibile e aperto, con il

⁷⁵ V. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501. Sul punto cfr. P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle authorities e “torsioni” del principio di legalità*, in Astrid, 2012, p. 38, che cita anche il Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244, che rifiuta di intendere il principio di legalità in senso debole, quando si tratti di “*determinazioni provvedimentali di contenuto ablatorio delle situazioni soggettive dei destinatari*”.

ricorso a esemplificazioni non esaustive, ogni questione di legittimità, per le sanzioni antitrust, rimane grosso modo una questione relegata - con tutte le difficoltà che comunque ne conseguono - all'ambito della verifica della legittimità del potere sanzionatorio dell'Agcm.

Nel caso delle sanzioni comminate dall'Aeegsi, invece, quando si tratta di regolazione amministrativa (e non legislativa), la legittimità deve essere verificata in relazione ai provvedimenti che sono espressione della funzione di regolazione dell'Aeegsi, in quanto è la violazione di questi ultimi a costituire il presupposto per l'applicazione delle sanzioni.

La sua posizione strumentale alla funzione di regolazione contraddistingue, quindi, il potere sanzionatorio dell'Aeegsi, allargando il campo della verifica della legittimità dell'azione amministrativa anche alla fase di regolazione dei relativi illeciti.

Inoltre, la generalizzazione dei poteri sanzionatori dell'Aeegsi, comporta che non siano definiti a priori i soggetti potenzialmente destinatari delle sanzioni, i criteri per configurare la loro colpevolezza, e nemmeno la procedura e i parametri per la determinazione delle sanzioni: tutti elementi la cui mancata indicazione da parte del legislatore rendono ancor più delicato il concreto esercizio dei poteri sanzionatori.

Il ché, da una parte, spiegherebbe anche la maggiore resistenza (rispetto al caso delle sanzioni dell'Agcm) manifestata dalla giurisprudenza ad accogliere un criterio basato sulla compatibilità disposizioni della legge n. 689/1981 con le funzioni delle sanzioni dell'Aeegsi, per individuare il campo di applicazione della disciplina generale delle sanzioni pecuniarie amministrative.

Peraltro, si consideri, altresì, che le regole prodotte dall'Aeegsi sono destinate a mutare con più facilità e repentinità delle norme legislative, sia per motivi legati alle procedure di emissione, che per gli scopi istituzionali della regolazione.

In combinazione, poi, con la circostanza che, a differenza del sistema sanzionatorio penale, per le sanzioni amministrative pecuniarie non vige il principio del *favor rei*, l'Aeegsi può trovarsi nella situazione di sanzionare condotte per la violazione di regole non più vigenti perché modificate dalla stessa Aeegsi in funzione delle mutevoli esigenze di mercato⁷⁶.

Non da ultimo, le peculiarità della funzione regolatoria dell'Aeegsi e la

⁷⁶ Cf. M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AAEG)*, cit., p. 990 ss..

connessione di questa funzione con i poteri sanzionatori, caratterizzano quest'autorità sotto altri profili ancora, che ben possono riflettersi sulle stesse modalità di esercizio e sul controllo giurisdizionale dei suoi poteri sanzionatori.

In ultima battuta, questi ulteriori profili afferiscono alla neutralità che, più in generale, dovrebbe costituire l'essenza delle funzioni delle autorità amministrative, giustificandone la loro particolare posizione rispetto al governo. A tale ultimo riguardo, però, le due autorità prese in esame differiscono ancora una volta in misura non trascurabile, in considerazione delle loro specifiche missioni istituzionali e della tecnica legislativa con cui queste missioni sono state attribuite.

In proposito, si consideri che il legislatore non ha riconosciuto all'Agcm poteri di predeterminazione delle regole dirette a vincolare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati di volta in volta regolati.

L'Agcm è istituita per intervenire in mercati già operativi, con poteri decisorii, sanzionatori in particolare, diretti a contrastare e punire, i comportamenti che ostacolano il libero gioco concorrenziale. Il riconoscimento di questi poteri dà corpo alla funzione di garanzia dell'Agcm, funzione che si traduce nella vigilanza delle imprese affinché sia garantito il rispetto delle regole del mercato⁷⁷.

Considerato il carattere tipicamente doveroso e vincolato dell'attività sanzionatoria in generale - attività che si dovrebbe esaurire nell'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie illecita prescritta dal legislatore e nella quantificazione della sanzione - la tesi che pare più condivisibile è quella di coloro che sostengono che i poteri sanzionatori antitrust siano finalizzati, non al perseguimento di un interesse pubblico, ma alla realizzazione di una funzione di tutela e che, pertanto, debbano essere esercitati senza implicare "discrezionalità politico-amministrativa", ossia senza presupporre la ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti dal perseguimento di un interesse pubblico primario.

Tale ordine di discrezionalità, infatti, comporterebbe valutazioni di ordine politico-economico sulla base delle quali l'Agcm potrebbe fondare l'adozione di decisioni che vanno oltre alla mera eliminazione (e punizione) delle condotte anticoncorrenziali, per imporre un determinato modello di

⁷⁷ Come evidenziato da E. FRENI, *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 789, anche la tutela del consumatore affidata all'Agcm si caratterizzerebbe per l'assenza di discrezionalità e la posizione di neutralità.

mercato.

Nel caso dell'Aeegsi, invece, proprio perché quest'ultima è chiamata ad individuare preventivamente le regole del mercato, verrebbe necessariamente implicato lo svolgimento di un'importante operazione creativa con margini di scelta molto ampi, conseguenti a quegli spazi lasciati aperti dal legislatore e, attraverso il cui riempimento, i poteri di regolazione tendono più facilmente a configurarsi come veri e propri poteri di *policy* e, attraverso il loro esercizio, tali autorità dettano le regole che ritengono più idonee a soddisfare le esigenze del mercato.

La constatazione, di per sé difficilmente confutabile, che tali poteri di regolazione presuppongano una valutazione comparativa, se non anche un giudizio di valore, è confermata dalla stessa legge istitutiva dell'Aeegsi, per la quale la concorrenza, sia se intesa come interesse giuridico primario, che come interesse giuridico presupposto e trasversale, non è l'unico interesse che funge da principio ispiratore della regolazione.

Del resto, l'imprecisa individuazione da parte del legislatore dei molteplici interessi pubblici, tra loro potenzialmente confliggenti, affidati all'Aeegsi, insieme alla mancanza di una disciplina organica degli strumenti di intervento di tale autorità, ha facilitato l'esercizio di poteri regolatori e sanzionatori cosiddetti impliciti in quanto non direttamente previsti dalla legge.

Inoltre, l'esercizio da parte dell'Aeegsi di poteri di regolazione caratterizzati da discrezionalità politico-amministrativa distingue questa Autorità anche sotto il profilo del relativo sindacato giurisdizionale, in quanto, anche qualora si intenda privilegiare un controllo giurisdizionale penetrante, più facilmente tale controllo rischierà di tradursi in un'invasione di ruoli da parte dei giudici che, tenuto conto dei margini di scelta riconosciuti alle autorità di regolazione, non potrebbero comunque sostituirsi ad esse tout court, almeno secondo una divisione ideale dei poteri.

Se non altro, però, nel momento in cui l'Aeegsi esercita il proprio potere sanzionatorio, il carattere vincolato di quest'ultimo dovrebbe ridurre, se non elidere del tutto, ogni margine di discrezionalità amministrativa, analogamente a come si è già detto che dovrebbe accadere nel caso delle sanzioni antitrust.

Tuttavia, la realtà delle cose è più complessa di quanto si è sinora detto sulla base di una ricostruzione più che altro prescrittiva delle due autorità qui messe a confronto.

Una delle ragioni principali di questa complessità è già stata presa in

esame *supra*, con particolare riguardo alle sanzioni dell'Agcm, ed è costituita dal fatto che per l'esercizio dei poteri (puntuali) dell'Agcm, ma anche di quelli (regolatori e puntuali) dell'Aeegsi, comporta l'utilizzo di scienze economiche che, oltre ad essere complesse, presuppongono l'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati⁷⁸.

All'indeterminatezza, che inevitabilmente si riflette nei concetti giuridici che ne presuppongono l'utilizzo, ne consegue che la ricostruzione dei fatti e l'applicazione delle norme giuridiche da parte di queste due autorità siano esse stesse opinabili, in quanto scelte in relazione ad un ventaglio di più soluzioni accettabili sulla base delle scienze utilizzate.

È questo margine di scelta tecnico, fisiologico al tipo di poteri attribuiti all'Aeegsi e all'Agcm, che ha ulteriormente complicato il concreto esercizio dei loro poteri, finendo per condizionare anche il relativo controllo giurisdizionale, in quanto i confini tra questa discrezionalità tecnica e la discrezionalità amministrativa in senso proprio sono quanto mai d'incerta identificazione.

Basti ricordare che, proprio nel caso dell'Agcm, contrariamente a quello che sarebbe dovuto accadere se quest'ultima autorità fosse stata trattata veramente come organismo deputato a inibire e punire in modo neutrale le fattispecie *antitrust*, il controllo del giudice è stato caratterizzato per diversi anni da un certo grado di *self-restraint*.

Allargando la visuale d'indagine oltre al particolare problema della discrezionalità tecnica e/o amministrativa delle autorità in questione, ci si può riallacciare a quanto brevemente accennato sul fatto che il ricorso a concetti giuridici indeterminati e, più in generale, la flessibilità delle norme, su cui si fondano le funzioni e i poteri delle autorità amministrative indipendenti, mette in dubbio una rigida classificazione delle stesse, come autorità di garanzia, da una parte, e come autorità di regolazione, dall'altra.

A tal proposito, occorre chiedersi quali effetti derivano dalla distorsione dei poteri dell'Agcm e dell'Aeegsi sulla concorrenza, che tipo di conflitti possono essere generati da questa distorsione, e quali sono le possibili soluzioni.

E, soprattutto, occorre capire quale sono i tipi di degenerazioni funzionali che possono scaturire dall'esercizio dei poteri sanzionatori, e quale è

⁷⁸ L'utilizzo di criteri esclusivamente economici è inteso da gran parte della dottrina come elemento caratteristico comune all'attività dell'Agcm e delle autorità di regolazione. Così, D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato conc. reg.*, 2003, p. 342; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 93.

il ruolo che questi ultimi poteri assumono nelle dinamiche delle sovrapposizioni, tra i rispettivi ambiti di intervento delle due autorità.

Non si può prescindere dal porsi questi interrogativi, se si vuole introdurre il tema del potere sanzionatorio delle due autorità amministrative indipendenti che si è scelto di mettere a confronto.

Infatti, uno studio pragmatico di questo potere è destinato a concentrarsi su aspetti strettamente attinenti alle peculiari necessità di garanzie, connesse a questi particolari poteri, come il diritto di difesa, il contraddittorio, il controllo giurisdizionale. Tuttavia, uno studio di tal genere non può nemmeno prescindere dalla considerazione del complesso rapporto che intercorre tra interventi *antitrust* e interventi proconcorrenziali di regolazione settoriale.

E così dovrebbe essere, soprattutto, nel momento in cui si constati che l'equilibrio, tra questi due ordini di intervento è compromesso da conflitti potenziali e reali. Posto che, in una prospettiva sistematica ed efficientistica, invece, l'azione antitrust e la regolazione proconcorrenziale dovrebbero coordinarsi e integrarsi, invece.

La dottrina ha riflettuto attentamente sulle interferenze funzionali tra l'Agcm e l'Aeegsi nel mercato dell'energia, mettendo in evidenza come i poteri corrispondenti alle diverse funzioni concorrenziali attribuite a queste due autorità vengano (in taluni casi) esercitati invadendo reciprocamente le rispettive sfere di competenza.

Si è così parlato di “condizionamenti della regolazione” per indicare quelle forme di regolazione pro-concorrenziale dell'Aeegsi che, colmando gli spazi normativi lasciati liberi dal legislatore, possono comportare un restringimento del campo d'azione dell'Agcm⁷⁹.

Ciò accadrebbe quando l'Aeegsi interviene producendo regole comportamentali e strutturali tali da indurre i destinatari che le abbiano semplicemente rispettate a fondare una pretesa legittimazione di condotte, di per sé vietate dalla legge antitrust in ragione degli effetti che ne conseguono sulla concorrenza. Esemplificando, simili condizionamenti sono stati individuati nella stessa regolazione dell'accesso alle reti, quando il rispetto di quest'ultima da parte delle imprese dovesse essere invocato per escludere la configurabilità oggettiva dell'illecito o l'imputabilità della propria colpevolezza.

⁷⁹ F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2007, p. 145.

Di converso, si è anche parlato di “espansione regolatoria” dell’azione antitrust, riferendosi alla possibilità che l’Agcm arricchisca le proprie decisioni di contenuti ulteriori alla sua funzione, sulla base di valutazioni economiche non meramente tecniche, ma di tipo politico-finalistico, con l’effetto di indirizzare e conformare l’attività economica dei privati⁸⁰.

D’altro canto, il rischio di conflitti tra funzioni sembra essere un effetto collaterale connaturato anche all’esercizio dei poteri di regolazione, che possono condizionare l’azione antitrust, o comunque sia non funzionare come dovrebbero, nel senso di non essere sufficienti a promuovere la concorrenza, se non addirittura a contrastare il libero gioco della concorrenza.

La dottrina che ha affrontato i problemi derivanti da questi tipi di conflitti ha offerto soluzioni interpretative diverse a seconda che si tratti di un’invasione della regolazione proconcorrenziale settoriale verso l’azione

⁸⁰ Ult. op. cit., p. 149.

antitrust⁸¹, o viceversa⁸².

I poteri sanzionatori corrispondenti all'Agcm e all'Aeegsi influiscano sulle dinamiche delle rispettive invasioni funzionali in modo tra loro asimmetrico.

Come si è ricordato, infatti, le sanzioni per infrazioni gravi agli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990 possono concretizzarsi, seppur in misura meno accentuata rispetto ad altri poteri antitrust, nella imposizione di regole che, sotto forma di prassi applicativa, sono destinate a conformare le imprese in chiave finalistica.

In questo modo, espandendo la funzione meramente afflittiva delle sanzioni, è lo stesso potere sanzionatorio antitrust a invadere il campo d'azione dell'Aeegsi, generando un'interferenza tra funzioni di garanzia e funzioni di regolazione, che può trasformarsi in un conflitto complesso da comporre, nel

⁸¹ Sul punto la dottrina (E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006) ha distinto tra quei casi, sinora presi in considerazione, ove la regolazione interferisca direttamente con una procedura antitrust in corso, da quegli altri casi nei quali la regolazione, prescindendo dall'espletamento di un istruttoria antitrust, causi comunque delle distorsioni della concorrenza e dei malfunzionamenti del mercato. In questa seconda ipotesi, in assenza quindi di un conflitto concreto di funzioni, l'Agcm può ricorrere al potere di segnalazione al Parlamento. Nella prima ipotesi, invece, la dottrina ha ulteriormente distinto tra quei casi in cui si tratti di applicazione della normativa antitrust nazionale e quegli altri casi ove debba applicarsi la normativa antitrust comunitaria. Solo per applicare queste ultime, è stato ritenuto corretto che questa autorità disapplichi le norme legislative o amministrative della regolazione in contrasto con le norme generali del Trattato FUE e dei regolamenti comunitari sulla tutela della concorrenza, in base al principio di prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali. Nei casi in cui si tratti di applicare la normativa antitrust nazionale, invece, è stato ritenuto opportuno fare una ulteriore distinzione. La disapplicazione di disposizioni legislative nazionali in contrasto con la normativa antitrust nazionale è apparsa in contrasto con il principio di legalità. Mentre la disapplicazione delle disposizioni degli atti amministrativi generali dell'Aeeg da parte dell'Agcm è sembrata ammissibile a questa dottrina, in ragione della natura non legislativa di tali disposizioni e del fatto che, diversamente, si comprimerebbe totalmente la portata precettiva del principio comunitario della prevalenza della tutela della concorrenza sulla regolazione pro-concorrenziale, di cui all'art. 86 del Trattato CE. Ai fini della risoluzione e prevenzione degli effetti pregiudizievoli della concorrenza conseguenti dalla regolazione di natura amministrativa, come a suo tempo prospettato in dottrina, sono intervenuti i più recenti poteri attribuiti all'Agcm dall'art. 21-bis introdotto dal Decreto "salva Italia" e, per il quale, l'Agcm è legittimata ad impugnare dinanzi al Tar del Lazio gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

⁸² In particolare, per E. BRUTI LIBERATI, *ult. op. cit.*, questa seconda ipotesi di conflitto è più facilmente risolvibile, proprio perché la relativa invasione di funzione si manifesta principalmente attraverso l'esercizio di un potere decisorio (inibitorio e) sanzionatorio che per gli effetti (negativi e) afflittivi che comporta soggiace strettamente ai principi di tipicità, di tassatività e di colpevolezza.

momento in cui le regole di mercato concretamente poste dall'Agcm contrastino con quelle del regolatore, anche per aspetti ulteriori alla promozione della concorrenza.

Invece, nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie dell'Aeegi, occorre distinguere le ipotesi in cui tali sanzioni si limitino ad imporre il rispetto di una regolazione di per sé invasiva dell'azione antitrust, da quelle ipotesi in cui, a sua volta, il potere sanzionatorio dell'Aeegi degeneri in una sostanziale regolazione, che risulti però anch'essa condizionare negativamente le funzioni dell'Agcm. Soltanto le sanzioni appartenenti alla seconda delle due ipotesi appena prospettate, infatti, entrerebbero direttamente nel meccanismo delle interferenze funzionali tra tutela diretta della concorrenza e promozione della concorrenza.

6. L'accettazione degli impegni come alternativa all'esercizio del potere sanzionatorio.

Il confronto tra i poteri sanzionatori delle due autorità, qui adottate come modelli esemplari di autorità amministrative indipendenti (rispettivamente, delle autorità con funzioni di garanzia e di quelle con funzioni di regolazione), non può che prendere il procedimento sanzionatorio (con particolare attenzione al contraddittorio) e il controllo giurisdizionale (con specifico riferimento alle valutazioni tecniche) come principali ambiti di riferimento.

L'analisi di questi ultimi ambiti giuridici è destinata a focalizzarsi sulle tradizionali tematiche giuridiche riguardanti il potere amministrativo sanzionatorio generalmente considerato, tra cui si annoverano quelle relative ai soggetti sanzionabili, alla configurabilità della colpevolezza, ed alla quantificazione della sanzione.

C'è, tuttavia, un recente istituto, che deve essere considerato con attenzione, per completare lo studio dei poteri sanzionatori delle due autorità amministrative indipendenti prese in esame.

Ci si riferisce all'istituto degli impegni, ossia quelle misure che, presentate sotto forma di offerta spontanea da parte delle imprese assoggettate a distruttoria da parte dell'Agcm o dell'Aeegi, possono, se accettate dalle rispettive autorità, impedire l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie nei confronti di queste ultime imprese o diminuirne l'entità.

In particolare, considerando che l'accettazione degli impegni e la chiusura dell'istruttoria escludono *ex lege* l'irrogazione delle sanzioni, occorre chiedersi se la previsione di questi impegni abbia legittimato o meno l'esercizio di una funzione di sostanziale regolazione da parte dell'Agcm, o se abbia ampliato, con l'utilizzo di poteri puntuali, la funzione di regolazione già attribuita all'Aeegsi.

Occorre, altresì, chiedersi se, in capo alle due autorità considerate, sia stato istituzionalizzato uno spazio di discrezionalità amministrativa vera e propria sull'applicabilità della sanzione, per valutare come ciò possa riflettersi sul sindacato giurisdizionale.

A quest'ultimo riguardo, pare corretto sostenere che l'idoneità degli impegni "a far venir meno i profili anticoncorrenziali"⁸³, nel caso dell'Agcm, e l'utilità degli impegni "*al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate*"⁸⁴, nel caso dell'Aeegsi, sia oggetto di una verifica che deve rimanere legata all'utilizzo di valutazioni tecniche, per le quali dovrebbe esercitarsi il medesimo tipo di sindacato prospettato dalla giurisprudenza in riferimento alla valutazioni tecniche poste a fondamento delle sanzioni antitrust.

Ciò potrebbe essere argomentato affermando che, nel momento in cui l'Agcm o l'Aeegsi si limitano a valutare gli impegni presentati dalle imprese, non potendone integrare il contenuto con la previsione di ulteriori prescrizioni⁸⁵, non paiono (poter) operare una scelta creativa come, invece, accade per la regolazione dell'Aeegsi e nel caso delle prescrizioni che spesso integrano i provvedimenti inibitori antitrust dell'Agcm, né pare operare una scelta per la quale la legge impone la comparazione di diversi interessi pubblici, come, invece, accade sempre per la regolazione dell'Aeegsi e nel caso delle esenzioni in materia di intese da parte dell'Agcm.

⁸³ Art. 14-ter, l. n. 287/1990.

⁸⁴ Art. 16, comma 1, Nuovo Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni - delibera Aeeg 14 Giugno 2012 243/2012/E/COM.

⁸⁵ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 19 novembre 2008, n. 10428, che ha chiaramente stabilito che gli impegni resi vincolanti dall'Autorità devono essere esattamente quelli che l'impresa ha proposto, "non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare". In particolare, "l'eventuale contraddizione intrinseca degli impegni [...] non abilita l'Autorità ad interpretare in un certo modo anziché in un altro la proposta, potendo invece l'amministrazione chiedere ulteriori chiarimenti al soggetto interessato e, ove del caso, respingere gli impegni perché la loro formulazione non garantisce il pieno superamento delle preoccupazioni anticoncorrenziali".

Capitolo III

Le garanzie del procedimento sanzionatorio

SOMMARIO: 1. Il procedimento sanzionatorio antitrust. - 1.2 La fase pre-istruttoria. - 1.3 La fase istruttoria- - 1.3.2 I diritti di partecipazione degli interessati. - 1.3.3 I poteri di accertamento dell'Agcm. - 1.3.4 I poteri cautelari dell'Agcm. - 1.3.5 La chiusura della fase istruttoria. - 1.4 La fase decisoria e l'irrogazione della sanzione in particolare. - 1.4.2 L'elemento soggettivo dell'illecito. - 1.4.3 I criteri di applicazione della sanzione. - 1.5 I nuovi strumenti di tutela alternativa alla sanzione: l'accettazione del programma di clemenza. - 1.5.2 (*segue*) e degli impegni. - 2. L'attività investigativa dell'Aeegsi e il procedimento sanzionatorio in materia di illeciti regolatori: l'introduzione del procedimento semplificato. - 2.1 I termini per la contestazione dell'illecito. - 2.3 I poteri di accertamento dell'Aeegsi e le garanzie dei destinatari. - 2.4 La chiusura della fase istruttoria e la fase decisoria - 2.5 L'irrogazione della sanzione: il grado di colpevolezza e i criteri di quantificazione della sanzione in particolare. - 2.6 l'introduzione degli impegni nel sistema sanzionatorio dell'Aeegsi.

1. Il procedimento sanzionatorio antitrust.

In attuazione dell'art. 10, comma 5, della l. n. 287/1990, prima con il d.P.R. 10 settembre 1991, n. 471, e successivamente, in sostituzione di quest'ultimo, con il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, l'Agcm ha regolato dettagliatamente il procedimento in materia di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni, nonché di indagini conoscitive di cui alla l. n. 287/1990, disciplinando i poteri dell'Agcm e i diritti delle parti e dei terzi.

Dalle norme del Regolamento del 1998 relative all'applicazione delle sanzioni in materia di intese e di abuso di posizione dominante, sono distinguibili le seguenti tre fasi: a) la fase pre-istruttoria, durante la quale l'Agcm procede ad una prima e sommaria raccolta e verifica degli elementi indicativi della presunta violazione delle regole della concorrenza, per decidere se tali elementi siano tali da richiedere l'apertura di un'istruttoria o, invece, l'archiviazione degli atti; b) la fase istruttoria, durante lo svolgimento della quale l'Agcm, nel rispetto contraddittorio, acquisisce gli elementi probatori esercitando i propri poteri di accertamento per contestare i relativi addebiti; c)

la fase decisoria, attraverso la quale viene chiuso il procedimento con l'adozione del provvedimento finale da parte dell'Agcm.

Nel disciplinare questo procedimento¹, l'Agcm ha preso come modello di riferimento, pur non allineandosi del tutto ad esso, il Regolamento CEE n. 17/62, a suo tempo emanato per regolare l'applicazione da parte della Commissione degli artt. 85 e 86 del TCEE (poi artt. 81 e 82 del TCE e, ora, 101 e 102 del TFUE), ed al quale è succeduto il Regolamento CE n. 1/2003, con cui è stato modernizzato il diritto comunitario della concorrenza.

Le procedure di competenza della Commissione sono state oggetto di critica da parte di coloro che hanno messo in evidenza i rischi connessi alla assegnazione di funzioni istruttorie e decisorie in capo ad uno stesso soggetto.

Sotto questo aspetto, invece, come rilevato da parte della dottrina², con l'emanazione del d.P.R. n. 217/1998, l'Agcm avrebbe dimostrato di tenere conto dell'esigenza che l'equità e l'imparzialità del meccanismo decisionale antitrust non fosse compromessa dal cumulo della funzione di raccolta delle prove delle condotte illecite con la funzione di assumere la decisione finale sull'accertamento dell'infrazione.

A tale ultimo riguardo, è stato sostenuto che il regolamento n. 217/1998 disciplina in modo sufficientemente equilibrato il rapporto tra gli uffici e il collegio (composto dal presidente e dai quattro componenti), sulla base di un riparto funzionale per il quale, in linea di principio, i primi esercitano funzioni istruttorie e i secondi funzioni decisorie, anche se - come prescritto dall'art. 8,

¹ La dottrina è solita trattare separatamente il procedimento in materia di concentrazione in ragione delle specifiche caratteristiche della disciplina del relativo procedimento. Il procedimento riguardante le intese e l'abuso di posizione dominante, invece, viene spesso trattato insieme o, comunque messo a confronto, con il procedimento di accertamento delle pratiche commerciali scorrette. Cfr. M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 2000, 61 ss.; B. BUTTAZZI, *Il procedimento davanti all'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 579 ss.; M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 665; L.C. UBERTAZZI, *La durata dei procedimenti antitrust*, in *Giur. it.*, 2004, 5, ? ss.; A. MUSSA, *Pratiche concordate, procedimento antitrust e diritti di accesso*, (Nota a Cons. Stato sez. VI 17 gennaio 2008, n. 102), in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fasc. 6 pag. 1868 ss.; G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, fasc. 4, pp. 917 ss..

² Cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, P. 348, (v. nota 4).

comma 3, del d.P.R. n. 217/1998 - il collegio è in ogni caso informato degli accertamenti svolti nel corso delle procedure istruttorie³.

Ciononostante, per altri autori, si tratterebbe comunque di una separazione puramente formale perché, in realtà, l'Autorità ricoprerebbe, come nel caso della Commissione, il duplice ruolo di investigatore e di "giudice"⁴.

Il procedimento antitrust è caratterizzato dall'accertamento di fattispecie complesse, sulla base di norme formulate per essere adattate alle molteplici e mutevoli forme con cui vengono concretamente poste in essere condotte restrittive della concorrenza, ed è potenzialmente destinato a chiudersi emanazione di un ordine di eliminazione dell'infrazione, cui si aggiunge, in caso di infrazione grave, la comminazione di una sanzione pecuniaria amministrativa.

Per come è stato progettato dalla l. n. 287/1990 e più specificamente regolato dal d.P.R. n. 217/1990, questo procedimento ha tutta una sua specificità che lo pone a cavallo tra la logica del procedimento amministrativo e quella del procedimento sanzionatorio⁵, senza, quindi, poter essere assimilato del tutto a nessuna di queste due differenti logiche procedurali, ma finendo per prevalere su queste ultime sotto diversi profili.

Ne consegue che, per quanto riguarda la normativa applicabile, la disciplina contenuta nella l. n. 287/1990 e nel d.P.R. n. 217/1998 vive un rapporto di specialità e posteriorità rispetto alla discipline generali sul procedimento amministrativo e sul procedimento sanzionatorio pecuniario

³ Cfr. F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e Salvatore Cimino, in *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Università commerciale Bocconi, Paper No. 2013-15, che sottolinea come, dal d.P.R. n. 217/1998, emerga "un netto dualismo, in termini di competenza, fra chi procede, propone, indaga (gli uffici) e chi decide (il collegio)"; dualismo che, per quest'ultimo A., in un'ottica garantista, "tende proprio, delimitando le rispettive sfere di competenza, a far sì che vengano prese decisioni ponderate in merito sia alla necessità di procedere sia a quella decisoria/provvedimentale in senso stretto".

⁴ Cfr. M. SIRAGUSA e L. DE SANCTIS, *Una prima analisi del regime delle prove nel diritto della concorrenza: la giurisprudenza del T.A.R. Lazio e del Consiglio di Stato*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra Diritto Nazionale e Comunitario*, Milano, 2002, 85 ss.,

⁵ Per una lettura della funzione dell'attività dell'Agcm come amministrazione sostanzialmente attiva e non meramente sanzionatoria, con i relativi riferimenti dell'orientamento giurisprudenziale evolutosi in tale ultimo senso, cfr. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, cit..

amministrativo, rispettivamente contenute nella l. n. 241/1990 e nella l. n. 689/1981.

La giurisprudenza che si è affermata ha interpretato la disciplina del procedimento antitrust come parzialmente derogatoria rispetto alle normative generali da ultimo indicate. Questo rapporto di specialità è stato interpretato dalla giurisprudenza secondo un ordine, per il quale il silenzio della disciplina speciale non implica l'automatica applicazione della disciplina generale, ma può assumere un suo specifico valore normativo.

Per altro verso, alcuni tra gli stessi principi generali ricavabili dalle l. nn. 689/1981 e 241/1990 sono stati riadattati dalla giurisprudenza in ragione delle peculiarità del sistema normativo antitrust.

Per quanto riguarda specificamente il rapporto con la legge del 1981 sulla depenalizzazione, il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla struttura del procedimento antitrust, rilevando che *“sul piano sistematico, nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni essenziali di accertamento degli illeciti “concorrenziali”, e quindi nelle ipotesi tipizzate che costituiscono la ragione centrale giustificativa dell'istituzione e della funzionalità della stessa Autorità, la procedura di cui all'art. 14 assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 stesso”*⁶.

In considerazione della tipicità e dell'applicazione generale del procedimento antitrust, il giudice d'appello amministrativo ha anche affermato che *“il procedimento ex art. 14 [della l. n. 287/1990] ha una tendenziale applicazione generale alla “materia” antitrust, definita da ipotesi legali omogenee di accertamenti tecnico-economici, laddove solo esigenze puntuali [...], legate a fattispecie che, nell'ambito del settore degli illeciti concorrenziali, hanno una peculiarità autonomamente disciplinata dalla legge, possono giustificare una disciplina procedimentale diversa”*, ovvero quella contenuta nella l. n. 689/1981.

Non va dimenticato che, per il giudice amministrativo di secondo grado, *“in via di previsione generale, il procedimento di cui alla legge n. 689\81, a sua volta, svolge una funzione decisionale che presuppone, come antecedente logico-giuridico, un accertamento compiuto, senza particolari esigenze di contraddittorio, da un autorità amministrativa diversa da quella normalmente investita della fase decisionale, con l'emanazione della “ordinanza” in cui culmina”*.

⁶ CdS, sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307, *Italgas*.

Rispetto quest'ultimo accertamento (consistente, per lo più, in un verbale di constatazione di fatti e di ipotesi di illecito, senza che il riscontro conduca ad un contraddittorio in senso tecnico), *“lo svolgimento della successiva procedura “ex lege” n. 689, da un lato si pone come eventuale, essendo previsto un meccanismo definitorio in via “breve” dinnanzi all'accertatore, dall'altro, per sua funzione, non è sede di un'attività accertativa in senso proprio ma, nella sua fase in contraddittorio, solo di un esame delle deduzioni di fatto e di diritto svolte dall'interessato, in “opposizione” a quanto già accertato “a monte””*.

Si tratta dunque di *“uno schema di applicazione della sanzione ben diverso da quello che si svolge dinnanzi all'Agcm, in cui la fase dell'accertamento è inderogabilmente demandata a funzionari che sono espressione organica di tale Autorità, la quale deve verificare essa stessa, per la prima volta, la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito ipotizzato”*.

Il che spiegherebbe per il Consiglio di Stato la delimitata richiamabilità della procedura “ex lege” n. 689/1981 dinnanzi all'Autorità, giustificabile, come motivato, a fronte della presupposta mancanza di una fase accertativa in senso tecnico-procedimentale.

Invece, per quanto riguarda il rapporto tra la disciplina speciale antitrust e la legge generale sul procedimento amministrativo, è significativo ricordare quanto deciso dalla giurisprudenza amministrativa in riferimento alla non applicabilità al procedimento antitrust dei alcuni importanti istituti, previsti dalla l. n. 241/1990.

Ad esempio, il Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085, ha escluso l'applicabilità dell'art. 21-octies di quest'ultima legge, in relazione ad un procedimento dell'Agcm, nel corso della cui istruttoria erano emerse circostanze nuove, rilevanti sotto il profilo *antitrust*, perché costituenti una diversa ipotesi di intesa, senza, però, che l'Aeegi avesse proceduto ad attivare un diverso procedimento con una nuova, tempestiva contestazione degli addebiti.

In particolare, mentre il comportamento seguito dall'Aeegi è stato ritenuto legittimo dal TAR Lazio, motivando che l'impresa assoggettata alla relativa istruttoria avrebbe avuto la concreta possibilità di difendersi e contraddire anche sull'ulteriore intesa; nonché invocando l'applicazione del citato art. 21-octies, in forza del quale *“[i]l provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Diversamente, il Consiglio di Stato ha considerato inconferente il richiamo del TAR al principio di strumentalità delle forme, ex art. 21-octies della l. n. 241/1999.

Nello sue motivazioni, il giudice d'appello ha sottolineato come, nel caso specifico, essendo stati contestati a procedimento già avviato *“non già dei meri elementi integrativi del fatto illecito originariamente addebitato, bensì un diverso e più grave fatto illecito”*, si sarebbe pienamente riespanso il principio della *“immutabilità dei fatti contestati”*, con conseguente *“obbligo di attivare un nuovo ed autonomo procedimento, ovvero in alternativa un ampliamento di quello già attivato”*.

Nell'orientamento giurisprudenziale, il modello procedimentale antitrust si discosta dalla disciplina generale della l. n. 241/1990, anche sotto altri profili.

Anzitutto, per quanto concerne la fase pre-istruttoria, non trovano applicazione quelle disposizione di garanzia che caratterizzano il procedimento amministrativo in generale, ossia: l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, l'individuazione del responsabile del procedimento, le garanzie di partecipazione al procedimento e di accesso alla documentazione, nonché la durata massima del procedimento.

A ciò si aggiunga che i procedimenti tesi all'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza o di una abuso di posizione dominante sono rinnovabili in caso di annullamento dei conseguenti provvedimenti dell'Agcm da parte del giudice amministrativo, per vizi formali idonei a incidere sulla corretta formazione della volontà del Collegio e, pertanto, tali da rendere invalido il procedimento.

Per la giurisprudenza amministrativa, in questi casi, nulla impedisce il riavvio da parte dell'Agcm di un nuovo procedimento, non sussistendo alcun

problema di decadenza dai poteri istruttori; ciò proprio perché la l. n. 287/90 non prevede nella materia un termine perentorio per l'esercizio degli stessi⁷.

Fatte queste premesse sul procedimento finalizzato all'accertamento di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, è altrettanto importante ricordare che questo particolare procedimento si distingue dal procedimento di accertamento per l'irrogazione della sanzione prevista dall'art. 15 della legge antitrust, per mancata ottemperanza alla diffida emanata a seguito dell'istruttoria di cui al precedente art. 14 e diretta ad eliminare le infrazioni rilevate ai sensi degli artt. 2 e 3⁸.

In relazione alla normativa applicabile a quest'ultimo procedimento sanzionatorio, infatti, come affermato dal Consiglio di Stato, trova applicazione la disciplina procedurale di cui alla l. n. 689/1981, in quanto, per tale fattispecie, *“si tratta di applicare “direttamente” sanzioni predeterminate a violazioni che vedono già acquisito, come precedente storico-giuridico, l'avvenuto accertamento di un illecito nelle forme istruttorie di cui all'art. 14, ovvero che non lo presuppongono in quanto ogni elemento valutativo dei fatti è già contenuto nella legge e la violazione del precetto risulta immediatamente dal mero riscontro di un effetto (negativo) direttamente contemplato dalla legge stessa”*⁹.

⁷ In questi termini si è espresso il TAR, sez. I, 14 gennaio 2000, n. 103, *Produttori di vetro cavo*, il quale, nell'annullare la decisione dell'Agcm riguardante la violazione dell'art. 2 della l. n. 287/1990, per mancata verbalizzazione di alcune dichiarazioni orali rese in sede istruttoria, ha prospettato espressamente l'eventualità della rinnovazione del procedimento da parte dell'Autorità. Diversamente, in materia di concentrazioni, la previsione di termini perentori entro cui esercitare i poteri di investigazione, sia nella fase pre-procedimentale che in quella istruttoria, farebbe presumibilmente decadere l'Agcm dai poteri di rivedere una concentrazione nell'ipotesi di una sentenza definitiva di annullamento di un provvedimento in materia. Cfr. TAR Lazio, sez. I, 25 marzo 1993, n. 497, *Fininvest*, e 24 ottobre 1994, n. 1598, *Sio/Pergine*. Sotto un diverso profilo, il CdS, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2978, *Raffineria di Romal/Fina Italiana/Erg Petroli/Montesbell*, ha dichiarato la legittimità di un provvedimento di divieto di un'intesa intervenuto diversi anni dopo un precedente provvedimento di non avvio d'istruttoria, in considerazione della sostanziale diversità tra le due fattispecie.

⁸ Ugualmente distinto dal procedimento antitrust è il procedimento riguardante l'inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva in materia di concentrazioni, di cui all'art. 16 della l. n. 287/1990.

⁹ CdS n. 1307/2010

1.2 La fase pre-istruttoria.

La fase pre-istruttoria è per definizione antecedente all'apertura formale di un procedimento istruttorio (nel corso della quale il contraddittorio è pienamente garantito dal d.P.R. n. 217/1998) ed è, perciò, caratterizzata per essere informale e strumentale alla fase (eventuale) dell'istruttoria.

Tali caratteristiche si desumono dallo stesso testo della l. n. 287/1990, il cui art. 12, comma 1, si limita a prescrivere che l'Agcm, *“valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3”* della legge antitrust.

L'informalità e la strumentalità della fase pre-istruttoria comportano che tale fase non soggiace alle regole generali della l. n. 241/1990, né alle regole speciali della disciplina antitrust¹⁰.

In particolare, durante questa fase, l'Agcm non può esercitare gli stessi poteri che le sono riconosciuti in corso di istruttoria.

Più precisamente, l'Agcm può richiedere informazioni, ma senza che tali richieste creino obblighi nella sfera giuridica dei destinatari; può avvalersi della

¹⁰ Cfr. CdS, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265, *U.R.R.A.*, il quale ha precisato che l'informalità della fase pre-istruttoria, nonché la sua strumentalità rispetto alla fase, eventuale, dell'istruttoria (nella quale la disciplina speciale, il d.P.R. n. 217/1998, garantisce pienamente il contraddittorio) portano ad escludere non solo l'applicazione degli strumenti di partecipazione degli interessati al procedimento disciplinati dall'art. 14 della l. n. 287/1990 (che possono essere azionati solo dopo l'apertura dell'istruttoria durante la preistruttoria), ma anche l'applicazione delle norme della l. n. 241/1990 (cfr. anche Tar Lazio, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini-Consip*). In riferimento alla asserita obbligatorietà degli accertamenti dell'Agcm in fase pre-istruttoria, il TAR Lazio del 4 maggio 2004, n. 3720, *Technicolor*, ha escluso la violazione degli articoli 12 e 14 della l. n. 287/1990, poiché *“la decisione di aprire l'istruttoria al fine di verificare la violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge n. 287 [è] preceduta da una fase preliminare di valutazione dei fatti che può concludersi con la decisione di archiviazione; durante tale fase non vi è l'obbligo di utilizzare i poteri istruttori di cui l'Autorità dispone”*, ben potendo l'Agcm ritenere infondata la segnalazione, sulla base degli stessi elementi forniti dal segnalante e di quelli acquisibili autonomamente.

Guardia di finanza per acquisire gli elementi utilizzabili per avviare il procedimento¹¹, ma non può ordinare ispezioni¹².

Anche le garanzie dei soggetti coinvolti nella fase pre-istruttoria sono contenute rispetto al procedimento antitrust vero e proprio. In particolare, è negato il diritto di accesso agli atti; non è individuato il responsabile del procedimento; non viene formalizzato il contraddittorio con le parti.

Inoltre, nell'assetto normativo della legge antitrust, la fase pre-istruttoria può avere due diversi significati ed estensioni temporali a seconda di come essa viene avviata.

Quando l'Agcm acquisisce d'ufficio (soprattutto nel corso di indagini conoscitive di natura generale)¹³ o da terzi (pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori) informazioni da cui è possibile presumere la violazione delle norme, che vietano le intese restrittive della concorrenza e dell'abuso di posizione dominante, la fase pre-istruttoria è diretta ad approfondire, integrare e valutare queste informazioni ai fini della opportunità di procedere con l'istruttoria.

In questo caso, né la l. n. 287/1990, né il d.P.R. n. 217/1998 stabiliscono un termine entro il quale l'Agcm deve decidere se avviare o meno l'istruttoria.

Il silenzio dell'art. 14 della l. n. 287/1990 a tale ultimo riguardo sarebbe giustificato dalla specialità del procedimento antitrust, ovvero dalla circostanza

¹¹ Il TAR Lazio, sez. I, 13 settembre 2001, n. 7451, *Heinz-Milupa*, che l'Autorità possa essere coadiuvata dalla Guardia di Finanza per raccogliere elementi utili, così come disposto dalla legge nella fase istruttoria.

¹² Come ricordato da E. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 831-832, a differenza dell'Agcm, le autorità con funzioni di vigilanza possono esercitare poteri ispettivi anche prima che sia stato avviato il procedimento istruttorio, poiché lo svolgimento della loro funzione comporta un controllo continuo sull'intera attività dei soggetti vigilati, mentre la funzione di garanzia antitrust implica che la reazione inibitoria e sanzionatoria dell'Agcm avvenga soltanto quando il libero gioco della concorrenza è stato alterato.

¹³ L'art. 12, comma 2, della l. n. 287/1990, stabilisce che “[l]’Autorità può, inoltre, procedere, d’ufficio o su richiesta del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l’evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata”. Al riguardo, il Tar del Lazio ha precisato che la mancata attivazione d'ufficio dei poteri di indagine riconosciuti dall'art. 12 della legge n. 287/90 non crea in capo alle imprese alcun affidamento sulla liceità dei comportamenti a cui la mancata istruttoria avrebbe potuto riferirsi (cfr. TAR Lazio, sez. I, 29 ottobre 2003, n. 9203, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.).

che l'individuazione e la valutazione delle fattispecie antitrust sono operazioni intellettive di per sé estremamente complesse, nonché dal fatto che le imprese, che pongono in essere tale genere di intese, spesso lo fanno segretamente, in modo tale da non essere facilmente scoperte.

Quindi, anche in questo caso, la mancata previsione di un termine entro il quale chiudere la fase pre-istruttoria non costituisce una lacuna della disciplina speciale antitrust, ma ha un suo significato normativo che prevale sulla disciplina generale della l. n. 689/1981¹⁴.

La fase pre-istruttoria ha, quindi, una sua autonomia che la distingue dal procedimento istruttorio vero e proprio, la cui articolazione non può, pertanto, considerarsi alterata se, nel corso della preistruttoria, vengano acquisiti elementi necessari a una preliminare verifica della fondatezza delle segnalazioni ricevute e afferenti ad atti ai quali viene consentita la visione dopo l'apertura formale dell'istruttoria.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652 ha evidenziato che l'Agcm, ugualmente alla Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62 (allora vigente), dopo aver ricevuto una segnalazione di infrazioni alla normativa antitrust, non può che svolgere una prima delibazione sulla sussistenza delle presunte violazioni, e, quindi, *“un'iniziale e minimale attività anche istruttoria diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute, al fine di decidere successivamente se sussista il fumus per avviare il*

¹⁴ Il CdS, sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha escluso che la decorrenza di un rilevante intervallo di tempo tra la ricezione di una segnalazione e l'avvio dell'istruttoria si traduca in un vizio procedurale, in quanto l'art. 14 della l. n. 287/1990 non prevede alcun termine di inizio del procedimento, e l'Autorità deve disporre di tutto il tempo necessario alla valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria. In particolare, il Cds ha anche sottolineato la non operatività nel caso di specie dell'art. 14, l. 689/1981, che, *“relativo alla contestazione della violazione a seguito dello svolgimento delle relative indagini e non all'avvio della fase istruttoria del procedimento, richiama, se applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 689/1981 unicamente ai fini delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della legge, senza richiamarle nella parte in cui disciplinano la fase istruttoria del procedimento”*. L'Agcm deve senz'altro dover disporre di *“un ragionevolmente consistente lasso temporale nel valutare che vi [siano] i presupposti per dare o meno avvio all'istruttoria, attesa la delicatezza e consistenza dell'attività amministrativa da espletare”*. Cfr. anche il CdS sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, per il quale il diritto di difesa delle parti non viene compromesso dal ritardo con cui l'Agcm procede all'avvio dell'istruttoria, sottolineando che il lasso temporale che intercorre tra l'arrivo della segnalazione e l'avvio dell'istruttoria è necessario per valutare la sussistenza del *fumus* di infrazione.

procedimento e, conseguentemente, attivare i poteri istruttori, consentendo anche il pieno esercizio dei diritti di difesa¹⁵.

Successivamente, il Consiglio di Stato¹⁶ ha chiarito che il dovere dell'Agcm di comunicare l'avvio di una istruttoria sorge solo quando emerga una possibile violazione della disciplina antitrust da elementi in suo possesso o portati a sua conoscenza, anche attraverso denunce anonime¹⁷.

Peraltro, per il Consiglio di Stato, è “*irrilevante il modo in cui l'Autorità venga in possesso di tali elementi*” e non si può dubitare della liceità dell'acquisizione di documentazione rilevante a fini antitrust, anche quando non direttamente pertinente con la violazione contestata nell'atto di avvio.

Quando, invece, le stesse imprese partecipanti ad un'intesa, ricorrano alla facoltà prevista dall'art. 13, comma 1, della l. n. 287/1990, di comunicare all'Agcm le intese intercorse¹⁸, la fase pre-istruttoria acquisisce un significato diverso, perché è tesa ad accertare la compatibilità di quest'ultima intesa con l'art. 2 della l. n. 287/1990.

Non per niente, infatti, l'art. 13, comma 1, pone un limite temporale all'Agcm stabilendo che, se quest'ultima non avvia l'istruttoria antitrust entro centoventi giorni dalla comunicazione dell'intesa, non può più procedere a detta istruttoria, fatto salvo, il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere.

¹⁵ Ciò, per il Consiglio di Stato, risulta, proprio dalla previsione dell'articolo 12 della legge n. 287/1990, in base alla quale l'Autorità “valuta” gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse. In particolare, “[u]na diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio dell'istruttoria per ogni denuncia presentata (anche in termini generici), con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti”. In termini identici TAR Lazio, sez. I, 13 settembre 2001, n. 7451, *Heinz-Milupa*. Cfr. anche TAR Lazio, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini-Consip*, e TAR Lazio, sez. I, 19 marzo 2010, n. 4318, *Servizi di consulenza geological Università di Firenze*.

¹⁶ CdS, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*.

¹⁷ Per il CdS, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, una denuncia anonima non esclude che sia doveroso per l'Agcm procedere agli accertamenti istruttori e alla ricerca di riscontri dell'intesa illecita denunciata in via anonima. Mentre costituisce problema diverso quello del valore della lettera anonima e dei documenti allegati come fonte di prova e dell'idoneità dei riscontri rinvenuti dall'Agcm per dimostrare l'esistenza dell'intesa.

¹⁸ Cfr. art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 217/1998, per il quale la comunicazione preventiva delle intese avviene tramite la presentazione per mezzo di un apposito formulario, predisposto dall'Agcm, e pubblicato nel bollettino, nel quale sono indicate le informazioni e gli allegati essenziali per la valutazione dell'intesa.

In particolare, nel caso in cui le comunicazioni siano incomplete o irregolari, l'art. 3, comma 3, del d.P.R. n. 217/1998, stabilisce che l'Agcm informa le imprese e il termine di cui all'articolo 13, comma 1, della l. n. 217/1990 decorre dal ricevimento delle informazioni che integrano la comunicazione.

La previsione di un termine entro il quale l'Agcm deve decidere se avviare o meno l'istruttoria è spiegata dalla necessità di salvaguardare la certezza del diritto nei confronti di chi si attivi spontaneamente per informare l'Autorità dell'esistenza di comportamenti astrattamente riconducibili alle fattispecie antitrust¹⁹.

Dalla comunicazione preventiva di intese deve essere tenuta distinta la richiesta di autorizzazione in deroga al divieto di intese disciplinata dall'art. 4 della l. n. 287/1990. Si è già ricordato che, in base a quest'ultimo articolo, l'Agcm può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, da cui conseguano

¹⁹ Il Tar del Lazio, sez. I, 18 gennaio 2001, n. 297, *Accordi per la fornitura di carburanti*, riprendendo una sua precedente pronuncia (2 luglio 1999, n. 1485), ha precisato che l'art. 13 della l. n. 287/1990 configura un procedimento, a istanza di parte, "destinato a offrire alle imprese, mediante decadenza posta a carico dell'Autorità che non avvia l'istruttoria nel termine prescritto, il dato obiettivo e certo della liceità dell'intesa comunicata sotto il profilo delle regole di libera concorrenza". Quindi, sia l'Autorità che le imprese sono gravate da determinati oneri di diligenza. In particolare, le imprese hanno "l'onere di rendere esplicito l'intento di avvalersi della facoltà di cui all'articolo 13 in questione avviando il relativo procedimento, che si traduce nella necessità di una comunicazione spontanea dell'intesa, diretta in modo non equivoco a provocarne la valutazione di conformità alle norme di libera concorrenza". In senso conforme a questa interpretazione cfr. anche CdS, sez. VI, 20 luglio 2001, n. 4053, *Accordi per la fornitura di carburanti*. Il TAR Lazio, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, *Prodotti disinfettanti*, partendo dalla distinzione tra istruttoria avviata d'ufficio dall'Autorità (articolo 12) e istruttoria avviata a seguito di comunicazione degli accordi da parte delle imprese (articolo 13) ha ritenuto che "quando l'attività istruttoria è posta in essere d'ufficio o su impulso di terzi, i tempi del procedimento sono sostanzialmente rimessi alla discrezionalità dell'amministrazione procedente". Infatti, solo nell'ipotesi in cui sia stato lo stesso autore del comportamento anticoncorrenziale a portarlo a conoscenza dell'Autorità, a quest'ultimo deve riconoscersi "il diritto di ottenere una verifica in tempi certi"; laddove, invece, quando "un comportamento lesivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall'Autorità di propria iniziativa o su sollecitazione di terzi, il suo autore non può dolersi allo stesso modo della tardività dell'intervento dell'amministrazione".

determinati effetti economici che la norma indica come vere e proprie finalità²⁰.

Posto che l'art. 4 prevede che la suindicata istanza di autorizzazione sia presentata all'Autorità, precisando che quest'ultima si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'art. 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa, non esiste in questi particolari casi alcuna fase preliminare al procedimento, ma l'Agcm apre direttamente l'istruttoria, anche se il suindicato termine di centoventi giorni è stato interpretato dalla giurisprudenza come meramente sollecitatorio, e non può essere considerato perentorio²¹.

Ciò rilevato, occorre anche ricordare che sia l'ambito di applicazione della comunicazione preventiva delle intese di cui all'art. 13, che quello della richiesta in deroga al divieto di intese di cui all'art. 4 della l. n. 287/1990, sono stati limitati per quanto riguarda l'applicazione decentrata del diritto antitrust comunitario da parte dell'Agcm, a seguito del processo di modernizzazione culminato nel Regolamento CE n. 3/2001.

Questo regolamento, infatti, ha stabilito che le autorità amministrative (e giurisdizionali) nazionali applicano immediatamente e direttamente gli articoli del Trattato CE riguardanti le intese e gli abusi di posizione dominante, determinando, quindi, la fine della competenza esclusiva della Commissione a concedere alle imprese un'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza prevista dall'allora vigente art. 81, paragrafo 3, del Trattato CE.

Per quanto riguarda quest'ultimo tipo di esenzione, il Regolamento n. 3/2001 ha segnato il passaggio da un regime di autorizzazione preventiva delle intese comunicate ad un regime di eccezione legale, per il quale queste intese, una volta comunicate, si presumono conformi a quanto dettato dalla suindicata disposizione del Trattato CE.

Ne è conseguito che, quando l'Agcm si trovi a dover applicare, anche se unitamente all'art. 2 della l. n. 287/1990, l'art. 101 del TFUE, la disciplina nazionale della comunicazione preventiva non potrà essere applicata, dovendosi

²⁰ Tale autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento di queste ultime finalità, né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato (comma 1). L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga al divieto di intese, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione (comma 2).

²¹ Cfr. Tar del Lazio, sez. I, 15 gennaio 2007, n. 204, *Gas Tecnici*, per il quale è escluso l'istituto del silenzio assenso.

l'Agcm riservare di avviare un'istruttoria per l'accertamento della violazione del divieto comunitario delle intese restrittive della concorrenza.

Parimenti, nel caso in cui l'intesa di cui si chiede l'esenzione in deroga possa pregiudicare il commercio intracomunitario, l'Agcm non potrà concedere alcuna esenzione, ma dovrà applicare il regime di eccezione legale previsto dal regolamento n. 3/2001.

Quando sia partita d'ufficio in base alla valutazione di elementi comunque in possesso dell'Agcm o presentati da terzi denunciatori, la fase pre-istruttoria si chiude con la comunicazione agli interessati del provvedimento con il quale il Collegio dispone l'archiviazione della segnalazione o l'apertura dell'istruttoria²².

L'archiviazione della segnalazione, in particolare, viene disposta dall'Agcm per mancanza dei presupposti dell'esercizio dei suoi poteri, ossia in assenza di restrizioni alla concorrenza, o per inapplicabilità della legge n. 287/1990, cioè quando le condotte concretamente realizzate non rientrano in quelle previste da quest'ultima legge.

Per quanto riguarda il trattamento delle denunce, è indicativo che il Consiglio di Stato sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1738, *SILB/SLAE*, abbia riconosciuto la discrezionalità dell'Agcm nel discernere gli aspetti delle denunce su cui avviare un'istruttoria dagli aspetti invece archiviabili, affermando che *“nel procedimento di accertamento delle violazioni antitrust l'Autorità garante – nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, particolarmente penetrante in sede di indagine – non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione di illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto”*.

Peraltro, in riferimento ad un caso di abuso di posizione dominante, il T.A.R., Lazio, sez. I, 14 aprile 2011, n. 3252, ha ritenuto che la fase preistruttoria, *“lungi dal rappresentare una delibazione meramente sommaria sui possibili profili antitrust dell'operazione di concentrazione sottoposta all'esame dell'Autorità, introduce alla fase istruttoria nella sola ipotesi in cui l'Autorità ritenga in concreto possibile, dovendone indicare i relativi elementi di problematicità, che l'operazione possa comportare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre*

²² L'art. 6 del Regolamento 217/1998, dispone che *“il collegio, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2, comma 2, 3 e 6, comma 1, della legge, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della legge”*.

in modo sostanziale e durevole la concorrenza, tanto che, ai sensi della richiamata norma regolamentare, la comunicazione di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, vale a dire che deve individuare espressamente le ragioni in ordine alle quali l'amministrazione procedente ha maturato le proprie perplessità di carattere concorrenziale".

Di converso, per il medesimo giudice, *"la determinazione di non avviare l'istruttoria può essere legittimamente adottata quando l'Autorità abbia maturato una ragionevole certezza sull'assenza di effetti anticoncorrenziali derivanti dall'operazione di concentrazione, in esito alla valutazione della stessa nella sua consistenza effettiva".*

Ne consegue che la fase preistruttoria, proprio in quanto può concludersi con l'accertamento dell'assenza di profili di anticoncorrenzialità, non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse²³.

Con finalità di garanzia, l'apertura dell'istruttoria, in concreto, viene resa nota tramite pubblicazione della decisione sul bollettino (art. 6, comma 7, d.P.R. n. 217/1998)²⁴ e comunicata tramite contestuale notifica disciplinata dal c.p.c. alle imprese, agli enti interessati, nonché ai soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria (art. 6, comma 4, d.P.R. n. 217/1998)²⁵.

Ove proceda all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, prima o immediatamente dopo l'avvio dell'istruttoria, l'Agcm deve anche informare per

²³ Così anche TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 31278 del 24 agosto 2010.

²⁴ L'art. 6, comma 6, del d.P.R. n. 217/1998, stabilisce che "[n]el caso che per il rilevante numero dei destinatari la notificazione personale risulti impossibile o particolarmente gravosa, la notificazione è effettuata tramite pubblicazione su almeno due quotidiani a diffusione nazionale o mediante altre idonee forme di pubblicità". Nella pratica, come ricordato, l'Agcm ricorre ad entrambe le due forme di comunicazione, in considerazione del fatto che, al momento della notifica, è alta la probabilità di non individuare gli eventuali interessati e, in particolare, i potenziali intervenienti. Il Tar del Lazio, sez. I, 15 gennaio 2007, n. 204, *Gas Tecnici*, ha stabilito che *"l'eventuale mancata pubblicazione nell'apposito Bollettino dell'avvio dell'istruttoria, pubblicazione prevista dall'art. 6, co. 7, D.P.R. 217/1998, costituisce un'irregolarità non idonea di per sé sola a tradursi in un vizio di legittimità del provvedimento finale"*.

²⁵ L'art. 6, comma 4, del d.P.R. n. 217/1998, prevede anche che, "[q]ualora l'istruttoria riguardi imprese che operano nel settore assicurativo, ne è data immediata comunicazione all'ISVAP".

iscritto la Commissione, potendo rendere disponibile tale informazione anche alle autorità antitrust degli Stati membri.

La documentazione su cui si è basata l'Agcm per disporre l'avvio dell'istruttoria deve essere versata nel fascicolo istruttorio, in modo tale che gli interessati possano conoscerne il contenuto ed esercitare il loro diritto al contraddittorio.

1.3 La fase istruttoria.

Con la comunicazione dell'avvio dell'istruttoria si instaura una prima forma di contraddittorio garantito con gli interessati, in quanto questa comunicazione, da eseguirsi con le summenzionata modalità di notifica, diversamente da quanto disposto dall'art. 7, comma 1, della l. n. 241/1990, non può essere derogata per particolari esigenze di celerità del procedimento²⁶.

Ai sensi dell'art. 6, comma 3, del d.P.R. n. 217/1998, infatti, il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni²⁷, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti

²⁶ Cfr. CdS, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1791. Nel caso in cui, invece, si tratti di esercizio dei poteri dell'Agcm dopo una sentenza di annullamento parziale, il TAR Lazio n. 689 del 28 gennaio 2005, *International Mail Express Italy/Poste Italiane* ha stabilito che non sussiste un obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in relazione alla mera rideterminazione da parte dell'Autorità di una sanzione pecuniaria, in precedenza annullata dal giudice amministrativo, limitatamente al suo ammontare. Il Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2502, *International Mail Express-Poste italiane*, ha precisato che *"l'avviso di avvio del procedimento è doveroso quando si tratta di rinnovare un procedimento ex novo, mentre non è dovuto quando si tratta di rinnovare solo una parte di un procedimento già ritualmente avviato e si tratta di farlo in esecuzione di un giudicato. Infatti, nell'esecuzione del giudicato che impone il rinnovo solo di alcuni atti di un procedimento già avviato, ci si colloca in una fase proceduralmente successiva all'inizio del procedimento"*. Per il Consiglio di Stato, *"la partecipazione procedimentale non è necessaria in quanto i criteri sono fissati dal giudicato"*, anche se *"resta ferma la facoltà dell'interessato di chiedere di partecipare al procedimento presentando osservazioni e documenti"*.

²⁷ Come a suo tempo affermato dal TAR Lazio, I, 11 dicembre 2000, n. 297, *Pepsico Food and Beverages international/Cocacola*, ben può verificarsi che le infrazioni accertate in via definitiva e indicate nella comunicazione delle risultanze istruttorie differiscano in parte da quelle inizialmente ipotizzate nella deliberazione di avvio dell'istruttoria. Sulla sommarietà con cui possono essere formulate le contestazioni di cui alla comunicazione di avvio del procedimento, cfr. TAR Lazio, sez. I, 1° agosto 1995, n. 1474, *Ass. rischi di massa*; 23 settembre 2009, n. 8396, *Prezzi bloccati dell'elettricità*.

interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge n 287/1990.

Nel suo complesso, la disciplina della fase istruttoria intende conciliare due opposte esigenze: da una parte, permettere all'Agcm di accertare il compimento di infrazioni antitrust attraverso l'esercizio di poteri istruttori; dall'altra, garantire la partecipazione degli interessati, ossia di esercitare il contraddittorio e l'accesso agli atti, rappresentando la propria posizione e fornire elementi che l'Agcm dovrà considerare, tanto nella comunicazione delle risultanze istruttorie, quanto nel provvedimento finale.

Il contemperamento di tali diverse esigenze si ripercuote sullo stesso orizzonte temporale dell'istruttoria.

Per ragioni in parte analoghe a quelle, per le quali la fase preliminare all'istruttoria per l'accertamento di infrazioni non può essere assoggettata a limiti di tempo, risulta incompatibile con le specifiche esigenze procedurali antitrust la previsione della l. n. 689/1981, in forza della quale la violazione soggetta a sanzione amministrativa deve essere contestata entro il termine di 90 giorni dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa.

Come stabilito dalla giurisprudenza²⁸, infatti, rispetto alla disciplina generale dei procedimenti diretti alla irrogazione di una sanzione amministrativa, le disposizioni della l. n. 287/1990 rappresentano un sistema speciale volto alla disciplina dei "*fenomeni di illecita compressione della libera concorrenza*", che si contraddistingue anche nel momento procedurale per la particolare estensione del momento partecipativo dei soggetti interessati, destinato a esplicarsi già durante l'accertamento dei fatti.

Tale ulteriore peculiarità comporta un naturale allungamento dei tempi procedurali che, proprio per garantire il più ampio contraddittorio dei soggetti interessati, non possono essere ridotti entro il termine di 90 giorni fissato dalla legge n. 689/1991, per la contestazione della violazione.

In particolare, la giurisprudenza ha sottolineato che i termini per la conclusione dell'istruttoria attivata d'ufficio in materia di intese non sono perentori, affermando che, "*escluso ogni automatismo decadenziale, il rilievo dell'inosservanza di tale termine può essere valutato soltanto con l'elastico approccio*

²⁸ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 8 febbraio 2000, n. 793, *Istituto Vigilanza Sardegna*; 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di stomie*.

*proprio dei parametri del vizio di eccesso di potere*²⁹. Pertanto, “*il termine di conclusione fissato nell’atto di avvio del procedimento [...], alla stregua del principio generale di cui all’art. 2 della L. 241/1990, assolve alla funzione di assegnare tempi tendenzialmente determinati al singolo procedimento (...) escluso ogni automatismo decadenziale*”³⁰.

1.3.2 I diritti di partecipazione delle parti e degli intervenienti.

L’art. 14, comma 1, della legge antitrust stabilisce che i titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti, ai quali è notificata l’apertura dell’istruttoria, “*hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell’istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa*”.

In forza dell’art. 7 del d.P.R. n. 217/1998, i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell’istruttoria, ossia le imprese sospettate di aver commesso illeciti antitrust e coloro i quali hanno denunciato tali imprese presentando elementi utili all’avvio dell’istruttoria, hanno diritto a

²⁹ Nel caso specifico, il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo*, richiamando l’orientamento del CdS n. 4053/2001 in materia, ha affermato che “*quando l’autore di un comportamento astrattamente valutabile attraverso lo spettro degli articoli 2 e 3 della legge 287/90 si sia attivato spontaneamente per portarlo a conoscenza dell’Autorità, va riconosciuto a tale soggetto il diritto di ottenerne una verifica in tempi certi; per converso, laddove un comportamento infrattivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall’Autorità di propria iniziativa (o su sollecitazione di terzi), il suo autore non può in tal caso dolersi alla stessa stregua della tardività dell’intervento della Pubblica Amministrazione. Nelle situazioni ricadenti nell’ambito dell’art. 12 della legge n. 287/1990, i tempi del procedimento sono quindi sostanzialmente rimessi alla discrezionalità dell’Autorità procedente*”. Nella medesima sentenza, il TAR ha anche precisato che “*deve ritenersi conforme a diritto anche la sola adozione del provvedimento entro il termine finale predeterminato dall’Autorità per la conclusione dell’istruttoria di fronte ad un’intesa vietata, stante la mancanza di una norma specifica che le imponga di provvedere nello stesso termine anche alla sua comunicazione al destinatario*”.

³⁰ Tar Lazio, sez. I, 2 agosto 2006, n. 6833, *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder*. Già in precedenza, il Consiglio di Stato, 27 luglio 2001, n. 4053, *Accordi per la fornitura di carburanti*, ha riaffermato il principio per cui il procedimento di accertamento delle infrazioni di cui alla legge antitrust “*costituisce normativa speciale, e perciò derogatoria rispetto alla normativa generale [contenuta nella l. n. 689/1981], richiamata in quanto applicabile (art. 31)*”, escludendo l’applicabilità del termine di novanta giorni per la contestazione dell’infrazione di cui all’art. 14 della l. n. 689/1981.

partecipare all'istruttoria e, pertanto, costituiscono le parti necessarie nel procedimento antitrust (comma 1, lett. a)³¹.

Oltre a questi ultimi soggetti, l'art. 7 del regolamento di procedura stabilisce che possono partecipare all'istruttoria anche *“i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria”* (comma 1, lett. b).

Tutti i soggetti che partecipano all'istruttoria hanno la facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché di accedere ai documenti (comma 2). Secondo quanto ribadito dal d.P.R. n. 217/1998, invece, solo le parti necessarie del procedimento hanno diritto di essere sentite ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge antitrust (comma 3).

Nel corso delle audizioni i soggetti interessati possono comparire in persona del proprio rappresentante legale oppure di procuratore speciale munito di apposita documentazione giustificativa del potere di rappresentanza. Essi possono altresì farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'audizione (comma 4).

La prima audizione è quella che si svolge davanti agli uffici, immediatamente dopo l'avvio dell'istruttoria, mentre l'audizione finale è quella che segue la comunicazione delle risultanze istruttorie e si svolge di fronte al collegio.

Anche se i soggetti intervenuti successivamente nel procedimento non hanno il diritto di essere sentiti oralmente, ma soltanto il diritto di esercitare il contraddittorio documentale, l'art. 14, comma 6, del d.P.R. n. 217/1998 stabilisce, comunque, che, nell'ambito dell'audizione finale che chiude l'istruttoria, il collegio può sentire gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento, e ne facciano motivata richiesta.

L'art. 14, comma 3, l. n. 287/1990, prevede un regime di riservatezza per le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria

³¹ Il CdS, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha stabilito che non sono parti necessarie nei procedimenti antitrust né i singoli consumatori, né le loro associazioni. Per quanto riguarda i clienti dell'impresa che ha posto in essere un abuso di posizione dominante, il Consiglio di Stato ha chiarito che essi non hanno un interesse diretto ma solo riflesso e derivato, e che, pertanto, l'avviso dell'avvio del procedimento non è obbligatorio nei loro confronti, fatto salvo il loro spontaneo intervento nel procedimento.

da parte dell'Agcm, prescrivendo che siano tutelate dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni.

A tale ultimo riguardo, l'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 217/1998, specifica che tali notizie, informazioni e dati possono essere utilizzati soltanto per lo scopo per il quale sono state richiesti, ossia per accertare la violazione della normativa antitrust e non illeciti amministrativi appartenenti ad altri settori; ed esclude l'applicazione del segreto d'ufficio per gli obblighi di denuncia dei reati perseguibili d'ufficio e per quelli di collaborazione con la Commissione e con le altre istituzioni comunitarie di cui agli articoli 1, comma 2, e 10, comma 4, della l. n. 287/1990.

Gli elementi che devono essere assoggettati a segreto d'ufficio sono raccolti d'ufficio dall'Agcm tramite l'esercizio dei propri poteri; o sono ricevuti dalla stessa autorità da parte dei denunciati, degli intervenienti e delle imprese sospettate di aver commesso infrazioni alle norme della concorrenza.

Nel raccogliere e ricevere tali elementi, così come più in generale nell'esercizio delle proprie funzioni, i funzionari dell'Agcm sono qualificati come pubblici ufficiali dall'art. 14, comma 4, della l. n. 287/1990, che li vincola, altresì, al segreto d'ufficio.

Ovviamente, il regime di riservatezza previsto dalla disciplina antitrust non si applica in riferimento alla pubblicità delle proprie decisioni o a informazioni, dati e notizie di per sé pubbliche.

Inoltre, il diritto alla riservatezza e il segreto d'ufficio ad esso strumentale incontrano un importante limite nell'esercizio del diritto di accesso delle parti necessarie e degli intervenienti nel procedimento antitrust.

Per le imprese accusate di aver realizzato intese vietate o di aver abusato della propria posizione dominante, in particolare, l'accesso agli atti costituisce una garanzia fondamentale: solo accedendo alle informazioni sulla base delle quali l'Agcm ravvisa la violazione della normativa antitrust da parte delle imprese, queste ultime possono difendersi esercitando il contraddittorio.

In generale, il diritto di accesso agli atti è regolato dal Capo V della l. n. 241/1990, il cui art. 22 stabilisce che *“al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale, è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazione giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità”* previste dalla stessa legge. L'art. 23, comma 1, di quest'ultima legge stabilisce che *“il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto dall'art. 24”*.

Per quanto riguarda l'Agcm, l'art. 10, comma 5, della l. n. 287/1990, si limita a prescrivere che le procedure istruttorie devono garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori. L'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998, invece, disciplina dettagliatamente il diritto di accesso dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento, riconoscendone l'esercizio in corso di istruttoria³², in riferimento ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Agcm nei procedimenti concernenti intese e abusi di posizione dominante³³.

Nel procedimento antitrust, il diritto di accesso che, per gli intervenienti³⁴, risulta meno penetrante rispetto a quello delle parti necessarie e più cedevole di fronte alle esigenze di riservatezza, è comunque oggettivamente delimitato dall'art. 13 del regolamento di procedura, che sottrae direttamente all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti (comma 5).

Possono, invece, essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del collegio, nonché i documenti inerenti ai rapporti tra l'Agcm

³² Il TAR Lazio, sez. I, 11 giugno 2004, n. 5601, *Comune di Conegliano*, con riferimento all'esercizio da parte dell'Agcm del potere di segnalazione ex articolo 21 della legge n. 287/90, ha chiarito che non possa escludersi, in linea di principio, che “*anche quando l'Autorità non apra formalmente una procedura istruttoria, i soggetti destinatari degli atti adottati ex art. 21 ... abbiano un qualificato interesse a conoscere i documenti utilizzati a tal fine dall'Autorità*”.

³³ Il TAR Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, ha messo in evidenza che l'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998, riguarda la possibilità dell'accesso cosiddetto procedimentale, mentre non stabilisce nulla sull'accesso cosiddetto informativo, ossia quello successivo alla conclusione del procedimento, per il quale troveranno applicazione i principi generali previsti dalla legge e, in particolare, il comma 7 dell'art. 24 della l. n. 241/1990, per il quale deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Per il giudice amministrativo, tuttavia, le prerogative riconosciute da tale ultima norma “*non possono certo risultare più ampie di quelle riconosciute dall'art. 13 del decreto del Presidente della Repubblica 217/98 alle parti del procedimento istruttorio ai fini del contraddittorio*”. Pertanto, anche per l'accesso informativo, l'Autorità è chiamata “*prima, ad esprimere un giudizio di bilanciamento in relazione ai contrapposti interessi all'accesso ed alla riservatezza, poi, nel consentire l'accesso ai documenti, sussistendone le condizioni, deve adottare tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati*”. Saranno quindi applicabili i limiti dell'accesso procedimentale e i relativi principi giurisprudenziali.

³⁴ Il TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*, ha stabilito che, qualora si negasse al denunciante e all'interveniente di poter accedere agli atti del procedimento recanti informazioni riservate o segrete, pur con le cautele ivi richieste, la posizione di questi soggetti “*sarebbe del tutto priva delle prerogative concrete esercitabili solo a mezzo della previa conoscenza degli atti, ciò che evidentemente non assicurerebbe alcuna effettività della partecipazione procedimentale pure prevista e regolata dalla legge*”.

e le istituzioni dell'UE, nonché tra l'Agcm e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione (comma 6).

L'esercizio del diritto di accesso nei procedimenti antitrust è regolato dall'art. 13 secondo una logica di contemperamento tra le esigenze di riservatezza e le specifiche esigenze partecipative che caratterizzano tali procedimenti di accertamento³⁵.

In particolare, il secondo comma della norma da ultimo citata prevede che *“qualora i documenti formati o detenuti dall'Autorità contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio”*.

Mentre, il terzo comma dell'art. 13, stabilisce che *“i documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso”* e che, *“qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi”*.

Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, il quarto comma dell'art. 13 prevede che *“gli uffici tengono conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle*

³⁵ Dalla sentenza del Tar del Lazio n. 11485, del 24 ottobre 2000, *Coca Cola*, emerge inoltre che non si potrebbe ritenere violato il diritto di difesa per diniego di accesso ai nominativi di eventuali denunciati, dal momento che la garanzia della riservatezza dell'identità personale dei soggetti che forniscono informazioni all'Autorità è da ritenersi pacifica e prevalente. E, invero, la normativa in materia di concorrenza *“tutela il diritto alla riservatezza delle persone che forniscono all'Autorità informazioni nel corso dell'istruttoria (articolo 13, comma 6, decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98)”*. Il CdS, sez. VI, 13 settembre 2001, n. 4812, *GDF Estate Romana 2002/Bernabei*, ha evidenziato che non si potrebbe ritenere violato il diritto di difesa per diniego di accesso ai nominativi dei denunciati. Infatti, tale istanza, benché *“suscettibile di tutela nelle sede competenti”*, non è *“meritevole di tutela prevalente rispetto all'interesse alla riservatezza”* che l'Agcm abbia ritenuto rilevante nel caso di specie. Tale orientamento è da ritenere ulteriormente avvalorato *“a seguito dell'entrata in vigore della legge 31 dicembre 1996, n. 675 [riguardante il trattamento dei dati personali], nel caso di richiesta di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali relativi a terzi posseduti da una P.A., il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consenta al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta”*.

*imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati*³⁶.

L'accesso agli atti costituisce un procedimento a sé, che si innesta nell'ambito dell'istruttoria, e si caratterizza per la previsione di oneri a carico di coloro che sono interessati ad esercitare tale accesso, sia di oneri di coloro che sono interessati a tutelare la riservatezza dei relativi documenti.

Questi ultimi soggetti devono presentare agli uffici una apposita richiesta, che deve contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi (comma 7)³⁷. L'ufficio, ove non ritenga sussistenti gli elementi di riservatezza o di segretezza addotti a giustificazione delle suddette richieste, ne dà comunicazione agli interessati con provvedimento motivato (comma 8).

I soggetti interessati ad accedere agli atti, invece, devono presentare richiesta scritta e motivata in tale senso, sulla quale il responsabile del

³⁶ Il Tar Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80, *Unidim*, ha incidentalmente precisato che le esigenze di riservatezza relative a determinati documenti, ove manifestate, continuano ad assistere gli stessi documenti anche nell'ambito di nuovi procedimenti nei quali essi siano eventualmente trasfusi. Il TAR Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto che, pur non potendosi affermare il principio che un documento, una volta considerato riservato, resti tale per sempre, *“in difetto di allegazione di una combinazione di fattori specifici, che possano far presumere la cessazione delle preesistenti esigenze di riservatezza, il decorso del tempo non possa, da solo, acclarare siffatta evenienza”*. Non a caso, il fattore tempo, fa notare il giudice, non viene autonomamente preso in considerazione dall'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998.

³⁷ Il nono comma dell'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998 aggiunge che, nel caso di comunicazioni, informazioni, dichiarazioni o richieste presentate in forma singola o congiunta da una o più imprese, possono essere presentate separatamente in allegato le informazioni coperte da segreto aziendale o industriale. Analoghe cautele, ai sensi della stessa norma, possono essere richieste dalle imprese con riferimento alle eventuali audizioni congiunte ed alle verbalizzazioni.

procedimento provvede entro trenta giorni, informandone il collegio (comma 11)³⁸.

L'ufficio può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni, e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie di cui all'art. 14 del d.P.R. n. 217/1998 (comma 10)³⁹.

La giurisprudenza ha precisato l'oggetto del diritto di accesso, i parametri di valutazione delle istanze e i limiti all'esercizio del diritto, secondo un principio di funzionalizzazione dell'accesso all'esercizio dei diritti di difesa.

Il Cds, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191, *Agnesi*, ha sottolineato che oggetto del diritto di accesso sono i *"documenti amministrativi"*, intesi come gli atti formati dalla pubblica amministrazione, nonché quelli provenienti da soggetti privati, equiparati ai documenti amministrativi *"solo se e in quanto utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, ovvero sia allorché, indipendentemente dalla caratterizzazione soggettiva, abbiano avuto un'incidenza nelle determinazioni amministrative"*.

Il TAR Lazio, sez. I, 12-13 luglio 2000, n. 7089, *Medusa S.p.A.*, ha stabilito che i parametri di valutazione delle istanze di accesso devono essere ricercati, in linea con quanto disposto dall'art. 23 della l. n. 241/1990, *"non*

³⁸ Secondo l'art. 13, comma 12, del d.P.R. n. 217/1998, spetta al collegio determinare, con delibera da pubblicarsi nel bollettino, le modalità di esercizio del diritto di accesso, nonché i costi di riproduzione. Come ribadito più volte dalla giurisprudenza, il soggetto che richiede l'accesso è gravato dell'onere di motivare *"sulla base di argomentazioni specifiche"* la necessità di accedere a un determinato documento o all'intero fascicolo per esercitare il proprio diritto di difesa (cfr. TAR Lazio, sez. I, 15 dicembre 2000, n. 12144, *Sotei S.p.A.*). Il TAR Lazio, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 866, *SITAV/Viaggi e Turismo Marozzi*, ha sottolineato che l'istanza di accesso deve presentarsi come *"strumentale, in un'ottica personale e soprattutto di concretezza"* ad un'esigenza di tutela, precisando che la parte istante deve allegare elementi idonei *"a specificare e [...] comprovare l'interesse connesso all'oggetto della propria richiesta"*. Il TAR Lazio, sez. I, 30 agosto 2003, n. 7186, *Edizione Holding/Autostrade*, ha affermato che l'impresa ha l'onere di richiedere l'accesso con la puntuale indicazione dei documenti rilevanti alla tutela dei propri interessi, ben potendo fare riferimento all'elenco analitico dei documenti del fascicolo predisposto in quel caso dall'Agcm.

³⁹ Il TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, *Byk Gulden*, ha stabilito che l'accesso può essere differito motivatamente *"sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie, cioè sino al momento in cui diventa chiara la rilevanza dei documenti ai fini della prova dell'infrazione, e quindi è possibile provvedere in concreto al bilanciamento tra contrapposte esigenze della riservatezza e del diritto di difesa"*.

nella normativa generale, ma nelle disposizioni che regolano la materia nell'ambito dei procedimenti di competenza dell'Autorità".

Ne consegue, come anche deciso dal TAR Lazio, sez. I, 9 febbraio 2000, n. 2281, che sono accessibili soltanto quei documenti che *"effettivamente siano rilevanti ai fini della decisione dell'Autorità e che per tale ragione sono necessari per assicurare la difesa dell'impresa o - comunque - per sindacare e valutare la decisione dell'Autorità"*⁴⁰.

Nel complesso, la giurisprudenza che è seguita alle sentenze da ultimo citate, si è consolidata nel senso di ricondurre l'esercizio del diritto di accesso nell'ambito dell'ordinamento della concorrenza, affermando la *"necessità di bilanciare due interessi contrapposti: l'interesse della tutela delle informazioni riservate, acquisite in funzione dell'interesse pubblico volto alla cessazione di comportamenti anticoncorrenziali e i diritti di difesa delle parti"*⁴¹. Il bilanciamento di questi diversi interessi costituisce una valutazione, la cui competenza spetta all'Agcm ed è sottoposto al controllo giudiziale di logicità e ragionevolezza⁴².

In altre parole, *"nessun elemento autorizza a ritenere che la l. n. 287/1990 abbia inteso riconoscere alle imprese sottoposte a procedimento un diritto di accesso illimitato, negando così ogni protezione alle correlate esigenze di riservatezza dei soggetti controinteressati"*⁴³.

⁴⁰ Anche i documenti raccolti nell'ambito di indagini conoscitive (in linea di principio sottratti all'accesso, ex art. 17, comma 5, del d.P.R. n. 217/1998) possono essere oggetto di accesso, in quanto siano funzionali all'esercizio del diritto di difesa. Il TAR Lazio, sez. I, 12-13 luglio 2000, *Medusa S.p.A.*, ha precisato che deve trattarsi di *"specifici documenti appartenenti all'indagine conoscitiva ma indicati nella delibera di apertura dell'istruttoria quale suo presupposto o nei documenti a sua volta richiamati dai primi"*, ossia documenti che, sebbene non versati nell'istruttoria, siano idonei a chiarire la posizione delle parti nell'istruttoria stessa *"secondo le motivate indicazioni dell'istante"*.

⁴¹ Cfr. CdS, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Vendomusica*; TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 368, *Byk Gulden*; TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80, *Unidim*.

⁴² Cfr. TAR Lazio, sez. I, 15 dicembre 2000, n. 12144, *Sotei S.p.A.*. Il Tar del Lazio, sez. I, 15 gennaio 2007, n. 204, *Gas Tecnici*, nell'analizzare i rapporti tra diritto di accesso, riservatezza dei terzi e segreto d'ufficio, ha indicato che *"Il rapporto tra accesso, riservatezza dei terzi e segreto d'ufficio [...] è di regola stabilito in sede amministrativa in quanto l'amministrazione può correttamente rigettare, in tutto o in parte, l'istanza ostensiva laddove ritenga gli atti non utili all'esercizio del diritto di difesa, mentre deve accogliere l'istanza ed esibire gli atti laddove questi siano effettivamente funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa racchiudendo elementi che l'autorità procedente sta considerando nello svolgimento della sua azione"*.

⁴³ TAR Lazio, sez. I, 30 agosto 2003, n. 7186, *Edizione Holding/Autostrade*.

Il diritto di accesso nel procedimento antitrust è stato configurato dal giudice amministrativo “come esplicitazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio”⁴⁴.

Più precisamente, “il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 prevale sull’esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l’accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente” e “per l’azionabilità del diritto di accesso, i canoni di cui alla l. n. 241 del 1990 si intendono soddisfatti allorché il soggetto richiedente abbia un diritto soggettivo o un interesse legittimo o vanti comunque un interesse differenziato e qualificato all’ostensione, finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive anche soltanto future”⁴⁵.

In base a tale orientamento, ciò che non è ostensibile non può neanche essere utilizzato, in sede di motivazione, a scopo accusatorio (e/o probatorio) e, pertanto, il provvedimento con cui l’Agcm oppone il diniego a una richiesta di accesso ad atti relativi a un procedimento sanzionatorio equivale a un impegno

⁴⁴ Sulla base di questa configurazione, per il CdS, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Vendomusica*, le parti devono essere messe nella disponibilità delle informazioni su cui si fonda la contestazione dell’infrazione, consentendo “l’accesso al fascicolo tramite un elenco di tutti i documenti che lo compongono, nel quale comunque potranno essere indicati anche i documenti inaccessibili, in tutto o in parte, perché contenenti segreti industriali o commerciali, note interne, o informazioni riservate o confidenziali”. Le parti da segretare devono essere individuate in misura strettamente limitata alle “parti sensibili del documento” e costituisce l’esito di “un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all’esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese se [...] l’effettiva conoscenza degli elementi di prova dell’infrazione o degli elementi essenziali per la difesa”. Oltre all’ultima sentenza cit., cfr. anche Cds, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, *Fornitura prezzi di ricambio caldaie a gas*; CdS, sez. VI, 7 gennaio 2008, n.102, *Prezzi latte per l’infanzia*. In merito al contemperamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, nella sentenza, il Tar Lazio, sez. I, 4 giugno 2005, n. 4395, *Mercato del calcestruzzo confezionato di Olbia*, si è nuovamente conformato a quanto affermato in sede comunitaria (Tribunale di Primo Grado del 29 giugno 1995, T-30/91, *Solvay*, e T-36/91, *ICI*), affermando che deve essere adottata una procedura consistente nella predisposizione di un apposito elenco dei documenti e dei relativi contenuti, sulla base del quale l’impresa richiedente l’accesso è chiamata a indicare specificamente quali documenti intenda visionare, e la Commissione (o l’Autorità) a individuare i brani sensibili da segretare, previo contraddittorio con l’impresa che abbia chiesto la tutela della riservatezza. A fronte di una richiesta di accesso, l’Agcm è onerata “della preparazione di versioni non riservate dei documenti specificamente richiesti e/o della consultazione delle controinteressate per pervenire all’espunzione dei dati sensibili dai relativi atti”. Cfr. anche CdS, sez. VI, n. 6469/2007, *Lottomatica/Sisal*; 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*; TAR Lazio, sez. I, 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*; TAR Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Rifornimenti aeroportuali*.

⁴⁵ TAR Lazio, n. 12985/2005, *Latti per l’infanzia*.

a non utilizzarli a scopo accusatorio (e/o probatorio) contro il soggetto al quale l'accesso è stato negato⁴⁶.

Nel sistema antitrust, non può ritenersi scontato che le violazioni al diritto di accesso compromettano legittimità del provvedimento finale.

In proposito è significativo che il Consiglio di Stato abbia deciso che, in linea con la giurisprudenza comunitaria, l'eventuale utilizzo di documenti "a carico" non comunicati a "un'impresa indagata", "lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora il relativo addebito [...] potesse essere provato unicamente con riferimento a tali documenti"⁴⁷.

Il Tar Lazio 16 gennaio 2002, n. 368, *Byk Gulden* ha, poi, aggiunto che "[l]a mancata conoscenza di alcuni atti del procedimento che ha portato all'irrogazione della sanzione in materia di pratica concordata, dipesa dalla segretezza degli atti stesso, quando si riferisca ad elementi che non hanno esplicato efficacia determinante nel procedimento sanzionatorio, non danno luogo alla violazione del principio della integrità del contraddittorio"⁴⁸.

⁴⁶ Non vi sono soluzioni di mezzo per il TAR Lazio, n. 12985/2005, *Latti per l'infanzia: o l'Amministrazione non utilizza ciò che ostende, ed allora manca qualsiasi interesse all'accesso; ovvero, se l'Amministrazione utilizza a scopo accusatorio ciò che non ha osteso, allora il provvedimento finale sarà facilmente sindacabile siccome viziato da motivazione incongrua (in quanto basato su elementi di fatto non risultanti da alcun atto istruttorio)*". In considerazione del fatto che, nella fattispecie, la sentenza veniva emessa quando il procedimento istruttorio era in corso, il giudice rinviava la verifica in ordine al rispetto dell'impegno implicitamente assunto dall'Agcm in merito alla non utilizzazione del documento in questione, al momento dell'adozione del provvedimento finale. Il Tar del Lazio, sez. I, 15 gennaio 2007, n. 204, *Gas Tecnici*, ha affermato che, una volta rigettata la richiesta di accesso, "la valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine all'irrelevanza dei documenti ai fini dell'esercizio del diritto di difesa determina una sorta di autovincolo nell'azione amministrativa, nel senso che, se le indicazioni ritraibili dai documenti non ostesi in quanto irrilevanti sono invece prese in considerazione nel corso del procedimento ed influiscono nella formazione della volontà provvedimentale, viene in rilievo una violazione procedimentale, essendo stata indebitamente limitata la facoltà partecipativa dell'interessato, idonea a tradursi in un vizio di legittimità del provvedimento finale".

⁴⁷ CdS, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Vendomusica*, in Foro Amm. 2001, 556 ss..

⁴⁸ TAR Lazio 16 gennaio 2002, n. 368, *Byk Gulden*, in Foro amm. TAR 2002, 514, 497 ss., con nota di R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*. Il TAR Lazio, Sez. I, 15 luglio 2004, n. 6895, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha confermato nuovamente l'applicabilità, per i procedimenti istruttori dell'Aeegsi, del rito speciale di cui all'art. 25, della l. 241/1990, (e dei relativi termini di decadenza) a "tutte le controversie in materia di accesso: sia quelle promosse da chi si duole del mancato accoglimento della sua istanza di accesso, sia quelle promosse da chi si duole del fatto che i suoi documenti sono stati ammessi all'accesso richiesto da altri", ivi incluse le istanze di riservatezza e restituzione.

Il TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, n. 8944, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, si è allineato a quest'ultimo orientamento, ritenendo che l'azione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'art. 116 c.p.a. sia lo strumento per lamentare la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, motivando che *“in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l'eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al principio del contraddittorio e al diritto di difesa”*.

Secondo il Giudice, *“la parte che deduce l'esistenza di un vizio procedimentale riguardante la segretezza di documenti non può limitarsi ad una doglianza generica e astratta, ma deve indicare i fatti o le circostanze posti a base del provvedimento, da essa non conosciuti, e le conseguenze effettivamente subite”*.

Analogamente, si è espresso anche il Consiglio di Stato, secondo il quale *“al fine di dimostrare la consistenza delle censure, gli interessati hanno l'onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta”*⁴⁹.

1.3.3 I poteri di accertamento dell'Agcm.

I poteri di accertamento dell'Agcm sono indicati dall'art. 14, comma 2, della l. n. 287/1990, il quale stabilisce che tale autorità *“può in ogni momento*

⁴⁹ Il CdS, sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha stabilito il principio in base al quale, per accertare l'illegittimità *“conseguente alla segretezza disposta dall'Autorità di parte della documentazione relativa alla segnalazione del denunciante”* e l'eventuale lesione del diritto di difesa che da tale decretazione deriverebbe alle parti del procedimento, *“gli interessati hanno l'onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta, indicando fatto o circostanze posti a base del provvedimento adottato e da loro non conosciuti”*. Il CdS, sez. VI, 7 gennaio 2008, n.102, *Prezzi latte per l'infanzia*, ha stabilito che il diniego di accesso agli atti per ragioni di riservatezza *“può assumere rilievo come violazione del diritto di difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo diverso”*. Ne deriva che la valutazione della rilevanza dei documenti segretati deve essere fatta alla luce degli addebiti mossi all'impresa e della difesa da quest'ultima svolta. In particolare, qualora il diniego d'accesso riguardi *“dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità”* non si può ritenere che sia stato arrecato alcun pregiudizio al diritto di difesa delle parti. In tal caso, dunque, il comportamento dell'Agcm non solo risulterà pienamente legittimo ma sarà conforme a quanto prescritto, a tutela della riservatezza, nell'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998. A tal riguardo, il Consiglio di Stato ha ricordato che *“l'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese”*.

dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria”.

L'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 217/1998, specifica che questi poteri sono esercitati *“a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, anche contestualmente alla notifica stessa”*⁵⁰.

Pertanto, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza, il fatto che l'Agcm non possa esercitare i propri poteri istruttori nei confronti di determinate imprese, se non dopo aver notificato loro l'avvio dell'istruttoria, *“certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza dei loro confronti di significativi indizi”*⁵¹.

Come ricordato, i funzionari dell'Agcm non sono lasciati soli nell'espletamento dell'accertamento, in quanto, come prescritto dal quarto comma dell'articolo da ultimo citato, ai sensi dell'art. 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza.

Le richieste di informazioni e di esibizione di documenti sono regolate dall'art. 9 del d.P.R. n. 217/1998⁵², il quale ne impone la forma scritta (comma

⁵⁰ Nel caso che l'apertura dell'istruttoria sia stata notificata ad una pluralità di soggetti, la seconda parte del primo comma dell'art. 8 del d.P.R. n. 217/1998, i relativi poteri possono essere esercitati nei confronti di ciascuno di essi dal ricevimento della notifica loro indirizzata.

⁵¹ Cfr. CdS, 5171, 16 settembre 2011, *Listino prezzi della Pasta*, per il quale, in altre parole, *“se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvenivano documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento”*.

⁵² L'art. 9, comma 6, del d.P.R. n. 217/1998, prescrive che *“[l]’obbligo di fornire le informazioni e di esibire i documenti richiesti ad imprese o ad enti grava sui titolari delle imprese o loro rappresentanti e, se si tratta di enti con o senza personalità giuridica, su coloro che per legge o in base allo statuto ne hanno la rappresentanza legale”*.

1), rinviando alle modalità di comunicazione di cui al successivo art. 19⁵³, e prescrivendo che cosa tali richieste debbano sinteticamente indicare (comma 2), ossia: *“a) i fatti e le circostanze in ordine ai quali si chiedono chiarimenti; b) lo scopo; c) il termine entro il quale dovrà pervenire la risposta o essere esibito il documento, il quale deve essere congruo in relazione all’urgenza del caso ed alla natura, quantità e qualità delle informazioni richieste, tenuto conto del tempo necessario per predisporle; d) le modalità attraverso le quali dovranno essere fornite le informazioni e la persona o le persone cui potranno essere esibiti i documenti o comunicate le informazioni richieste; e) le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni od esibire i documenti richiesti, nonché quelle previste nel caso siano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri”*.

Le richieste di informazioni e di esibizione di documenti possono essere formulate anche oralmente, nel corso di audizioni o di ispezioni.

In questi casi le medesime e sintetiche indicazioni sopra riportate devono essere rese note all’interessato e verbalizzate e, nel caso di risposta orale ed immediata o di esibizione immediata di documenti, è consentito integrare nel termine stabilito gli elementi forniti (comma 4). Dell’esibizione di documenti e delle informazioni fornite oralmente viene redatto processo verbale, secondo le modalità di cui all’art. 18 del d.P.R. n. 217/1990 (comma 5)⁵⁴.

Più invasive delle richieste di informazione e di esibizione di documenti sono le ispezioni presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti⁵⁵ aziendali utili ai fini dell’istruttoria. Secondo quanto regolato dall’art. 10 del d.P.R. n. 217/1998, tali ispezioni sono proposte dagli uffici e autorizzate dal collegio (comma 1)⁵⁶.

⁵³ Tale norma prevede varie modalità per effettuare le richieste, la trasmissione di documenti e convocazione ai destinatari: a) lettera raccomandata; consegna a mano contro ricevuta; c) telefax con domanda di conferma scritta del suo ricevimento; d) telex o telegramma.

⁵⁴ L’art. 18, comma 1, del d.P.R. n. 217/1998, non prevede la verbalizzazione integrale delle imprese intervenute alle operazioni oggetto di verbalizzazione, ma soltanto delle loro *“principali dichiarazioni”*.

⁵⁵ Per documento, l’art. 10, comma 4, intende *“ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni ed informali, formati e utilizzati ai fini dell’attività dell’impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell’autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico”*.

⁵⁶ Nei confronti delle amministrazioni pubbliche, il primo comma dell’art. 10, del d.P.R. n. 217/1998, dispone che si chiede previamente l’esibizione degli atti.

Il responsabile del procedimento incarica i funzionari dell'Agcm di procedere alle ispezioni, i quali esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto che deve precisare *“l'oggetto dell'accertamento e le sanzioni per il rifiuto, l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri”* (comma 2).

In particolare, tra i poteri di cui dispongono i funzionari dell'Agcm indicati dal quinto comma, dell'art. 10 del d.P.R. n. 217/1998, spicca quello di accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, con esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine. Nel corso delle ispezioni, poi, i funzionari hanno il potere di controllare e prendere copia dei documenti e, come già ricordato, di richiedere informazioni e spiegazioni orali.

Ai fini delle sanzioni previste dall'art. 14, comma 5, della l. n. 287/1990, il terzo comma dell'art. 10, del d.P.R. n. 217/1998, stabilisce che, in ogni caso, non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione l'opposizione: *“a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali; b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative; c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo”*.

Nel corso delle ispezioni, i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'ispezione (comma 6).

Come per l'esibizione di documenti e delle informazioni fornite oralmente, tutta l'attività svolta nel corso dell'ispezione, con particolare riferimento alle dichiarazioni e ai documenti acquisiti, è verbalizzata secondo le modalità di cui all'art. 18 del d.P.R. n. 217/1990 (comma 7).

La collaborazione dei militari della Guardia di Finanza è espressamente richiamata per l'esercizio dei poteri di ispezione dall'ottavo comma dell'art. 10 del d.P.R. n. 217/1998.

Inoltre, in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 11, gli uffici propongono e il collegio autorizza le perizie e le analisi statistiche ed economiche, nonché la consultazione di esperti (comma 1).

Il provvedimento con il quale sono disposte le perizie e le analisi, nonché i risultati definitivi delle stesse, sono comunicati ai fini dell'esercizio delle

facoltà di partecipazione previste dall'articolo 7, comma 2, ai soggetti cui il procedimento si riferisce, nonché a coloro che, avendo un interesse diretto, immediato e attuale ai sensi dell'art. 12, comma 1, della legge antitrust, hanno presentato esposti, denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria o, comunque, sono intervenuti nel procedimento come soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria (comma 2).

1.3.4 I poteri cautelari dell'Agcm.

Nella sua formulazione originaria, la legge antitrust non contemplava il potere dell'Agcm di adottare misure cautelari, né tantomeno prevedeva sanzioni in caso di inottemperanza⁵⁷.

In ambito nazionale, quindi, prima dell'inserimento dell'art. 14-bis nella l. n. 287/1990 da parte dell'art. 14, comma 1, del d.l. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani), convertito, con modifiche, dalla l. n. 248/2006, l'autorità giudiziaria ordinaria era l'unico organo espressamente autorizzato dal legislatore ad adottare misure cautelari in materia *antitrust*, in forza dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990.

Senonché, nel 2006, pochi mesi prima dell'entrata in vigore del Decreto Bersani e, cioè, ancora in mancanza di una copertura legislativa, l'Agcm ha comunque adottato, per la prima volta, un provvedimento d'urgenza nel caso

⁵⁷ Sul tema cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, cit., p. 25; E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, Giappichelli, 2005; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 374; G. OLIVIERI, *I nuovi poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2007, fasc. 1, 51 ss.; G. FAELLA, *Il potere cautelare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 2, 244 ss.; E. FRENI, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, fasc. 4, 343 ss.; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, fasc. 1, 5 ss.

*Merck-Principi attivi*⁵⁸, sul quale è poi intervenuto il giudice amministrativo di primo grado, confermandone la legittimità⁵⁹.

In particolare, il TAR Lazio ha motivato la sua decisione anche facendo leva sul fatto che il Regolamento CE n. 1/2003 non ha soltanto riconosciuto alla Commissione il potere, peraltro già ammesso in precedenza dalla giurisprudenza comunitaria⁶⁰, di adottare misure cautelari⁶¹, ma, in sintonia con il decentramento alla base del processo di modernizzazione, ha previsto che le autorità antitrust nazionali possano adottare misure interinali, ivi compresa, pertanto, l'Agcm, quale istituzione deputata ad applicare la disciplina *antitrust* comunitaria in Italia, ai sensi dell'art. 54 della l. 52/1996⁶².

Tuttavia, le motivazioni del giudice amministrativo non sono sembrate sufficienti a eliminare i dubbi della dottrina sulla legittimità dell'esercizio del

⁵⁸ Prov. dell'Agcm 15 giugno 2006, n. 14388 (A364), *Merck-Principi attivi*, in *Dir. ind.*, 2006, 229 ss., con commento di FLORIDIA-LAMANDINI, *Rifiuto di licenza e abuso di posizione dominante: lezioni dall'esperienza dei certificati complementari di protezione*.

⁵⁹ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713.

⁶⁰ Ancora sotto la vigenza del Regolamento CEE n. 17/62, a partire dal celebre caso *Camera Care* (per il quale cfr. C. Giust. CE, 17 gennaio 1980, C-792/79, in *Raccolta*, 1980, 119), la giurisprudenza comunitaria ha inteso il potere cautelare della Commissione come una componente del potere più generale di emanare provvedimenti diretti a «porre fine all'infrazione», di cui al Regolamento CEE n. 17/62. Per la successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, si deve ricordare anche la Corte giust. CE, 28 febbraio 1984, cause riunite 228 & 229/82, *Ford of Europe e Ford Werke AG/Commissione*, in *Raccolta*, 1984, 1129. Per il Tribunale di primo grado, invece, cfr. le sentenze 12 luglio 1991, causa T-23/90, *Peugeot/Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II-653; 24 gennaio 1992, causa T-44/90, *La Cinq/Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II-1; 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, *IMS Health/Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II-3193.

⁶¹ L'art. 8, comma 1, Regolamento CE n. 1/2003, prevede che «nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari».

⁶² In particolare, il Tar Lazio n. 1713/2006 ha accolto pienamente la posizione assunta dall'Agcm nel provvedimento cautelare, in base ad altre due motivazioni. Al fine di garantire l'effetto utile delle norme *antitrust* comunitarie, il giudice di primo grado ha reputato necessario consentire all'Agcm di disporre misure cautelari, in linea con la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Camera Care*, che ha riconosciuto alla Commissione il potere cautelare, quale strumento congenito al sistema di *enforcement* della disciplina antitrust comunitaria, indipendentemente dall'esistenza di una specifica previsione normativa. Inoltre, il TAR ha motivato la sua decisione riferendosi alla circostanza che il potere di adottare misure cautelari rientra tra gli ordinari strumenti a disposizione della p.a., come confermato dall'art. 7 della l. 241/1990, che riconosce esplicitamente la possibilità d'adottare provvedimenti d'urgenza, ove l'efficace tutela dell'interesse pubblico postuli un intervento indifferibile.

potere cautelare da parte dell'Agcm in mancanza di un intervento armonizzatore del legislatore italiano ⁶³.

Infatti, anche accogliendo la tesi della sussistenza di un potere cautelare in capo all'Agcm nell'ambito dell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario, rimaneva la necessità di giustificare l'assenza di una norma positiva diretta a disciplinare un simmetrico potere cautelare in riferimento alle fattispecie *antitrust* di rilievo nazionale.

Il formale riconoscimento nella legge antitrust del potere dell'Agcm di adottare misure cautelari senza, peraltro, distinguere tra i casi *antitrust* di rilievo comunitario e quelli di rilievo nazionale, ha risolto la problematica di fondo legata alla violazione del principio di legalità per mancanza di una base normativa di tale potere.

Specificamente, l'art. 14-bis della l. n. 287/1990 stabilisce ora che, nei casi di *"urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza"*, l'Agcm può, d'ufficio, ove constati *"ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione"*, deliberare l'adozione di misure cautelari (comma 1), con decisioni che non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate (comma 2).

La medesima norma prevede che, qualora le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari, l'Agcm può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato (comma 3)⁶⁴.

Il legislatore ha, però, lasciato alla prassi dell'Agcm e al relativo controllo da parte del giudice amministrativo, il compito di precisare i presupposti e quello di definire il contenuto e i limiti delle misure cautelari antitrust, per la cui adozione, del resto, l'Agcm apre un apposito sub-procedimento, i cui tratti essenziali sono stati disciplinati da questa stessa

⁶³ Per una rassegna critica delle motivazioni adottate dal TAR Lazio n. 1713/2006, Cfr. G. FAELLA, *Da IMS Health a Merck: misure cautelari e rifiuto di licenza nel diritto antitrust post-modernizzazione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, fasc. 6, 1234 ss.. Cfr. id., *Il potere cautelare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, cit..

⁶⁴ L'impianto sanzionatorio comunitario si presenta più severo di quello nazionale, tanto che, in caso d'inottemperanza a una decisione che dispone misure d'urgenza, la Commissione può irrogare una sanzione sino al 10% del fatturato delle imprese interessate. Inoltre, per costringere le imprese a osservare il provvedimento provvisorio, la Commissione può, mediante decisione, comminare alle stesse penalità di mora sino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente, per ogni giorno di ritardo dalla data fissata nella medesima decisione (art. 24, par. 1, del Reg. 1/2003).

autorità nella Comunicazione del 2006, relativa all'applicazione dell'art. 14-bis della l. n 287/1990⁶⁵.

Secondo quanto indicato in quest'ultima comunicazione, l'Agcm, qualora ritenga *prima facie* sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il procedimento cautelare, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, indicando alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti.

A tutela del contraddittorio, le parti possono anche chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio.

A tal fine, il responsabile del procedimento fissa alle parti un termine entro il quale esse possono presentare la richiesta in questione e, nel caso della sua presentazione, la data dell'audizione viene fissata dal Collegio e comunicata alle parti interessate.

Valutati gli elementi acquisiti, l'Agcm delibera in merito alle misure cautelari e delibera, altresì, che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla delibera.

Inoltre, a differenza di quanto disciplinato in ambito europeo per la Commissione⁶⁶, la comunicazione dell'Agcm contempla una procedura più veloce e meno garantista di quella sinora riportata, nel caso di estrema gravità ed urgenza, tale da rendere indifferibile l'intervento.

In quest'ultimo caso, la comunicazione prevede che l'Agcm adotta, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, misure cautelari provvisorie, prima ancora, quindi, di sentire le parti interessate, che, però, entro il termine di 7 giorni dalla notifica del provvedimento con cui è adottata la misura cautelare provvisoria, possono comunque presentare memorie scritte e documenti e chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio.

Valutate le argomentazioni delle parti, l'Agcm conferma le misure cautelari e, anche in questo caso, delibera che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla misura.

Peraltro, nel 2007, in occasione del caso *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta*, ossia il terzo caso di adozione di misure cautelari da parte

⁶⁵ Adottata con il provv. dell'Agcm 14 dicembre 2006, n. 16218, Procedure di applicazione dell'art. 14-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in Bollettino, 2006, 48.

⁶⁶ L'art. 27 del Regolamento CE n. 1/2003 stabilisce che, prima di adottare qualsiasi decisione ai sensi dell'art. 8, la Commissione deve dare modo alle imprese o associazioni di imprese oggetto del procedimento di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa.

dell'Agcm (il secondo dopo l'introduzione dell'art. 14-bis), il TAR Lazio ha ridotto entro margini ristretti di eccezionalità i casi ove che quest'ultima autorità può adottare tali misure *inaudita altera parte*⁶⁷.

Come si è ricordato, l'adozione delle misure cautelari previste dall'art. 14-bis della legge n. 287/1990, da parte dell'Agcm, è subordinato alla sussistenza di due condizioni, che sono riconducibili a quei due presupposti sostanziali generalmente richiesti per l'adozione dei provvedimenti amministrativi (e giurisdizionali) cautelari: la parvenza di buon diritto (c.d. "*fumus boni iuris*"), ossia l'esistenza di valide ragioni per considerare sussistente la violazione alle norme a tutela della concorrenza sulla base di un sommario esame della situazione; e il requisito del pericolo nel ritardo (il c.d. "*periculum*

⁶⁷ TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2007, n. 8952, *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta*, ha dapprima affermato che "la norma nazionale, di cui all'art. 14 bis L. 287/1990, [deve] essere interpretata anche alla luce dei principi rivenienti dalla normativa comunitaria, sicché la determinazione di avviare un procedimento per l'adozione di un provvedimento cautelare in materia antitrust deve essere preceduta dalla relativa comunicazione onde consentire, sia pure in un tempo contenuto e compatibile con le esigenze cautelari, la possibilità per i soggetti interessati di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti". Il TAR Lazio precisa che tale opzione ermeneutica può ritenersi contrastante con il principio posto dall'art. 7, co. 2, L. 241/1990, secondo cui resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di avvio del procedimento, provvedimenti cautelari. Come ricorda il giudice di primo grado, infatti, la norma di cui all'art. 7, comma 2, della l. n. 241/1990, è espressione di un principio di carattere generale, mentre l'art. 14-bis della l. n. 287/1990 è una norma speciale, relativa alla specifica ipotesi del procedimento avviato dall'Agcm in materia *antitrust*, con conseguente prevalenza di quest'ultima sulla norma generale. Ciononostante, lo stesso TAR Lazio ha proseguito stabilendo anche che, "ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, ove cioè il rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza possa prodursi ad horas per cui sarebbe pregiudizievole attendere anche il limitato tempo necessario per l'audizione delle parti, occorre ritenere che il provvedimento cautelare possa essere adottato *inaudita altera parte*, salvo poi procedere alla conferma o allo revoca dello stesso a seguito dell'audizione delle parti sugli addebiti secondo lo schema di cui all'art. 14 bis L. 287/1990 interpretato in ragione dell'opzione ermeneutica in precedenza descritta". In particolare, per il TAR Lazio, la possibilità di agire eccezionalmente *inaudita altera parte* trova la sua fonte nella prima parte dell'art. 7, co. 1, l. n. 241/1990 che, facendo riferimento a ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, pone una norma di chiusura del sistema applicabile ad ogni tipo di procedimento, anche a quelli preordinati a soddisfare esigenze di carattere cautelare. Il TAR Lazio sottolinea che l'adozione, in via eccezionale, del provvedimento cautelare *inaudita altera parte*, deve comunque essere motivata, illustrando "le ragioni di estrema gravità ed urgenza che giustificano l'adozione dell'atto a prescindere dall'audizione delle parti in quanto il perseguimento della finalità di tutela cautelare a cui l'atto è rivolto potrebbe essere compromesso da un sia pur minimo differimento temporale".

in mora”), quindi, il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza qualora la condotta alla quale la misura cautelare deve essere applicata non venga neutralizzata al più presto.

Per una ricostruzione di tali presupposti, la dottrina ha richiamato i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza comunitaria che, per quanto riguarda il requisito del *fumus boni iuris*, in particolare, si è consolidata nel senso di ritenere che, per l’adozione di provvedimenti di urgenza da parte della Commissione, pur rimanendo necessaria la raccolta di indizi gravi, precisi e concordanti, sia sufficiente un giudizio *prima facie* di illiceità antitrust⁶⁸, senza cioè che sia richiesto quello stesso grado di certezza che occorre per il provvedimento finale di condanna⁶⁹.

D’altra parte, quella stessa dottrina⁷⁰, che si aspettava che l’Agcm si conformasse ai principi di origine comunitaria, si è soffermata sulla procedura cautelare antitrust nazionale, sostenendo che, sebbene tale procedura possa essere attivata contestualmente all’avvio dell’istruttoria prevista dall’art. 14 della l. n. 287/1990 (come spesso è accaduto nella pratica), il mero accertamento preliminare e non definitivo, su cui si basa la decisione di avviare detta istruttoria, non sarebbe di per sé sufficiente a legittimare l’adozione di provvedimenti di urgenza da parte dell’Agcm, in quanto sarebbe richiesto un grado di certezza maggiore.

Ad ogni modo, in materia di violazione della normativa antitrust comunitaria, con specifico riguardo al diverso grado di certezza che è richiesto per adottare i poteri cautelari e quelli decisori finali, anche la nostra giurisprudenza ha avuto modo di chiarire espressamente che “*le valutazioni compiute in sede cautelare sono sommarie e non sono vincolanti in sede di decisione finale*”, precisando pure come “[non] *sia necessario motivare puntualmente sulle ragioni di scostamento dalle valutazioni compiute in sede cautelare*”⁷¹.

Il *periculum in mora* è stato contemplato dall’art. 14-bis, facendo espresso riferimento a quelle fattispecie ove l’urgenza sia dovuta al “*rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza*”, e, quindi, in termini identici a quelli del Regolamento CE n. 1/2003, anche se poi, già in sede di tutela

⁶⁸ Cfr. Caso *La Cinq*.

⁶⁹ Cfr. Caso *Peuget*.

⁷⁰ In particolare, cfr. G. FAELLA, *Il potere cautelare dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 246 e G. OLIVIERI, *I nuovi poteri cautelari dell’AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 60.

⁷¹ Consiglio di Stato sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.

giurisdizionale comunitaria, la stessa urgenza è stata più che altro intesa soltanto come “*un aspetto della condizione relativa al rischio di un danno grave ed irreparabile*”⁷².

Il fatto che quest’ultimo ordine di danno sia stato definito dalla normativa nazionale e da quella comunitaria come danno “*per la concorrenza*”, ha influenzato e, comunque, giustificato un’interpretazione per la quale, in linea con gli interessi pubblici sottesi alla tutela della concorrenza affidata all’Agcm, tale danno è identificato come grave e irreparabile pregiudizio per il gioco della concorrenza nel mercato rilevante, a prescindere dal fatto che l’illecito considerato sia ritenuto offensivo nei confronti dei concorrenti diretti, attuali e potenziali, oppure anche verso una pluralità più vasta di soggetti, come le altre categorie di imprese complementari e i consumatori.

Con particolare attenzione del soggetto richiedente le misure cautelari⁷³, nel caso in cui sia compromesso il corretto funzionamento della concorrenza, è interessante ricordare che, per la giurisprudenza comunitaria, il rischio di danno grave ed irreparabile per tale soggetto non equivale necessariamente al pericolo di cessazione d’attività o di fallimento dell’impresa⁷⁴, e, salvo casi eccezionali, un danno di natura puramente finanziaria non può essere considerato come irreparabile o difficilmente riparabile, qualora possa essere successivamente oggetto di compensazione finanziaria⁷⁵.

Per quanto riguarda il contenuto delle misure cautelari, si ricorda che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto alle misure cautelari natura conservativa, stabilendo che non debbano andare oltre quanto necessario all’obbiettivo del singolo caso, dovendo mirare esclusivamente alla ricostruzione dello *status quo ante*⁷⁶.

In particolare, conformemente al principio di proporzionalità come specificato in materia antitrust, le misure cautelari devono essere: a) necessarie,

⁷² Cfr. Caso *La Cinq*; Ord. Pres. TPI, NDC Health/IMS Health, cit., punto 119. In dottrina, cfr. G. OLIVIERI, *I nuovi poteri dell’AGCM fra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 51 ss.; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 4.

⁷³ Nella prassi applicativa, la Commissione ha concesso provvedimenti cautelari soprattutto nel caso di azioni di boicottaggio dell’impresa dominante a discapito dei potenziali nuovi entranti, o per i casi d’interruzione improvvisa di rapporti di fornitura da un produttore dominante a uno o più distributori.

⁷⁴ Sent. TPI *La Cinq*, cit., punti 70 e 78-83; Dec. Comm. NDC Health/IMS Health, cit., punti 188 e 189.

⁷⁵ Ord. Pres. TPI, NDC Health/IMS Health, cit., punto 119.

⁷⁶ Cfr. casi *Peugeot* e *La Cinq*.

nel senso che non devono sussistere opzioni meno restrittive della libertà delle imprese per prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza; b) proporzionate, ossia non eccessive rispetto all'obiettivo perseguito.

Ciò precisato, posto che le disposizioni nazionali non sembrano limitare la tipologia di misure cautelari che l'Agcm può disporre, è condivisibile che, in presenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* previsti dalla legge, e nel rispetto del principio da ultimo ricordato, l'Agcm possa effettivamente disporre le più variegata misure cautelari, in quanto ritenute idonee a neutralizzare una probabile condotta anticoncorrenziale, sempre, però, entro i limiti temporali dell'attività istruttoria destinata a confermare o meno l'infrazione della normativa antitrust nazionale (o comunitaria).

1.3.5 La chiusura della fase istruttoria.

Secondo quanto disciplinato dall'art. 14 del d.P.R. n. 217/1998, la fase istruttoria si conclude - a differenza di quanto è previsto per i procedimenti in materia di tutela del consumatore - con l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) e con l'audizione finale.

In particolare, gli uffici istruttori, dopo aver raccolto tutte le informazioni necessarie, sottopongono una proposta all'esame del Collegio, il quale "*verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti*" autorizza l'invio della CRI alle imprese (art. 14, comma 1 del Regolamento).

Le risultanze dell'istruttoria devono essere comunicate, unitamente al termine di chiusura dell'istruttoria, ai soggetti di cui all'articolo 6, comma 4, del Regolamento, ossia alle parti necessarie (imprese incriminate e denunciati), almeno trenta giorni prima della scadenza del termine stesso⁷⁷ (art. 14, comma 2); mentre, sino a cinque giorni prima di tale scadenza (quindi con venticinque giorni a disposizione dalla CRI), detti soggetti possono presentare memorie scritte e documenti (art. 14, comma 4).

⁷⁷ La comunicazione delle risultanze istruttorie può essere effettuata mediante pubblicazione nel bollettino ovvero mediante altre forme di pubblicità idonee, stabilite di volta in volta, nel caso in cui per il rilevante numero dei destinatari la comunicazione personale risulti impossibile o eccessivamente gravosa. In tal caso, nella pubblicazione si deve tenere conto dell'interesse delle imprese a che non vengano divulgati segreti commerciali (comma 3).

Sostanzialmente la CRI contiene l'indicazione degli elementi di fatto e degli elementi probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, precede l'audizione finale e prepara al provvedimento finale, del quale infatti la giurisprudenza esclude la diretta impugnabilità; ed ha la funzione *“di sottoporre alle parti in modo organizzato gli elementi probatori acquisiti, che potranno essere alla base del provvedimento, e di prospettare una prima e preliminare determinazione”*⁷⁸.

Per quanto attiene alla relazione dell'atto di avvio dell'istruttoria e la CRI, quest'ultima non può contenere nuove fattispecie diverse da quelle contestata con l'inizio dell'istruttoria, poiché, come sottolineato dalla giurisprudenza, verrebbe compromesso il diritto di difesa delle parti che si vedrebbero private di tutti gli strumenti di partecipazione al procedimento⁷⁹.

Ecco perché, se nell'espletamento dell'istruttoria emergono fatti costituenti nuove infrazioni, l'Agcm ha l'onere di estendere l'oggetto del procedimento, in modo da permettere alle parti di esercitare il loro diritto di difesa.

Senonché, posto che la CRI non ha la stessa funzione del provvedimento finale, con tale comunicazione non devono essere necessariamente ripercorse tutte le posizioni espresse dalle parti, in quanto l'Agcm *“può, ai fini del rispetto del contraddittorio, confutare le controdeduzioni delle parti nel provvedimento finale (art. 10 l. 241/1990), dopo che la posizione di queste ultime si è definita anche in sede di audizione finale”*⁸⁰.

Anche per quanto attiene alla lesione dei diritti di difesa che può eventualmente derivare dalla non piena corrispondenza tra la decisione finale e

⁷⁸ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139.

⁷⁹ Nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio ha stabilito che un addebito, dopo essere stato contestato nell'atto di avvio di un procedimento, *“deve ritenersi cristallizzato in quanto una sua modificazione potrebbe compromettere l'effettivo esercizio del diritto di difesa, ... sicché, ove nel corso dell'istruttoria dovessero emergere circostanze nuove, rilevanti sotto il profilo antitrust, l'organo competente dovrebbe procedere ad attivare un diverso procedimento con una nuova, tempestiva, contestazione degli addebiti”*. Senonché, secondo quanto precisato dallo stesso Tar Lazio, *“se la ratio della specificità e della immodificabilità della contestazione degli addebiti è quella di consentire il pieno esplicitarsi del contraddittorio sui fatti contestati..., occorre escludere che l'ampliamento 'in corso d'opera' delle infrazioni contestate possa riflettersi nell'illegittimità del provvedimento finale quando in modi e tempi adeguati, sia stato pienamente consentito l'esercizio del diritto di difesa anche in relazione ai fatti nuovi”*, come accaduto nel caso considerato, con la CRI. Ciò - continua il Tar - è conforme al principio di strumentalità delle forme, per il quale, *“prevalendo la sostanza sulla forma, la violazione di una norma procedimentale può tradursi in un vizio di legittimità dell'azione amministrativa solo quando abbia realmente compromesso le esigenze che la norma violata mirava a salvaguardare”*.

⁸⁰ Cfr. TAR Lazio, sentenza n. 6139/01.

le conclusioni contenute nella CRI, la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che non ogni difformità esige una riapertura del contraddittorio essendo questa necessaria, semmai nell'ipotesi in cui il mutamento comporti una proposta aggiuntiva di sanzione⁸¹.

In particolare, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, Il Tar Lazio, ha ben precisato la portata del principio della coerenza tra la contestazione delle risultanze istruttorie e il provvedimento finale, affermando che quest'ultima non deve essere necessariamente una copia della CRI, *“ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto alla difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)”*.

⁸¹ Con la sentenza del Consiglio di Stato n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il collegio ha stabilito che la CRI costituisce *“la finale contestazione degli addebiti con la delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale”*. In particolare, dopo la CRI, le parti *“hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l'imputazione e fornendo prove a discarico”*. Con sentenza del 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Consiglio di Stato ha precisato che la fase istruttoria serve a individuare la corretta imputazione degli addebiti che si cristallizza con la CRI, al ricevimento della quale le parti hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa. Invece, il provvedimento finale non può contenere imputazioni diverse da quelle contestate con tale comunicazione, che costituisce *“la definitiva delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale”*.

L'orientamento del giudice di primo grado è stato successivamente condiviso e precisato dal Consiglio di Stato⁸², con particolare significato nella sentenza *Prezzi del latte per l'infanzia*, ove ha ribadito che “*le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell'imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l'Autorità [...] ad esito del procedimento mantenendosi all'interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese [...] pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie*”.

Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, invece, il Consiglio di Stato ha aggiunto che “*in procedimenti particolarmente complessi, ... ed aventi ad oggetto una pluralità di condotte contestate, non è certo necessario che l'Autorità già nel corso dell'istruttoria o alla fine di questa (CRI) segua lo stesso ordine logico del provvedimento finale e tragga tutte le conclusioni*”; ciò che conta, infatti, è che “*le parti siano messe in grado di comprendere la natura delle contestazioni mosse, anche con riferimento agli accertamenti istruttori, e possano così difendersi*”.

La fase istruttoria del procedimento *antitrust* termina, come previsto dal Regolamento, con l'audizione finale davanti al collegio, dove vengono sentite le imprese, gli enti interessati e anche gli altri soggetti che eventualmente hanno preso parte al procedimento e che ne abbiano fatta motivata richiesta (articolo 14, commi 5 e 6).

⁸² Nella decisione parziale emessa sul caso *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che “*il principio di corrispondenza tra imputazione e sanzione, anche alla luce delle coordinate elaborate dalla giurisprudenza penale, non osta [...] alla possibilità che l'Autorità, all'esito di un procedimento che non ha decampato dalla cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese sottopostevi, pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale*”. Il giudice ha pertanto escluso che il provvedimento avesse modificato sostanzialmente ciò che era stato originariamente contestato, ritenendo che in esso se ne fosse solo effettuata una diversa ricostruzione. Più esattamente, l'alterazione concorrenziale è stata ricondotta “*ad un'intesa soggettivamente più ristretta e quindi evidentemente ricompresa, in base al principio di continenza, nella più larga intesa originariamente considerata*”. Il Consiglio di Stato ha, altresì, ritenuto compatibile un'ispezione svoltasi in assenza di previa autorizzazione giudiziaria, con il diritto al rispetto del domicilio assicurato dall'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Per il giudice amministrativo, questa norma, nell'interpretazione datane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non enuncia astrattamente un principio di illegittimità degli atti di ispezione compiuti per finalità *antitrust*, senza previa autorizzazione giudiziale.

A tal fine, l'apposita richiesta deve pervenire entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data della audizione, che è comunicata alle imprese (comma 5)⁸³.

Tale audizione si svolge dinnanzi ai membri dell'Agcm, che hanno così l'opportunità di ascoltare tanto le tesi accusatorie degli Uffici, quanto quelle difensive delle imprese oggetto di istruttoria e ulteriori punti di vista di altri partecipanti, nonché di rivolgere loro domande e richieste di chiarimenti.

Dell'audizione è redatto processo verbale, contenente le principali dichiarazioni rilasciate dalle parti, secondo le modalità di cui all'art. 18 del d.P.R. n. 217/1998 (comma 8).

1.4 La fase decisoria e l'irrogazione della sanzione in particolare.

Prima dell'espletamento della fase decisoria, l'Agcm procede alla richiesta di parere all'Agcom o all'Ivass nel caso in cui la procedura interessi, rispettivamente, le imprese che operano nel settore delle comunicazioni imprese assicurative o quelle assicurative.

Tale parere è obbligatorio in quanto deve essere richiesto dall'Agcm, in modo da permettere a quest'ultima di acquisire elementi informativi e valutativi ulteriori, provenienti da altre autorità indipendenti, che sono direttamente a contatto con i meccanismi di funzionamento di tali particolari mercati e con le relative logiche di regolazione⁸⁴.

Il parere fornito, a seconda dei casi, dall'Agcom o dall'Ivass non è vincolante, poiché l'Agcm può discostarsi da quanto in esso contenuto, anche se grava su quest'ultima autorità l'onere di motivare, che, però, per la

⁸³ Il collegio può sentire le imprese ed enti interessati separatamente o congiuntamente. In quest'ultimo caso si deve tenere conto dell'interesse delle imprese a che non vengano divulgati i segreti commerciali relativi alla propria attività (comma 7).

⁸⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438: *"I compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AgCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'Agcm: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'Agcm può discostarsi con adeguata motivazione"*. In termini identici, v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271

giurisprudenza, riguarderebbe soltanto i profili distinti da quello propriamente concorrenziali⁸⁵.

Completata l'istruttoria e ottenuto - se dovuto - il suindicato parere, il collegio, ai sensi del nono comma dell'art. 14 del d.P.R. n. 217/1998, adotta il provvedimento finale, che deve essere motivato.

In linea con l'orientamento della Corte di giustizia nei riguardi della Commissione⁸⁶, la giurisprudenza nazionale ha stabilito che l'Agcm debba motivare espressamente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste alla base della decisione, in riferimento alle risultanze istruttorie, senza che sia necessaria confutare analiticamente tutte le deduzioni e gli argomenti delle parti, purché dalla motivazione si ricostruisca puntualmente l'iter logico seguito dall'Agcm⁸⁷.

Il contenuto di quest'ultimo provvedimento varia a seconda della fattispecie concretamente accertata dall'Agcm, ma, seppur non in modo dettagliato, rimane comunque tipizzato dal legislatore.

⁸⁵ CdS, sez. VI, n. 2199/2001. T.A.R. Roma (Lazio), sez. I, 17 maggio 2006, n. 3543: *“Qualora l'intesa abbia luogo in un particolare settore economico vigilato da una specifica Autorità pubblica, le valutazioni di detto organismo (nella specie, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo; Isvap), che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta ad acquisire, assumono una diversa valenza a seconda che si riferiscano alla disciplina ed alle caratteristiche del settore regolato ovvero alla applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza; in entrambi i casi, l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'Autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza”*.

⁸⁶ Cfr. Corte di Giust., 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma N.V.*, C-41/69, in Racc. 1970, p. 661.

⁸⁷ Nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato principio secondo il quale l'obbligo dell'Agcm di esaminare le memorie e i documenti difensivi, ex articolo 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241, *“non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza”*. Principio analogo è stato affermato dal Consiglio di Stato anche in un'altra pronuncia (*Q 8 Quaser s.r.l.*), ove ha chiarito che *“non è esigibile che l'Autorità confuti punto per punto le deduzioni di parte, essendo sufficiente una motivazione complessiva, ancorché sintetica”*. In termini simili, il Tar Lazio, nella decisione sul caso *Lottomatica/Sisal*, ha statuito che *“le prerogative difensive delle parti assoggettate a procedimenti antitrust non si estendono al punto da imporre all'Autorità di replicare punto per punto a tutte le obiezioni prospettate, essendo sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti”* (in linea con questo orientamento, v. anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Mercato del calcestruzzo*).

In particolare, all'esito dell'istruttoria, l'Agcm può addivenire ad un decisione motivata di accertamento della compatibilità delle condotte esaminate con le norme a tutela della concorrenza, ossia una decisione per la quale dette condotte non hanno violato le disposizioni nazionali e comunitarie in materia di intese vietate e abuso di posizione dominante.

Diversamente, però, è anche possibile che l'Agcm, pur sempre senza accertare il compimento di alcun illecito, emetta una decisione per la quale tale mancato accertamento non sia dovuto dalla compatibilità delle fattispecie con le regole della concorrenza, ma dalla mancanza di prove sufficienti a dimostrare la violazione di dette disposizioni.

Ciò ricordato, deve comunque tenersi, altresì, presente che la stessa decisione di compatibilità non è di per sé sufficiente a impedire che l'Agcm intervenga successivamente, nel caso in cui ritenga che siano mutati gli elementi delle fattispecie o quando abbia acquisito nuovi elementi di prova.

Nel caso particolare delle intese, invece, qualora l'Agcm abbia verificato che l'intesa vietata dall'art. 2 della l. n. 287/1990 soddisfa tutte le condizioni contemplate dall'art. 4 (miglioramento delle condizioni di offerta, sostanziale beneficio per i consumatori, necessità delle restrizioni e non eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato), adotta la decisione consistente nell'autorizzare in deroga l'intesa esaminata per un periodo limitato.

Ad ogni modo, nella maggior parte dei casi, la decisione dell'Agcm che chiude il procedimento consiste nell'accertamento e nella conseguente inibizione dell'infrazione, attraverso l'emanazione di una diffida con cui, ai sensi dell'art. 15, comma 1, della l. n. 287/1990, l'Agcm fissa un termine all'impresa per *"l'eliminazione dell'infrazione"*.

Il potere inibitorio previsto dalla norma da ultimo citata, a prima lettura, sembrerebbe dover corrispondere al potere di emettere soltanto un ordine a contenuto negativo. Anche se poi, considerata la complessità delle fattispecie concretamente esaminate, è stato avvertito come necessario che l'Agcm emettesse dei veri e propri ordini a contenuto positivo; con l'indicazione delle misure che le imprese devono seguire per neutralizzare la condotta lesiva della concorrenza.

Accanto a questo potere inibitorio, nei casi di *"infrazioni gravi"*, il secondo comma del summenzionato articolo prevede che l'Agcm eserciti il potere di irrogare sanzioni pecuniarie.

Più precisamente, l'art. 15, comma 2, l. n. 287/1990 stabilisce che, nei casi di infrazioni gravi, *"tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione"*,

l'Agcm disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione

Lo stesso legislatore, quindi, ha specificato quelli che sono gli elementi costitutivi soggettivi e oggettivi delle infrazioni, rispettivamente individuati nelle imprese e nella gravità della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza o dell'abuso di posizione dominante; nonché quelli che sono i criteri normativi di massima per la quantificazione della sanzione, ossia la stessa gravità dell'infrazione, la sua durata, e il fatturato rilevante.

La gravità dell'infrazione, intesa sia come presupposto per la configurazione dell'illecito, che come parametro per commisurare l'entità della sanzione, non è ulteriormente specificata dalla legge antitrust; finendo per dipendere dalla valutazione sulla capacità della condotta concretamente tenuta dall'impresa a restringere la concorrenza, sulla base di un catalogo di indici col tempo individuati dalla prassi dell'Agcm.

A parte gli stessi effetti dell'infrazione, tra questi ultimi indici figurano la dimensione e il numero delle parti coinvolte, il volume ed il valore dei prodotti e dei servizi interessati dall'infrazione, il contesto economico e legale in cui si colloca l'infrazione, la consapevolezza della parte di violare le norme della concorrenza.

Tuttavia, nella legge antitrust non sono definiti i criteri soggettivi e oggettivi di imputazione degli illeciti amministrativi, rendendo pertanto necessario riferirsi, per quest'ultimi aspetti, alle disposizioni, "*in quanto applicabili*", contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. n. 689/1981, premesso che, proprio in forza del significato che è stato attribuito alla citata clausola di applicabilità, il contributo della giurisprudenza ha assunto un'importanza decisiva per chiarire quali siano gli effettivi limiti di compatibilità della disciplina generale del 1981 con il sistema antitrust.

In proposito, la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale hanno fatto da punto di riferimento per il giudice amministrativo che, anche quando si è trattato di decidere delle sanzioni antitrust, si è allineato sempre più ai principi dell'ordinamento comunitaria.

1.4.2 L'elemento soggettivo dell'illecito.

Tra le disposizioni della legge n. 689/81 che più direttamente possono incidere sull'applicazione delle sanzioni previste dalla legge antitrust vi sono quelle contenute nell'art. 3 della legge del 1981 (elemento soggettivo), che, per le violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa, stabilisce che *“ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”*⁸⁸.

Per la giurisprudenza amministrativa quest'ultima norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa; rendendo, quindi, superflua la concreta dimostrazione del dolo o della colpa.

Ad ogni modo, in base alla norma di rinvio dell'art. 31 della l. n. 287/1990, l'elemento soggettivo contemplato dall'art. 3 della l. n. 681/1981 dovrebbe costituire un presupposto in senso tecnico, come quello della gravità dell'infrazione espressamente previsto dall'art. 15 della legge n. 287/90, per l'irrogazione delle sanzioni da parte dell'Agcm.

Senonché, l'effettiva applicazione della disposizione sopra citata agli illeciti antitrust - comportando la necessità di ricondurre il compimento di questi ultimi a delle condotte che appaiano volontarie e coscienti - mostra chiaramente i limiti del rinvio in questione, poiché finisce con contrastare, in modo evidente, con quelli che sono gli aspetti che più caratterizzano il sistema sanzionatorio della n. 287/90 rispetto al sistema generale della legge n. 689/81.

Infatti, mentre la l. n. 689/1981 non configura una responsabilità diretta della persona giuridica per illeciti amministrativi, la l. n. 287/1990 prevede esplicitamente una simile responsabilità per le imprese, posto che sono queste sono ultime che, operando concretamente nei mercati, ne possono distorcere il funzionamento concorrenziale.

Posto che la responsabilità delle persone giuridiche possa anche essere ritenuta compatibile con l'art. 12 della l. n. 689/1981, la dottrina ha comunque sottolineato come le principali difficoltà applicative derivino dalla circostanza che quest'ultima norma è stata pensata dal legislatore con specifico riferimento alle persone fisiche.

⁸⁸ Il tenore della norma ricalca quello dell'art. 42, comma 4, del codice penale, ai sensi della quale: *“Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”*.

A ciò si aggiunga, che in ambito europeo - sin dall'applicazione dell'art. 15 del Regolamento n. 17/1962 (che subordina l'irrogazione delle sanzioni alla condizione che l'infrazione sia stata commessa "intenzionalmente o almeno negligenemente") - l'orientamento della Corte e del Tribunale si è consolidato nel ritenere che, per applicare quest'ultima norma "*non è necessario che l'impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto sancito da queste norme, ma è sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento incriminato avesse per oggetto di restringere la concorrenza*"; mettendo, quindi, in secondo piano la stessa distinzione tra intenzionalità e negligenza, ritenuta invece rilevante ai fini della commisurazione della sanzione.

Con specifico riferimento alla materia antitrust, il giudice amministrativo ha stabilito che, per quanto concerne la punibilità delle condotte sanzionate in via amministrativa (come del resto per le condotte penalmente rilevanti punite a titolo di contravvenzione), salvo eccezioni normativamente previste, è indifferente che sussista dolo o colpa, purché vi sia l'uno o l'altro elemento psicologico⁸⁹. Anche se, poi, nel chiarire la portata di tali ultimi elementi ha dimostrato di allinearsi all'orientamento della giurisprudenza comunitaria.

Più in generale, in relazione all'elemento soggettivo dell'intesa in particolare, il giudice amministrativo ha interpretato gli elementi di prova dell'intesa anticoncorrenziale, attraverso un'operazione ermeneutica con cui ha precisato anche l'oggetto e gli effetti dell'intesa.

In proposito, si deve tenere conto del approccio non formalista che è stato accolto dal Consiglio di Stato nell'identificazione delle fattispecie vietate dalle norme antitrust.

Per il divieto di cui all'art. 2 della l. n. 287/90, il giudice d'appello ha ribadito di non considerare essenziale e indispensabile la distinzione tra accordi e pratiche concordate, "*essendo ben più importante distinguere tra forme di*

⁸⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4800, in Foro amm. CDS, 2011, fasc. 7-8, pp. 2577 ss.

*collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione*⁹⁰.

Sul piano più strettamente probatorio, già nella sentenza n. 873 del 16 aprile 1999, *Associazione Vendomusical/Case discografiche multinazionali-Federazione industria musicale italiana*, il Tar Lazio ha avuto modo, con riguardo all'esistenza di una pratica concordata, di confermare chiaramente quel principio, nel frattempo consolidatosi, per il quale, per individuare correttamente una pratica concordata, è sufficiente l'esistenza di una serie di indizi gravi, precisi e concordanti, senza che sia necessaria l'esistenza di una prova diretta dell'intesa⁹¹.

Quanto agli effetti della pratica concordata nel mercato, poi, il giudice di primo grado ha evidenziato che, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, in linea generale, deve considerarsi *“sufficiente, a fini probatori, anche soltanto la capacità potenziale dell'accordo o della pratica concordata di restringere la concorrenza nel mercato, in quanto riscontri concreti delle effettive conseguenze prodottesi sono necessari soltanto nella diversa e distinta ipotesi dell'abuso di posizione dominante”*⁹².

Posto che per consolidato orientamento giurisprudenziale, acquisire, sul terreno probatorio una “prova piena” dell'intesa, è particolarmente difficile, il

⁹⁰ Cfr. Decisione *Pellegrini-Consip*, cit. In conformità con questa impostazione, il Tar del Lazio nella sentenza 29 ottobre 2003, n. 9203, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha ribadito il principio secondo cui una serie di comportamenti di più imprese ben può essere considerata quale espressione di un'infrazione unica, riconducibile in parte al concetto di accordo e in parte a quello di pratica concordata, sicché, non essendo indispensabile tale distinzione, è legittima la scelta dell'Agcm di qualificare la fattispecie complessivamente considerata in termini di intesa. In questa stessa decisione, il Tar ha anche chiarito che, ai fini della configurabilità un'intesa, non è richiesta una posizione paritetica delle imprese partecipanti, potendo sussistere *“anche in situazioni di più o meno accentuato squilibrio tra i soggetti che addivengono all'accordo”*, nella misura in cui le imprese siano accomunate da *“interessi convergenti utilmente regolabili”*.

⁹¹ Precisamente, *“la prova della pratica concordata può ritenersi correttamente acquisita anche quando non emergano riscontri diretti della sussistenza di concreti elementi intenzionali proiettati a falsare il mercato”*. Di contro, l'onere della prova sussiste per quelle intese consistenti in accordi o in deliberazioni di consorzi, di associazioni di imprese e di altri organismi similari.

⁹² Tale principio è stato ripreso nella sentenza n. 1541 dell'8 marzo 2000, *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, nella quale il Tar ha deciso che un *“coordinamento di iniziative in funzione anticoncorrenziale”*, ove l'accertamento si dimostra sostenuto da una serie di elementi probatori seri precisi e concordanti, assume autonoma valenza anticoncorrenziale, in un contesto in cui *“le circostanze che le iniziative non siano andate in porto [...] risulta irrilevante ai fini del diritto della concorrenza”*.

problema della prova della concertazione assume rilevanza soprattutto nei mercati che acquistano una connotazione monopolistica, poiché *“l’allineamento delle condizioni commerciali è conseguenza dei normali meccanismi competitivi”*.

A tale ultimo riguardo, annullando parzialmente la sentenza del TAR Lazio n. 4504, del 30 maggio 2000, *Tim/Omnitel*, in relazione alla pratica concordata per la fissazione delle tariffe fisso-mobile e all’impianto probatorio sotteso al suo accertamento, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1699, del 22 marzo 2001, ha confermato che è *“sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l’intervento di illecite forme di concertazione e di coordinamento”*, senza che, in tal contesto, *“la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l’esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l’anomalia dell’appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un’intesa illecita sul versante concorrenziale”*.

Il giudice di secondo grado ha operato una distinzione tra *“elementi di prova endogeni”* ed *“elementi indiziari esogeni”*.

Rispetto agli elementi di prova endogeni, il Consiglio di Stato ha affermato che elementi a sostegno della sussistenza di un parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali possono essere costituiti *“a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un’intesa anticoncorrenziale; c) dal contrasto tra l’omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorren- ti e dei relativi fattori di costo”*.

Mentre, per quanto riguarda l’esistenza di elementi indiziari esogeni, il Consiglio di Stato si è riferito a contatti tra le imprese, e più esattamente a *“scambi di informazioni circa iniziative, strategie, politiche dei prezzi e altri aspetti dell’attività commerciale, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un’intesa illecita”*; al ricorrere di tali elementi, l’onere probatorio relativo all’assenza di coordinamento e alla liceità

complessive delle condotte viene spostato in capo alle imprese, secondo il principio giurisprudenziale dell'inversione dell'onere della prova⁹³.

La dicotomia tra elementi di prova endogeni ed esogeni è stata più volte ripresa dal Consiglio di Stato, che ha confermato i consolidati principi in materia di prova delle intese, partendo dalla premessa di fondo per la quale *“la prova della sussistenza di un'intesa va valutata non secondo un'accezione rigorosa*

⁹³ In base a questi presupposti, il Consiglio di Stato ha deciso che, nel caso considerato, il parallelismo di prezzi fra i due operatori di telefonia riscontrato dall'Autorità potesse essere *“alternativamente spiegabile quale frutto di un'autonoma scelta imprenditoriale di entrambe le parti lecitamente e consapevolmente volta, secondo lo schema del conscious parallelism, alla massimizzazione dei profitti”*, e che, quanto all'esistenza di elementi di prova cosiddetti esogeni, gli indizi raccolti dall'Autorità non potessero essere considerati *“probatoriamente significativi”*. Il Tar del Lazio, nelle citate sentenze Test diagnostici per diabete, con riferimento alla prova della pratica concordata ha sottolineato la consapevolezza circa la *“rarietà dell'acquisizione di una prova piena (documentazione inequivoca dell'accordo; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso”*, ritenendo *“sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento”*. A tal riguardo, è stata messa in evidenza la particolare rilevanza e gravità di contatti e scambi di informazioni tra le imprese operanti in mercati oligopolistici. Riscontrate siffatte condotte, è stata ribadito il consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale sull'inversione dell'onere della prova, altrimenti gravante sull'Autorità, dovendo le imprese fornire *“una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, a spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa”*. Sempre in tema di prova, nella sentenza n. 10443 del 7 ottobre 2004, *Q8 Quaser*, il TAR Lazio ha precisato che ai fini dell'accertamento della sussistenza di una pratica concordata non rileva la singola azione di ciascun soggetto, *“ma la connessione sotto il profilo finalistico di varie condotte complementari, condotte che possono di volta in volta concretarsi - in funzione dell'attuazione dell'accordo - in comportamenti attivi o passivi o addirittura in stati di inerzia rilevante (come avviene nelle ipotesi di c.d. azioni commissive mediante omissione o commissive mediante astensione)”*. Il TAR ha cioè considerato che la partecipazione a un'intesa (relativa alla spartizione concordata nel corso di un biennio delle commesse, aggiudicate tramite gara, per la fornitura di gasolio per l'autotrazione) non fosse esclusa dalla circostanza che un'impresa avesse partecipato soltanto a una gara, poiché tale condotta costituiva *“un segmento complementare ad altre condotte integrate e volte tutte al conseguimento di un obiettivo comune e unitario”*, quindi *“non frazionabile né scindibile da quella degli altri partecipanti all'accordo”*, assumendo rilevanza, in detto contesto, anche l'astensione dalla partecipazione alle altre gare perché strumentale all'attuazione degli impegni assunti e alla realizzazione degli obiettivi collusivi prestabiliti.

*incompatibile con l'effetto utile del diritto europeo antitrust, ma in funzione di elementi indiziari se univoci e concordanti*⁹⁴.

Anche con particolare riferimento all'elemento soggettivo, la giurisprudenza ha assunto e mantenuto un approccio non formalista.

Nella sentenza n. 1520 del 6 luglio 1999, *Assicurazioni di Milano*, il Tar Lazio ha infatti stabilito che per potersi configurare una fattispecie di accordo restrittivo della concorrenza, *“è sufficiente la sussistenza di una volontà convergente di due o più imprese, anche se manifestata in modo informale attraverso dipendenti o anche tacitamente per atti concludenti, diretta a coordinare i comportamenti delle imprese sul mercato”*.

Nella sentenza *Assicurazione rischi comune di Milano*, il Consiglio di Stato ha poi precisato che *“l'accertamento della violazione della disciplina antitrust*

⁹⁴ Caso *Test diagnostici per diabete*. V. anche sentenze TAR Lazio dell'11 aprile 2012, nn. 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*. V. anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Lottomatica/Sisal*. Anche nella sentenza 23 maggio 2012, n. 3026, *Prezzo del GPL*, il Consiglio di Stato ha ripreso il consolidato orientamento in tema di prova dell'intesa, per il quale *“dal momento che in materia di intese vietate è ben rara l'acquisizione di una prova piena (il cosiddetto smoking gun: il testo dell'intesa; documentazione inequivoca della stessa; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e dal momento che un atteggiamento di eccessivo rigore finirebbe per vanificare nella pratica le finalità perseguite dalla normativa antitrust, può reputarsi sufficiente (e necessaria) l'individuazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento”* (negli stessi termini, Tar Lazio, 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*). Quindi, le determinazioni dell'Autorità potranno ritenersi esenti da censure *“quante volte esse rappresentino una sintesi attendibile e documentata del complesso delle risultanze in atti, non essendo necessario (e invero, neppure possibile) che esse scaturiscano dalla mera sommatoria di elementi del tutto univoci nella rispettiva portata indiziante”*. Rileva in proposito il Consiglio di Stato che *“la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa sia meno forte”*. In termini simili, nella sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*, il giudice d'appello ha deciso che *“il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cosiddetta congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile nella ricostruzione della intesa illecita”* (così anche TAR Lazio, 18 giugno 2012, nn. 5559 e 5609, *Gara d'appalto per la sanità per le apparecchiature per la risonanza magnetica*). Insieme all'acquisizione di informazioni congrue rispetto alle contestazioni mosse, deve altresì essere esclusa l'esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall'Autorità: infatti, *“L'ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente”* (Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua* e TAR Lazio, 3 luglio 2012, n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, che cita il Consiglio di Stato, sentenze 25 marzo 2009, n. 1794 e 20 febbraio 2008, n. 594).

prescinde dall'assunzione di un'obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento"⁹⁵.

In particolare, *“perché un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento avesse come scopo la restrizione della concorrenza”*.

Riaffermando i principi cristallizzati in materia, il giudice d'appello è ritornato sull'elemento soggettivo nel ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*, per chiarire che *“nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate”*. Circa l'onere probatorio in materia di pratiche concordate, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte”*.

Questo orientamento è stato confermato dal Consiglio di Stato anche nella sentenza nn. 926/2004⁹⁶ e nella sentenza 2438/2011, sul caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, per il quale il Consiglio di Stato ha affermato che *“a fondare il giudizio di “intenzionalità” di un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il*

⁹⁵ Peraltro, il Consiglio di Stato ha preso in considerazione l'analisi degli elementi di prova di un'intesa, per modificare un suo precedente orientamento e recepire il relativo orientamento comunitario, ritenendo che, ai fini della prova di un accordo restrittivo della concorrenza, non può negarsi *“forza probatoria agli scritti provenienti da un terzo [...] purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso”*. Successivamente, i giudici amministrativi hanno ammesso che i documenti rinvenuti presso imprese terze possono essere utilizzati *“purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso”* (cfr. Consiglio di Stato, sentenza Latti artificiali, cit.; anche Tar del Lazio, sentenza Pellegrini-Consip, Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi, cit.).

⁹⁶ Che richiama la *Corte Giust. CE*, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAz, punto 45; *Trib. Ce*, 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Trefileurope*, punto 176, e 14 maggio 1998, causa T-310/94, *Gruber + Weber*, punto 259; 12-7-2001, *British Sugar* cit. punto 127.

*suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire le norme indicate*⁹⁷.

Più recentemente, nella sentenza del 1° marzo 2012, n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'Agcm avesse correttamente considerato che, al fine di verificare l'esistenza di una restrizione alla concorrenza, non è necessario dimostrare che i comportamenti delle imprese siano stati *“volontariamente diretti a restringere la concorrenza, quanto che tali comportamenti abbiano effettivamente e obiettivamente avuto questo effetto”*⁹⁸.

Peraltro, nella sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*, il Consiglio di Stato ha specificato che l'illecito anticoncorrenziale che era stato attribuito alle parti (ossia la ripartizione dei mercati) fosse a dolo generico e non a dolo specifico, *“richiedendosi la volontarietà delle condotte ma non anche dei suoi effetti pregiudizievoli per il mercato”*.

Anche per l'abuso di posizione dominante, il giudice amministrativo ha stabilito che si tratta di *“un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico”, come nel caso delle intesa anticoncorrenziale*.

In particolare, il TAR Lazio, Sez. I, 4 giugno 2007, n. 5115, ha affermato che *«affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito»*⁹⁹.

⁹⁷ In termini analoghi, il Giudice di prime cure, nella sentenza n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, ha stabilito che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva *“senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della legge 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa”*.

⁹⁸ Nello stesso senso, nella sentenza 29 marzo 2012, n. 3029, *Logistica internazionale*, il TAR Lazio ha precisato che, ai fini della configurabilità dell'illecito, non è dirimente la questione *“concernente la qualificazione dell'elemento soggettivo: e, con esso, della qualità, del grado e/o dell'intensità dell'atteggiamento psicologico tenuto dagli operatori”*.

⁹⁹ Cfr. anche TAR Lazio, Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 10678; 30 agosto 2006, n. 7807.

1.4.3 I criteri di applicazione della sanzione.

Anche nel caso dell'applicazione della sanzione, con particolare attenzione alla quantificazione della sanzione, la giurisprudenza ha tenuto conto delle peculiarità che caratterizzano le condotte riconducibili alle fattispecie vietate e del grado di complessità del relativo accertamento, per limitare l'applicabilità delle disposizioni generali contenute nella l. n. 689/1981.

Ai sensi dell'art. 11 di quest'ultima legge, nel determinare la sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo, oltre che alla gravità della violazione, si ha riguardo *“all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

Sebbene inizialmente la questione non fosse scontata, si è giunti a riconoscere che l'art. 11 della l. n. 689/1981 opera pienamente anche per le sanzioni antitrust, anche se, nella sentenza del 23 aprile 2002, in materia di pratiche concordate nel settore assicurativo, il Consiglio di Stato ha negato che la disposizione da ultimo citata possa mettere in discussione i principi consolidati sulla tutela della concorrenza, per interpretare la clausola di applicabilità che accompagna il rinvio operato dall'art. 31 della legge antitrust, in modo tale da escludere, più in generale, l'applicazione delle disposizione della l. n. 689/1981, tutte le volte che tale applicazione possa condurre a soluzioni contrastanti con i principi del diritto antitrust.

Sulla base di questa impostazione, non sono state trovate ragioni di principio, normativamente rilevanti, che escludano l'applicabilità alle sanzioni antitrust dell'art. 8, co. 1, della l. n. 689/1981, relativo alla punizione di più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595.

Parimenti, sono stati ritenuti applicabili il seguenti artt. 8-bis, riguardante la reiterazione delle violazioni¹⁰¹, e il precedente art. 5 sul “*concorso di persone*” nell’illecito¹⁰².

Invece, proprio in ragione della specialità del procedimento contemplato dalla legge antitrust, il cui art. 15, impone la necessaria contestualità tra la fase di accertamento dell’infrazione e l’eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria, è stata esclusa l’applicabilità dell’art. 16 della l. n. 689/1981 sul pagamento in forma ridotta, in quanto quest’ultima disposizione implica una scissione delle due fasi¹⁰³.

Anche per quanto riguarda ai criteri da adottarsi per la determinazione delle sanzioni, l’influenza del diritto comunitario è stata determinante per il nostro giudice amministrativo, che si è spesso riferito agli orientamenti per il calcolo delle ammende contenuti nella Comunicazione della Commissione del 2003, riprendendo anche quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria sulla necessità che le sanzioni siano quantificate in modo tale da esercitare la propria funzione deterrente in modo sufficiente.

In base a questi Orientamenti, nella determinazione delle ammende, occorre “*in primo luogo [...] prendere in considerazione la durata e la gravità dell’infrazione*” (pt. 5), e, comunque, l’ammenda “*non deve [...] superare i limiti indicati all’articolo 23, paragrafo 2, secondo e terzo comma, del regolamento (CE) n. 1/2003*” (pt. 6).

Per assicurare l’effetto dissuasivo del potere sanzionatorio gli stessi Orientamenti sottolineano l’opportunità che *la Commissione si riferisca, come base per la determinazione delle ammende, “al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione”, in modo tale che “[l]a combinazione della durata e del valore delle vendite a cui l’infrazione si riferisce è considerata un parametro adeguato per esprimere l’importanza economica dell’infrazione, nonché il peso relativo di ciascuna impresa che vi ha partecipato*”; sebbene “[i]l riferimento a tali

¹⁰¹ TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835, per il quale la “*circostanza aggravante*” dell’illecito, costituita dalla c.d. recidiva va considerata come reiterazione di “*un’infrazione del medesimo tipo*” ed è pertanto applicabile anche in riferimento «*a condotte che, seppure non identiche, si iscrivevano, nella stessa tipologia di illecito antitrust*”.

¹⁰² Purché, secondo quanto dettato dal TAR Lazio, Sez. I, 20 ottobre 2006, n. 10678, “*nei singoli partecipi sussista [...] la consapevolezza del collegamento finalistico dei vari atti, e, cioè, la coscienza e volontà di portare un contributo materiale e psicologico alla realizzazione dell’illecito perseguito da tutti*”.

¹⁰³ Cons. Stato, VI, 30 agosto 2002, n. 4362.

fattori”, ritenuto “*una buona indicazione dell’ordine di grandezza dell’ammenda*” non va inteso come “*la base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico*”.

Con specifico riferimento alla valutazione della “*gravità*” della condotta (che nel nostro ordinamento, diversamente dal contesto dell’Unione europea, rappresenta non solo un parametro per la commisurazione della sanzione, ma anche – e soprattutto – uno dei possibili presupposti per l’irrogazione della medesima), la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria ha affermato che essa trova i suoi elementi costitutivi in tutta una serie di fattori indicativi, tra i quali figurano, ad esempio, la natura della violazione, la quota di mercato, nonché gli effetti della violazione e la sua durata.

La gravità in particolare, che, come si è più volte ricordato, nella legge n. 287/1990, differentemente dal Trattato TFU, non è solo elemento per la quantificazione della sanzione, ma anche elemento costitutivo, è stata interpretata dalla giurisprudenza facendo riferimento agli indici sopra indicati, tra i quali assume primaria importanza non soltanto la natura delle restrizioni imposte alla concorrenza, ma anche l’*impatto concreto dell’infrazione sul mercato*.

In riferimento a quest’ultimo concetto, la Corte di giustizia europea ha stabilito che la Commissione non può *limitarsi a presentare tale impatto come “una mera presunzione”, ma deve dare atto di “indizi concreti, credibili e sufficienti che consentano di valutare quale effettiva influenza abbia potuto avere l’infrazione sul gioco della concorrenza nel detto mercato”*¹⁰⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha tenuto conto di quest’ultimo orientamento, per distinguere il valore probatorio della gravità a seconda di come quest’ultima venga intesa, per chiarire che mentre, “*ai fini dell’accertamento dell’intesa antitrust, è sufficiente che l’accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, a prescindere dalla concreta verifica degli effetti*”, invece, “*ai fini della quantificazione della sanzione, essendo stata la gravità dell’intesa desunta pure dalla produzione di effetti sul mercato interessato, occorre dimostrare che gli effetti si siano effettivamente prodotti*”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Corte giust. CE, sez. I, 3 settembre 2009, in C-534/07, *William Prym GmbH & Co. KG, Prym Consumer GmbH & Co. KG/Commissione delle Comunità europee*. In senso contrario, però v. anche Corte giust. CE, Sez. II, 24 settembre 2009, in C-125/07, *Erste Bank der österreichischen Sparkassen* / Commissione, per la quale “*la natura propria dell’infrazione può essere sufficiente a qualificarla come ‘molto grave’, e questo a prescindere dal suo impatto concreto sul mercato e della sua estensione geografica*”.

¹⁰⁵ TAR Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157.

1.5 I nuovi strumenti della tutela antitrust: l'accettazione dei programmi di clemenza.

Con il comma 2-bis dell'art. 15, della l. n. 287/1990, si è data una base normativa positiva all'utilizzo da parte dell'Agcm dei programmi di clemenza¹⁰⁶, quegli istituti "premiali" finalizzati a far uscire allo scoperto intese vietate che, altrimenti, sarebbero difficili da accertare in quanto realizzate in segreto e attraverso modalità complesse.

Originariamente, l'idea di incentivare le imprese a collaborare nella repressione dei cartelli, offrendo loro l'immunità o un significativo sconto sulle sanzioni pecuniarie, risale al diritto degli Stati Uniti che, per primi, hanno utilizzato i c.d. leniency programmes nel public antitrust enforcement, ottenendo buoni risultati nella lotta a queste fattispecie anticoncorrenziali.

Successivamente, questi strumenti antitrust sono stati utilizzati anche dalla Commissione europea che, da ultimo, ha riformato il proprio programma di clemenza con la citata Comunicazione del 2006 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese.

Diffondendosi prima in altri Paesi dell'Ue¹⁰⁷, i programmi di clemenza sono stati introdotti anche nel nostro ordinamento giuridico.

E l'Agcm, nel disciplinarli, ha potuto trovare, in ambito comunitario, un altro modello cui ispirarsi, oltre al più recente programma di clemenza della

¹⁰⁶ In dottrina, cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 10, 228 ss.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, relazione su "I programmi di clemenza", svolta alla Giornata su "Promozione e tutela della concorrenza: le novità del "pacchetto Bersani" organizzata dalla Facoltà di Economia - Università di Roma Tor Vergata e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a Roma il 30 ottobre 2006, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, id., in *Dir. amm.*, 2007, 265 ss., e in F. CINTIOLI e G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007; V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, 2, 201 ss.; J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, 6, 1370 ss.; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 677 ss.; F. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, 1141 ss.; M. VATIERO, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 437 ss..

¹⁰⁷ Secondo i dati dell'ECN, aggiornati al 22 novembre 2012 e pubblicati su <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>, in ben 26 Stati membri dell'UE su 27, le rispettive Autorità nazionali della concorrenza hanno adottato i programmi di clemenza, rimanendo esclusa dalla lista solo Malta.

Commissione, ossia il Programma modello di trattamento favorevole¹⁰⁸ adottato il 29 settembre 2006 dalla ECN, e da quest'ultima recentemente rivisitato nel novembre del 2012.

Sul piano squisitamente normativo, con le modifiche apportate dal d.l. n. 223/2006, a differenza delle imprese partecipanti all'intesa che non collaborano e per le quali proseguirà l'ordinario procedimento antitrust senza alcuno sconto di pena¹⁰⁹, la funzione punitiva antitrust è stata subordinata all'obiettivo di individuare le intese anticoncorrenziali e impedirne la continuazione: il potere sanzionatorio dell'Agcm, nei particolari confronti dell'impresa che collabori con l'Agcm, non è più fatto dipendere soltanto dall'accertamento della gravità dell'infrazione, ma viene temperato e condizionato dal grado di effettiva collaborazione prestata dall'impresa, anche se poi la valutazione che l'Autorità è chiamata a compiere al riguardo non ha un fondamento legislativo che determina con precisione le condizioni e le modalità per le quali la collaborazione prestata determini il trattamento favorevole, lasciando che la predeterminazione di questi elementi sia regolata dall'Agcm¹¹⁰.

Ogni impostazione sul meccanismo premiale di cui al comma 2-bis dell'art. 15 della legge antitrust in termini problematici rischia di risultare in buona parte superata nel momento in cui si consideri che la decisione di riconoscere l'immunità all'impresa che denunci l'esistenza di un cartello di cui la stessa fa parte è stata già adottata dall'Agcm antecedentemente al 2006 in mancanza, quindi, non solo di una disciplina nazionale di tipo regolamentate o

¹⁰⁸ ECN Model Leniency Programme, formulato dai membri della Rete quale base di soft harmonization, raccogliendovi quelle che hanno ritenuto essere le più importanti regole sostanziali comuni da applicarsi nei rispettivi programmi di clemenza nazionali, per offrire più prevedibilità alle imprese. Nel riformare il proprio programma di clemenza con l'adozione della Comunicazione del 2006, la Commissione ha tenuto conto di quanto contenuto nel modello predisposto dalla Rete.

¹⁰⁹ Salva, ovviamente, l'eventuale l'adozione di decisioni con impegni di cui all'art. 14-ter, della l. n. 287/1990.

¹¹⁰ In proposito, pur essendo stato espressamente stabilito che l'Agcm regoli con proprio provvedimento generale il trattamento favorevole per le imprese "in conformità con l'ordinamento comunitario", e che possa operare la riduzione o la non applicazione della sanzione nelle "fattispecie previste dal diritto comunitario", la dottrina ha evidenziato come il primo dei due rinvii non sia tecnico in quanto, a differenza degli impegni, i programmi di clemenza non sono nemmeno menzionati nel Regolamento 1/2003, rimanendo, per quanto formalizzati nelle sue Comunicazioni, mera espressione della prassi della Commissione (Cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit.). Come si avrà modo di precisare, l'Agcm si è in parte discostata dal programma di clemenza adottato dalla Commissione europea.

provvedimentale generale, ma addirittura senza una base normativa nazionale¹¹¹. Su questa decisione si è anche espresso il giudice amministrativo che ne ha dichiarato la legittimità, facendo riferimento alla prassi della Commissione europea¹¹².

Ciò ricordato, l'attribuzione all'Agcm del potere di disciplinare in un provvedimento di carattere generale le condizioni e le modalità con cui la medesima Autorità decide di concedere il trattamento favorevole dovrebbe essere letta positivamente, in quanto potenzialmente favorevole alla tipicità e certezza del diritto, ma anche al buon funzionamento dello stesso strumento premiale.

Ciò a maggior ragione qualora si consideri che, a seguito della introduzione del comma 2-bis dell'art. 15 della legge antitrust, l'Agcm ha proceduto all'adozione della Comunicazione sulla non imposizione e sulla

¹¹¹ Inoltre, nonostante il carattere essenzialmente punitivo delle sanzioni (cfr. ult. op. cit.) e la doverosità della loro applicazione spingessero per sostenere l'illegittimità dei programmi fondati sulla garanzia della non applicazione delle sanzioni a fronte della collaborazione qualificata offerta dalle imprese, come fatto notare in dottrina, l'eliminazione del minimo edittale della sanzione pecuniaria da parte dell'art. 11, comma 4, della l. n. 57/2001, ha permesso all'Agcm di comminare sanzioni meramente "simboliche", con ciò fornendo una base normativa indiretta alla non applicazione delle sanzioni. Cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 394, per i quali "l'avvenuta eliminazione del minimo edittale della sanzione potrebbe interpretarsi, nella logica di una progressiva armonizzazione con il sistema comunitario, come intesa ad attribuire all'Autorità un potere discrezionale sull'an dell'applicazione della sanzione, sino al punto di garantire l'immunità alle imprese, nella logica appunto dei programmi di clemenza".

¹¹² A suo tempo, infatti, il TAR Lazio, Sez. I, 10 giugno 1996, n. 1902, aveva giustificato la mancata irrogazione della sanzione verso un'impresa che facendo parte di un'intesa nel settore degli esplosivi da mina, ne aveva denunciato l'esistenza, sulla base del fatto che "*il comportamento della SME è stato valutato nell'ambito delle finalità della legge n. 287/1990, e l'esenzione è stata adeguatamente motivata con riferimento alla fattiva e decisiva collaborazione offerta per la scoperta delle intese vietate, alla stregua di un preciso orientamento comunitario in materia di non imposizione di ammenda nei casi di cartello*". In casi simili, secondo il giudice di primo grado, "*trova prevalenza il principio secondo cui occorre accordare prevalenza all'interesse dei consumatori e dei cittadini alla scoperta delle intese vietate rispetto all'interesse di irrogare ammende alle imprese che, collaborando con le autorità competenti, consentono di scoprire e di vietare cartelli o contribuiscono al raggiungimento di tali obiettivi (Comunicazione 96/C/207/04, in G.U.C.E., n. C207, 18 luglio 1996)*". Il Consiglio di Stato ha confermato questa sentenza, stabilendo la legittimità della concessione dell'immunità "*in considerazione del comportamento da essa tenuto prima e dopo l'avvio dell'istruttoria, in specie per quel che attiene al determinante contributo dalla stessa apportato alla scoperta delle intese*". Successivamente, per un caso riguardante un'intesa nel mercato dei calcestruzzi, il TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835, aveva ammesso l'applicabilità della Comunicazione Commissione del 2002.

riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con delibera del 15 febbraio 2007, n. 16472, tenendo conto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento dei fini, con il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari. L'Agcm, infatti, ha fatto precedere l'adozione della Comunicazione del 2007 da un processo di consultazione pubblica sul progetto del programma di clemenza, anche se ciò non le è stato imposto dalla legge, a differenza di quanto, invece, è previsto dalla Legge sul risparmio del 2006¹¹³ riguardo alla consultazione per i provvedimenti aventi natura regolamentare o di contenuto generale delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati finanziari¹¹⁴.

In modo più circoscritto di quanto stabilito dal programma di clemenza comunitario per il quale la Commissione, nella Comunicazione del 2006, fa riferimento ai "cartelli segreti", l'Agcm ha relegato l'ambito di applicazione della Comunicazione del 2007 alle "*intese orizzontali segrete*", anche se, come rilevato in dottrina, in considerazione della funzione strumentale delle intese verticali rispetto a quelle orizzontali, non si tratterebbe di una differenza sostanziale¹¹⁵.

Per il resto, in linea con il programma di clemenza comunitario¹¹⁶, l'Agcm ha stabilito di applicare il proprio programma di clemenza anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica e con particolare riguardo ai c.d. cartelli hard core, ossia quelle intese "*consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati*": violazioni considerate molto gravi nel diritto antitrust comunitario, in quanto suscettibili di incidere significativamente sul benessere dei consumatori e di influenzare negativamente la competitività dell'intero sistema economico.

Nella Comunicazione del 2007, l'Agcm ha regolato la non applicazione e

¹¹³ Art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

¹¹⁴ In questo modo, l'Autorità si è conformata a quanto stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, per il quale "[l]'esercizio dei poteri regolatori da parte di Autorità poste al di fuori della tradizionale ripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento amministrativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative".

¹¹⁵ Cfr. V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, cit., 207.

¹¹⁶ L'Agcm non ha espressamente escluso dal trattamento favorevole l'impresa che abbia promosso il cartello o quella che abbia di fatto costretto altre imprese a parteciparvi, come invece stabilito dalla Commissione rispettivamente nella Comunicazione del 1996 e del 2002.

la riduzione delle sanzioni previste dall'art. 15 della legge antitrust per la violazione di quanto prescritto dall'art. 2 della l. n. 287/1990 o dall'art. 81 del Trattato CE, stabilendo una serie di condizioni generali che devono essere tutte soddisfatte per l'accesso al trattamento favorevole¹¹⁷, nonché quali ulteriori condizioni devono essere rispettate con particolare riferimento alla non applicazione e alla riduzione della sanzione¹¹⁸.

In particolare, per l'immunità, l'Agcm (tra le varie condizioni) ha stabilito che questa abbia effetto nei confronti dell'impresa che *"per prima"* fornisca spontaneamente all'Autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa del genere contemplato dalla Comunicazione¹¹⁹.

Inoltre, l'Agcm, a parte prescrivere che l'impresa che intenda beneficiare della non imposizione o della riduzione delle sanzioni debba presentare

¹¹⁷ In particolare: a) l'impresa deve porre fine alla propria partecipazione all'intesa immediatamente dopo aver presentato la domanda di trattamento favorevole, anche se l'Autorità può richiedere o consentire all'impresa di non sospendere taluni comportamenti, qualora ciò sia ritenuto necessario al fine di salvaguardare il buon esito dell'accertamento ispettivo; b) l'impresa deve cooperare con l'Autorità in modo completo e continuativo per l'intera durata del procedimento istruttorio, adottando una serie di comportamenti espressamente previsti nella Comunicazione; c) l'impresa che intenda presentare una domanda di trattamento favorevole non deve informare alcuno di questa sua intenzione, ad eccezione di altre autorità di concorrenza.

¹¹⁸ La riduzione delle sanzioni, invece, in misura di regola non superiore al 50%, è stata riferita dall'Agcm alle imprese che forniscono all'Autorità materiale probatorio relativo ad una infrazione rientrante nell'ambito di applicazione della Comunicazione del 2006, a condizione che le evidenze prodotte rafforzino in misura significativa, in ragione della loro natura o del livello di dettaglio, l'impianto probatorio di cui l'Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione. Ai fini della determinazione in misura adeguata, l'Agcm ha stabilito di prendere in considerazione la tempestività della collaborazione prestata dall'impresa, in relazione sia alla fase in cui è giunto il procedimento, sia al grado di collaborazione prestato dalle altre imprese, nonché la valenza probatorio del materiale prodotto. In ogni caso, secondo quanto dettato dall'Agcm, qualora il materiale probatorio presentato dall'impresa consenta all'Autorità di stabilire fatti nuovi e aggiuntivi che abbiano una rilevanza diretta ai fini del computo della sanzione, anche come circostanze aggravanti, tali fatti non saranno addebitati ai fini della determinazione della sanzione da applicarsi all'impresa che ha fornito tale materiale.

¹¹⁹ L'Agcm ha condizionato l'immunità anche alla contestuale sussistenza di altre due particolari condizioni, ossia che, a giudizio dell'Autorità, in relazione alla natura e alla qualità degli elementi comunicati dal richiedente, tali informazioni o evidenze siano decisive per l'accertamento dell'infrazione; e che l'Autorità non disponga già di informazioni o di evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione. La Comunicazione indica nel dettaglio quali informazioni di regola devono essere fornite dall'impresa che intenda beneficiare della non imposizione delle sanzioni, tra cui anche una descrizione dettagliata dell'intesa.

all'Autorità una domanda, corredata da informazioni e dai documenti rilevanti, ha specificato altre regole procedurali comuni molto importanti per un'applicazione efficiente del programma di clemenza.

In tal senso, l'Agcm ha stabilito che le domande di trattamento favorevole in relazione ad una medesima intesa siano valutate dalla stessa *"nell'ordine in cui esse pervengono"*; che, prima della presentazione di una domanda di trattamento favorevole, l'impresa possa *"contattare l'Autorità anche in forma anonima al fine di ottenere delucidazioni sulla presente comunicazione"*; e che, su richiesta adeguatamente motivata dell'impresa, l'Autorità possa consentire la *"presentazione di domande in forma orale"*: tutti elementi che danno alla procedura in questione flessibilità e certezza per le imprese, attraendole maggiormente a collaborare.

Per la valutazione della domanda volta ad ottenere la non imposizione delle sanzioni in particolare, l'Agcm ha stabilito che, verificata la sussistenza dei requisiti per l'immunità, detta domanda può essere *"accolta con decisione condizionata"* al rispetto delle condizioni comuni per l'accesso al trattamento favorevole, mentre la decisione definitiva in ordine alla sussistenza dei presupposti per la non imposizione delle sanzioni venga assunta con il provvedimento finale di cui all'art. 14, comma 9, del D.P.R. n. 217/1998¹²⁰.

L'inottemperanza delle condizioni generali di accesso al trattamento favorevole è espressamente sanzionata con l'esclusione dell'impresa da ogni beneficio disciplinato dalla Comunicazione in relazione all'intesa in questione.

Anche l'accoglimento della domanda volta ad ottenere la riduzione delle sanzioni è stato subordinato dall'Agcm al rispetto, in ogni caso, di tutte le condizioni generali di accesso al trattamento favorevole; dovendo l'Autorità, anche in questo caso, assumere la decisione in ordine alla misura della riduzione delle sanzioni con il provvedimento finale di cui all'articolo 14, comma 9, del D.P.R. n. 217/1998.

Sulla scorta di quanto innovato dalla Commissione nella propria Comunicazione del 2006, quindi, consapevole del fatto che, in questa ideale competizione nel collaborare con l'Autorità, le imprese non sarebbero in grado

¹²⁰ Con l'evidente intento di promuovere la collaborazione delle imprese nella lotta ai cartelli, l'Agcm ha anche previsto che, qualora l'impresa si veda rigettare dall'Autorità la domanda volta a ottenere l'immunità, possa richiedere che l'Autorità consideri la propria domanda ai fini di una riduzione della sanzione, oppure possa ritirare gli elementi di prova trasmessi ai fini della presentazione della propria domanda.

di raccogliere tutti gli elementi e informazioni in loro possesso¹²¹, l'Agcm, incentivando quelle imprese che effettivamente abbiano permesso per prime l'individuazione di un cartello, ha stabilito che, su domanda adeguatamente motivata di un'impresa, l'Autorità possa *"fissare un termine per il perfezionamento della domanda di trattamento favorevole, al fine di consentire all'impresa di fornire tutti gli elementi di prova"* (c.d. richiesta di un marker)¹²².

La Comunicazione dell'Agcm del 2007 è stata sostituita da quest'ultima con Comunicazione adottata con provvedimento del 6 maggio 2010, n. 21092, con cui l'Autorità ha riprodotto il testo della precedente Comunicazione, limitandosi a modificarlo e integrarlo per quanto riguarda il differimento

¹²¹ È esemplificativo al riguardo quanto affermato dal TAR Lazio nella sentenza n. 36126 del 13 dicembre 2010, e più recentemente nelle sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, riguardanti un cartello nella vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, in merito all'efficacia probatoria delle dichiarazioni dei leniency applicant e dei relativi riscontri da questi forniti: *"è ben difficile che i partecipanti ad un accordo illecito lascino "prove scritte" da cui dedurre in modo certo e obiettivo l'esistenza e il funzionamento dell'accordo stesso, per cui non è possibile pretendere che il collaborante il quale confessi l'intesa debba fornire un riscontro probatorio vasto e del tutto corroborante le proprie affermazioni, che verosimilmente non esiste, perché in tal modo si porrebbero nel nulla le possibilità applicative della norma e si vanificherebbe la loro ratio, mentre deve ritenersi sufficiente che alle dichiarazioni si accompagni un qualche elemento documentale idoneo a fungere da indizio preciso e concordante con le dichiarazioni rese e soprattutto, anche in assenza di questi ultimi, deve ritenersi comunque necessario che sia l'Autorità, sulla base della propria articolata istruttoria, a vagliare l'attendibilità delle dichiarazioni"*.

¹²² Infine, per snellire la procedura premiale in modo coordinato con la ripartizione di competenze tra la Commissione e l'Agcm, quest'ultima ha stabilito che, per quei casi in cui la Commissione sia nella posizione più idonea per la trattazione del caso e la conduzione del procedimento, l'impresa, che abbia già presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione una domanda volta ad ottenere la non imposizione delle sanzioni, può presentare all'Autorità un'analoga domanda di trattamento favorevole, *"redatta in forma semplificata"*, qualora essa ritenga che anche l'Autorità sia in una posizione idonea per intervenire nella fattispecie.

dell'accesso alle dichiarazioni confessorie¹²³. Sul piano teorico, l'efficacia dei programmi di clemenza dipende dall'effettiva deterrenza delle sanzioni antitrust nei confronti delle imprese, che, a sua volta, dipende - secondo gli insegnamenti degli economisti del diritto - dalla combinazione ottimale tra il grado di probabilità di accertamento delle sanzioni atteso dalle imprese e l'entità della pena pecuniaria¹²⁴.

Senza entrare nel merito dell'analisi economica del diritto, è intuibile che, fino a quando la sanzione antitrust irrogabile cagiona un danno monetario potenzialmente inferiore ai benefici economici che possono essere conseguiti dal compimento dell'intesa, l'impresa sarà tentata a compiere tale tipo di illecito per trarne profitto, e ciò ancor più facilmente quando l'impresa si attenda che la probabilità di essere scoperta (e, quindi, sanzionata) sia bassa. Facendo leva sulla deterrenza delle sanzioni antitrust, i programmi di clemenza pongono le imprese coinvolte nell'intesa vietata dinnanzi all'alternativa tra collaborare o non collaborare con l'Autorità.

Nel fare questa scelta, le imprese non saranno soltanto condizionate dalla mera probabilità che l'Agcm, esercitando con efficienza i propri poteri di

¹²³ Più precisamente l'Agcm ha anche specificato che la domanda di trattamento favorevole debba essere corredata da "significative" informazioni. Per quanto il resto della disciplina contenuta nella prima delle due Comunicazioni sia rimasto inalterato, l'Agcm è venuta incontro all'esigenza di risolvere il problema di funzionalità del programma di clemenza, rappresentato dal fatto che la trasparenza del procedimento di clemenza possa aumentare il rischio, per le imprese che collaborano con l'Agcm, di essere più facilmente condannate in sede giurisdizionale civile al risarcimento dei danni per violazione delle regole della concorrenza, svalORIZZANDO così la collaborazione. A tale scopo, nella nuova Comunicazione è fatto divieto ai soggetti terzi, inclusi quelli intervenuti nel procedimento, di apprendere le deposizioni autoincriminanti e la documentazione allegata. Cfr. C. PESCE, *Il Programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 1, 145 ss.; C. LACCHI, *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi antitrust di clemenza: la sentenza Pfeiderer*, in *Giust. civ.*, 2011, 11, 2528 ss..

¹²⁴ Una corretta comprensione delle condizioni da cui dipende l'efficacia deterrente delle sanzioni antitrust deve essere condotta adottando una prospettiva economica del diritto, sulla scorta di quanto a suo tempo già sviluppato nell'ambito della c.d. law and economics degli Stati Uniti d'America, ove il sistema antitrust è caratterizzato anche dalla previsione di sanzioni penali, oltre che pecuniarie. In ambito nazionale, la dottrina ha evidenziato come l'inefficacia deterrente delle sanzioni pecuniarie dell'Agcm determinata dall'insufficienza della loro entità monetaria si rifletta negativamente sull'effettività della tutela della concorrenza (cfr., F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. Soc.*, 2008, 1395; R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza, relazione al Convegno « poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione »*, Roma, 23 luglio 2007).

indagine, giunga ad accertare l'illecito, ma anche dalla probabilità che un'altra impresa partecipante all'intesa possa denunciare per prima l'intesa, riservandosi così il trattamento favorevole¹²⁵.

1.5.2 (*segue*) e degli impegni.

La questione dell'esercizio di poteri sostanzialmente regolatori da parte dell'Agcm nello svolgimento della sua funzione sanzionatoria di garanzia, è stato accentuato dall'introduzione dell'istituto premiale degli impegni presentati dalle imprese, per eliminare i profili anticoncorrenziali¹²⁶.

Anche se l'art. 14-ter della l. n. 287/1990 non contempla espressamente un potere normativo in capo all'Agcm, quest'ultima ha adottato tre diverse Comunicazioni, con cui di fatto ha regolato le procedure da adottarsi

¹²⁵ Come ricordato nelle sentenze non definitive del TAR Lazio nn. 8945-8954 del 2011, i leniency programmes costituiscono un efficace mezzo di destabilizzazione dei cartelli tra imprenditori: *“le imprese che partecipano ad un cartello (...) in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte ad una scelta strategica, vale a dire mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l'utile di tutti i membri, confidando che anche gli altri lo facciano, ovvero tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo, sicché la stabilità di un cartello dipende dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi partecipanti”*.

¹²⁶ Per uno studio sugli impegni, cfr. M. BOCCACCIO e A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, 285; M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1283; F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, 2007, 5, in *www.giustamm.it*; G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giust. amm.*, 2007, 3, 2; M. SIRAGUSA, E. GEURRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in *Convegno “Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust”*, a cura di Fondazione CESIFIN, Firenze, 2007; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. soc.*, 2008, 1395; P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in F. CINTIOLI e G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti*, cit., 1 ss.; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI e F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 1 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, 61 ss.; G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Acì Global*, in *Dir. Industriale*, 2009, 4, 353 ss.; C. LEONE, *Gli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, 1093; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss.; F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, 1349 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012.

nell'applicazione dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, disciplinando aspetti fondamentali ai fini dell'efficiente funzionamento di questo ulteriore istituto premiale.

Come per i programmi di clemenza, anche nel caso delle decisioni con impegni in materia di sanzioni antitrust, si è sviluppata una prassi applicativa dell'Agcm ancor prima di un loro formale riconoscimento normativo.

Ciò è accaduto anche in ambito comunitario, dove la Commissione europea ne ha fatto informalmente ricorso; prima, cioè, di prevedere espressamente, nel Regolamento n. 1/2003, il potere di adottare *commitment decisions*: decisioni sul rendere vincolanti gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese soggette agli accertamenti di quest'ultima per presunte pratiche anticoncorrenziali, con effetto di precludere il formale accertamento dell'illecito¹²⁷.

Con la prima Comunicazione, adottata con provvedimento 12 ottobre 2006, n. 16015, l'Agcm ha previsto un procedimento flessibile attivabile ad istanza delle imprese soggette all'istruttoria avviata per l'accertamento della violazione delle norme nazionali e comunitarie in materia di intese e abusi di posizione dominante¹²⁸.

La Comunicazione del 2006 è stata modificata dall'Agcm, dapprima con delibera del 9 febbraio 2011, n. 22089, con cui sono state apportate alcune modifiche marginali¹²⁹, ma con cui l'Agcm ha precisato anche alcuni

¹²⁷ Inoltre, gli impegni sono stati utilizzati anche in materia di concentrazioni, dalla Commissione che li ha previsti nel Regolamento CE n. 4064/1989, e dall'Agcm pur se in assenza di un'espressa disposizione legislativa.

¹²⁸ In particolare è stato previsto che queste imprese possano presentare, mediante la compilazione di un formulario predisposto dall'Autorità, una "*versione non definitiva degli impegni*" con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi decorrenti dall'inizio dell'istruttoria (entro il quale le parti interessate devono, in ogni caso, far pervenire all'Autorità la "*versione definitiva degli impegni proposti*"), prevedendone, salvo il caso di rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti, la pubblicazione, in modo tale da consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni scritte al riguardo.

¹²⁹ Come la pubblicazione della versione definitiva degli impegni, oltre che sul sito internet, anche sul Bollettino di cui all'art. 26 della l. n. 287/1990

importanti profili del procedimento¹³⁰.

A sua volta, la Comunicazione del 2011 è stata sostituita dall'Agcm con la Comunicazione del 2012, adottata con delibera del 6 settembre 2012, n. 23863, con cui è stato innovato quanto precedentemente indicato dall'Agcm riguardo ad aspetti procedurali altrettanto fondamentali¹³¹, cogliendo anche occasione per chiarire importanti profili sostanziali.

In particolare, l'Agcm ha formalizzato quanto precedentemente confermato dalla prassi e dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria affermando che deve ritenersi *“non opportuna l'adozione di decisioni concernenti impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione”*.

L'Agcm ha anche specificato che gli impegni devono essere *“suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria”*.

Tenendo espressamente conto della *“ampia discrezionalità”* di cui la stessa Autorità gode nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese, e di come tale discrezionalità sia *“confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale”*, l'Agcm ha stabilito che *“gli impegni devono essere valutati anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio”*.

Più precisamente, nella Comunicazione *“[r]esta fermo che le decisioni*

¹³⁰ Nello specifico, in quest'altra Comunicazione è stato chiarito che, successivamente alla pubblicazione degli impegni, la Direzione competente formuli richieste di ulteriori informazioni quando in tal senso necessiti l'Autorità e non più direttamente la Direzione, come invece previsto nella precedente Comunicazione. L'Agcm ha anche stabilito di avere facoltà di decidere motivatamente sugli impegni fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese, senza, quindi, riprodurre l'indicazione della Comunicazione del 2006, per la quale, con la stessa delibera con cui è disposta la pubblicazione degli impegni, doveva anche essere determinato il termine entro il quale prendere la decisione.

¹³¹ Con particolare interesse per la partecipazione procedimentale, con la Comunicazione da ultimo adottata, l'Agcm ha infatti previsto che, nella fase da ultimo indicata, dette parti, *“anche su propria istanza, saranno sentite”* dalla Direzione competente dell'Agcm al fine di fornire precisazioni, i chiarimenti, ma anche *“le eventuali integrazioni”*, che fossero necessari per la comprensione del contenuto degli impegni proposti, nonché *“della loro efficacia a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”*. Inoltre, l'Autorità si è riservata la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine di tre mesi previsto dall'art. 14-ter, della l. n. 287/1990.

*concernenti gli impegni devono accertare che l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione*¹³².

2. L'attività investigativa dell'Aeegsi e il procedimento sanzionatorio in materia di illeciti regolatori: l'introduzione del procedimento semplificato.

Con il d.P.R. 90 maggio 2001, n. 244, è stato adottato il Regolamento, recante la disciplina delle procedure istruttorie dell'Aeegsi, a norma dell'art. 2, comma 24, lettera a), della l. n. 481/1995¹³³.

L'ambito di applicazione del d.P.R. n. 244/2001 è definito dall'art. 2, comma 1, ai sensi del quale, detto Regolamento disciplina *“i procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti individuali”* o *“all'esercizio di poteri conoscitivi”*, al fine di garantire - con ciò ricalcando quando disposto dalla disposizione della l. n. 481/1995 da ultimo citata - *“la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione”*.

Con riferimento alla medesima materia, la seconda parte del primo comma dell'art. 2, precisa anche che, *“per tutto quanto non specificamente disciplinato dallo stesso regolamento”*, si applicano le disposizioni della l. n. 241/1990¹³⁴.

Per più di dieci anni, i procedimenti sanzionatori dell'Aeegsi sono stati assoggettati alla disciplina di questo regolamento, unitamente alla normativa primaria in materia di sanzioni e di procedimenti amministrativi, in quanto diretti all'adozione di *“provvedimenti individuali”*, costituiti dalle sanzioni amministrative pecuniarie.

¹³² Nella Comunicazione del 2012, anche il rigetto degli impegni è regolato più chiaramente e i tempi del procedimento sono stati precisati. Anche la chiusura del procedimento è stata definita a priori dall'Agcm che ha stabilito che l'intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni debba concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni, fatte salve specifiche esigenze istruttorie e prevedendo la sospensione del termine in caso di richiesta di pareri obbligatori per il tempo necessario all'acquisizione degli stessi. L'Agcm ha altresì stabilito che le modifiche accessorie agli impegni possano essere presentate *“una sola volta”*.

¹³³ Sulle garanzie di questo regolamento, v. P. LAZZARA, *Partecipazione al contraddittorio nelle procedure istruttorie recanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, n. 4, pp. 961 ss.

¹³⁴ Prima del d.P.R. n. 244/2001, questo procedimento trovava la sua disciplina, sotto il nome di *“istruttoria formale”*, nell'art. 4 della delibera n. 61 del 1997.

Nel frattempo, lo stesso sistema sanzionatorio dell'Aeegsi è stato interessato dall'ordinamento comunitario, che ne ha condizionato la successiva evoluzione.

In particolare, la direttiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica¹³⁵ e la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale¹³⁶ - nel prevedere che le Autorità di regolamentazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti attribuiti loro - hanno disposto che queste stesse Autorità siano dotate anche del potere di imporre sanzioni “*effettive, proporzionate e dissuasive*” alle imprese elettriche e del gas naturale, che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti dalle direttive stesse o dalle “*pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti*” dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell'energia (ACER) o della stessa Autorità di regolamentazione.

Inoltre, queste due direttive hanno previsto che le sanzioni in questione potranno essere imposte, secondo i casi, fino al 10% del fatturato annuo del gestore del sistema di trasmissione o fino al 10% del fatturato annuo dell'impresa verticalmente integrata, per inosservanza dei rispettivi obblighi che incombono loro a norma delle direttive stesse.

In attuazione delle suindicate direttive, l'art. 45 del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, ha confermato il limite edittale minimo e massimo già previsto dalla legge n. 481/95, come modificata dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, disponendo che le sanzioni amministrative pecuniarie non possono comunque superare il 10% del fatturato realizzato dall'impresa verticalmente integrata, nello svolgimento delle attività afferenti la violazione nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio (art. 45, comma 4).

Il d.lgs. n. 93/2011 ha, altresì, riformato sensibilmente il potere sanzionatorio dell'Aeegsi, stabilendo che le imprese destinatarie dei procedimenti sanzionatori possono presentare all'Aeegsi impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati, ossia quegli stessi istituti di stampo premiale riconosciuti all'Agcm in materia di intese anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante (art. 45, comma 3).

¹³⁵ Art. 37, paragrafo 4, lett. d).

¹³⁶ Art. 41, paragrafo 4, lett. d).

Il d.lgs. n. 93/2011 ha anche previsto che l'Aeegsi disciplini con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, nonché le modalità procedurali per la valutazione degli impegni (art. 45, comma 6).

A tale ultimo riguardo, quest'ultimo decreto legislativo ha precisato che il procedimento sanzionatorio deve essere disciplinato in modo tale da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e - in aggiunta a quanto previsto dall'art. 2 del d.P.R. n. 244/2001, "*la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*" (art. 45, comma 6).

Per attuare queste ultime due disposizioni, con delibera 14 Giugno 2012 243/2012/E/COM, l'Aeegsi ha adottato il "Nuovo Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni", la cui formulazione è stata oggetto del Documento per la consultazione 75/2012/E/com, emanato nell'ambito del procedimento avviato con la deliberazione ARG/com 136/11¹³⁷.

In proposito, è significativo che, nelle motivazioni della delibera con cui è stato adottato il Regolamento del 2012, l'Aegg abbia dato atto del fatto che la disciplina dei procedimenti sanzionatori ha "*carattere speciale*" rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell'Autorità dettata dal d.P.R. 244/2001, nonché rispetto alla disciplina generale sulle sanzioni amministrative, di cui alla legge 689/81, e alla disciplina generale in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge 241/90¹³⁸.

Inoltre, l'Aeegsi ha ritenuto opportuno che l'attività di enforcement abbia, prima ancora della sua tipica funzione afflittiva, una generale funzione di garanzia del rispetto delle regole, nonché una funzione di controllo della efficacia dell'attività regolatoria¹³⁹.

In queste stesse motivazioni, l'Aeegsi ha anche osservato che il nuovo Regolamento del procedimento sanzionatorio di questa autorità non altera il sistema delle fonti dei diritti, e che, pertanto, esso convive, nel rispetto del

¹³⁷ In relazione a questo Documento, sono prevenute all'Aeegsi osservazioni e proposte da parte di nove soggetti (quattro esercenti, tre associazioni rappresentative di imprese e due associazioni rappresentative dei consumatori), di cui l'Aeegsi ha tenuto conto nell'adozione del Regolamento.

¹³⁸ Cfr. Ottavo punto della parte in "Considerato" della delibera 14 Giugno 2012 243/2012/E/COM.

¹³⁹ Cfr. Primo punto della parte in "Ritenuto" della delibera 14 Giugno 2012 243/2012/E/COM.

principio gerarchico della specialità sotteso all'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, con fonti di rango primario e secondario, tra le quali l'Aeegsi indica, in particolare, la l. n. 241/1990, la l. n. 689/1981 e lo stesso d.P.R. n. 244/2001, anche se, per quanto riguarda il segreto d'ufficio, l'Aeegsi ne ha riformulato la disciplina.

Oltre a regolare i profili procedurali del potere sanzionatorio dell'Aeegsi, il nuovo Regolamento del 2012 ha sostituito la Deliberazione 2 ottobre 2008, ARG/com 114/2008, con cui erano state adottate le "Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481".

Effettivamente, il procedimento sanzionatorio disciplinato dal d.P.R. n. 244/2001 è fortemente caratterizzato dalla commistione di funzioni tra gli Uffici e il Collegio dell'Aeegsi, risultando, quindi, in netta contrapposizione con il modello delineato dalla l. n. 689/1981, per la commistione che ne deriva tra il ruolo di investigatore e di quello giudice in capo a quest'autorità, intesa come unico soggetto.

Sebbene, il Regolamento del 2012 distingue tra le competenze degli uffici e quelle del collegio, non opera questa distinzione in termini del tutto corrispondenti alla separazione tra le funzioni istruttorie, da una parte, e quelle decisorie, dall'altra.

In realtà, nonostante quanto affermato dal d.lgs. n. 93/2011, anche dal Regolamento del 2012 emerge una certa "sovrapposizione funzionale" tra Uffici e Collegio.

In proposito, basti ricordare che lo stesso avvio del procedimento è deliberato dal collegio (art. 4, comma 1), al quale vengono riconosciuti importanti poteri istruttori, ossia disporre (sebbene su proposta del responsabile del procedimento) verifiche ispettive, perizie o consulenze (art. 11, comma 1)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ A tale ultimo riguardo, basta ricordare che il d.P.R. prevede comunque l'adozione da parte del Collegio dei provvedimenti aventi ad oggetto la richiesta di informazioni e di esibizione di documenti (art. 7), accessi ed ispezioni (art. 8), perizie e consulenze (art. 9), nonché audizioni (art. 10), tutte attività di di investigazione e di accertamento. In proposito, M. PASSARO, in *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, 2011, p. 1035, segnala l'impossibilità di separare concettualmente la fase istruttoria da quella decisoria: "l'accertamento che precede e giustifica l'avvio del procedimento sanzionatorio non segna il completamento delle indagini tese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi della violazione".

Senonché, anche gli uffici, nel corso della fase preistruttoria, e il responsabile del procedimento, nel corso della fase istruttoria esercitano poteri istruttori altrettanto rilevanti. Inoltre, il responsabile del procedimento, in particolare mantiene un vero e proprio autonomo ruolo valutativo, in quanto è competente a formulare la comunicazione delle risultanze istruttorie, di cui all'art. 15, comma 1, del d.P.R. n. 244/2001.

Questa peculiarità del procedimento sanzionatorio dell'Aeegi per gli illeciti regolatori, in particolare, può trovare una sua ragionevole giustificazione nel fatto che, se da una parte, parimenti ai procedimenti antitrust, si tratta di procedimenti riguardanti fattispecie tecnicamente complesse, per il cui accertamento risulterebbe inefficiente fare riferimento a due soggetti distinti; dall'altra parte, giocherebbe pure il fatto che l'Aeegi, prima ancora di espletare detti procedimenti, interviene essa stessa nel processo di regolazione, da cui scaturiscono quei precetti la cui violazione costituisce illecito oggetto dell'accertamento.

Ne consegue che, ancora una volta, le caratteristiche funzionali di un sistema sanzionatorio, escogitato per intervenire indirettamente nell'economia, fanno apparire le discipline generali, contenute nella l. n. 241/1990 nella l. n. 689/1981, non del tutto compatibili con tale sistema, anche quando si tratti di aspetti non espressamente regolati dalla disciplina speciale.

Tuttavia, per un considerevole lasso di tempo, come si è *supra* messo in evidenza, nel caso dell'Aeegi, la giurisprudenza amministrativa, si è, più che altro, orientata nel senso di espandere il più possibile l'applicazione delle disposizioni delle due ultime leggi citate, anche per quanto riguarda i profili procedurali.

Questo orientamento è stato solo di recente messo in discussione dal Consiglio di Stato, con specifico interesse alla stessa contestazione degli illeciti al presunto trasgressore; per essere, poi, superato dallo stesso legislatore con il d.lgs. n. 93/2011.

Legislatore che, peraltro, aveva già avuto modo di precisare i rapporti intercorrenti tra la disciplina della l. n. 689/1981 e il procedimento sanzionatorio dell'Aeegi. Ossia quando ha introdotto, con la legge di conversione n. 80/2005, l'art. 11-bis del d.l. n. 35/2005 che, per tale

procedimento, esclude l'applicazione dell'istituto dell'oblazione¹⁴¹.

Peraltro, prima ancora che i procedimenti sanzionatori dell'Aeegsi fossero specificamente regolati dal Regolamento del 2012, ossia quando erano ancora regolati dal d.P.R. n. 244/2001, non era nemmeno agevole distinguere - come invece accade più facilmente per i procedimenti antitrust - tra quelle tre fasi ideali costituite dalla fase pre-istruttoria (diretta alla raccolta sommaria e informale di elementi), dalla fase istruttoria (diretta all'acquisizione più dettagliata e formale di elementi, e al contestuale addebito) e da quella decisoria (diretta all'adozione del provvedimento finale sulla base degli elementi acquisiti).

Anche sotto questo aspetto, la situazione non è stata stravolta con l'adozione del Regolamento del 2012, sebbene quest'ultimo regolamento faccia espresso riferimento all'espletamento della *“attività pre-istruttoria”* da parte degli uffici, cui compete provvedere a tale attività¹⁴², acquisendo *“ogni elemento necessario ai fini di un eventuale avvio di procedimento sanzionatorio, anche attraverso ispezioni, richieste di informazioni e documenti, indagini conoscitive, reclami, istanze e segnalazioni”* (art. 3, comma 2); e nonostante che l'art. 4, comma 1, identifichi il passaggio da questa fase pre-istruttoria al procedimento sanzionatorio vero e proprio, stabilendo che sia il Collegio a deliberare l'avvio del procedimento quando ravvisa, sulla base degli elementi presentati dagli Uffici a seguito dell'attività istruttoria, gli estremi di un possibile intervento da parte dell'Aeegsi per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 2, comma 20, lett. c) e d) della l. n. 481/1995¹⁴³.

Prima di comunicare, ex art. 4, comma 1, del Regolamento del 2012, ai relativi destinatari l'avvio di una formale procedura, infatti, l'Aeegsi svolge un'attività di accertamento di tipo investigativo molto penetrante, che può cominciare di sua stessa iniziativa, ossia nel compimento delle proprie missioni istituzionali.

Ciò può accadere nel corso dell'esercizio della funzione di “vigilanza

¹⁴¹ Ai sensi di questa norma, “[a]lle sanzioni previste dall'articolo 2, comma 20, lett c), della legge 14 novembre 1995, n. 481, non si applica quanto previsto dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni”.

¹⁴² Nel d.P.R. n. 244/2001 manca qualsiasi riferimento esplicito alla fase preistruttoria.

¹⁴³ Più genericamente, invece, l'art. 4, comma 1, del d.P.R., invece, prevede che l'avvio del procedimento venga deliberato dal Collegio quanto quest'ultimo ravvisa gli estremi di un possibile intervento da parte dell'Aeegsi per l'esercizio delle competenze alla stessa affidate dalla legge, sulla base degli elementi raccolti dagli uffici, eventualmente a seguito degli atti di cui all'art. 3, ossia i reclami, le istanze o le segnalazioni all'Aeegsi.

ispettiva” dell’Aeegsi, ossia attraverso controlli nelle sedi legali degli operatori, sull’espletamento del servizio e sul rispetto della normativa da parte di questi ultimi¹⁴⁴.

La decisione di avviare il procedimento regolato dal d.P.R. n. 244/2001 può essere presa anche a seguito della “vigilanza informativa” svolta dall’Aeegsi; ovvero quella vigilanza che l’Aeegsi espletata attraverso l’imposizione di obblighi informativi generali in capo degli operatori, o richiedendo specifiche informazioni a determinati operatori, per la “raccolta di notizie ed informazioni ed documenti comunque utili sull’attività degli esercenti”¹⁴⁵.

L’attività investigativa dell’Aeegsi può trovare impulso anche dall’esterno, posto che, ai fini della deliberazione dell’avvio del procedimento, l’art. 4, comma 1, del Regolamento del 2012, prevede che il Collegio possa ravvisare la propria competenza sanzionatoria sulla base degli elementi raccolti dagli uffici a seguito dell’attività istruttoria, anche attraverso “reclami, istanze e segnalazioni”, presentati all’Aeegsi da utenti, consumatori, e associazioni di utenti o consumatori, che intendono avvalersi della facoltà di cui all’art. 2, comma 12,

¹⁴⁴ L’art. 2, comma 12, lett. g), della l. n. 481/1995, attribuisce all’Aeegsi il potere di controllare lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, con riguardo al rispetto delle clausole contrattuali da parte dell’operatore, e per il caso in cui quest’ultimo eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio, nel contratto di programma ovvero nelle direttive emanate dall’Aeegsi. Il comma 20, lett. b), del medesimo articolo, riconosce, poi, a questa autorità il potere di effettuare controlli in ordine al rispetto delle convenzioni e ai contratti di programma per l’esercizio del servizio in concessione (comma 36), nonché del regolamento di servizio predisposto dall’esercente (comma 37).

¹⁴⁵ In generale, per lo svolgimento delle proprie funzioni, l’Aeegsi richiede, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività, ex art. 2, comma 20, lett. a), della l. n. 481/1995. Alla previsione di questo potere dell’Aeegsi corrisponde il dovere delle pubbliche amministrazioni e delle imprese di fornire all’Aeegsi oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l’adempimento delle sue funzioni, ex art. 2, comma 22, della l. n. 481/1995. Più specificamente, la vigilanza informativa è contemplata dalla l. n. 481/1995, anche per studiare l’evoluzione del settore e dei singoli servizi, ex art. 2, comma 12, lett. 1), nonché per verificare la qualità ed efficacia delle prestazioni dei servizi, ex art. 2, comma 12, lett. n). Inoltre, l’Aeegsi esplica questa vigilanza anche tramite quelle particolari “istruttorie conoscitive”, previste dall’art. 3 della deliberazione n. 61/1997, deliberate dal Collegio, per “verificare se sussistano condizioni per gli interventi di [...] competenza [dell’Aeegsi]”.

lettera m), della l. n. 481/1995¹⁴⁶.

Ad ogni modo, anche quando l'attività investigativa dell'Aeegsi viene sollecitata da questi atti di impulso provenienti dal suo esterno, il procedimento sanzionatorio di cui al d.P.R. n. 244/2001 rimane pur sempre un procedimento avviato d'ufficio, non ad istanza di parte, come, del resto, espressamente confermato dall'art. 3, comma 1, del Regolamento del 2012, per il quale l'Aeegsi "*esercita il potere sanzionatorio d'ufficio*".

Ne consegue che, per come è stato architettato, in questo procedimento i reclami, le istanze e le segnalazioni sono ridotti ad elementi di valutazione ulteriori della fase preprocedimentale¹⁴⁷.

Tutti gli elementi di fatto raccolti o ricevuti dall'Aeegsi in quest'ultima fase, se ritenuti idonei a giustificare l'intervento dell'Aeegsi, confluiscono nel procedimento propriamente sanzionatorio, una volta, cioè, che il relativo avvio sia stato deliberato dal Collegio sulla base degli elementi raccolti dagli uffici.

In base a quanto stabilito dall'art. 4, comma 3, del Regolamento, la delibera di avvio del procedimento è comunicata¹⁴⁸ ai soggetti diretti destinatari del provvedimento adottabile a conclusione del procedimento, ed

¹⁴⁶ In base a quanto prescritto da questa disposizione, l'Aeegsi "*valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al [successivo] comma 37*".

¹⁴⁷ Un discorso a parte, invece, deve essere fatto per le segnalazioni del GSE per il mancato acquisto di certificati verdi, che non costituisce un illecito propriamente regolatorio, e per gli ordini del giudice di rideterminazione di sanzioni comminate e le "autodenunce" degli operatori. Cfr. M. PASSARO, in *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, cit., p. 1034, il quale mette in luce questi aspetti per evidenziare il ruolo prosecutoriale dell'Aeegsi, nella fase di investigazione e accertamento, di per sé prodromica alla fase sanzionatoria vera e propria.

¹⁴⁸ Le comunicazioni previste dal Regolamento 2012 sono effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, telefax, nonché altro mezzo idoneo al raggiungimento dello stesso risultato (art. 33, comma 1). Quest'ultima disposizione si applica alla trasmissione di atti e/o documenti da parte dell'Aeegsi, nonché alla trasmissione a questa autorità di documenti e richieste nel corso del procedimento. Ai soggetti intervenienti nel procedimento le comunicazioni sono effettuate nel recapito da questi indicato (art. 33, comma 2). Nel caso in cui, per il rilevante numero di destinatari o per la difficoltà del loro reperimento, la comunicazione risulti impossibile o particolarmente gravosa, può procedersi a mezzo della pubblicazione di cui all'articolo 34, ossia sul sito internet ai sensi dell'art. 32, comma 1, della l. n. 69/2009, ferma restando la possibilità, in via integrativa e a scopo di maggiore diffusione, di effettuare pubblicità sui quotidiani, nei limiti degli ordinari stanziamenti di bilancio (art. 33, comma 3).

agli altri soggetti che hanno presentato reclami, istanze o segnalazioni, contenenti elementi utili all'istruttoria, ed hanno un interesse diretto, immediato e attuale all'esito del procedimento, nonché ai soggetti che per legge devono intervenire¹⁴⁹.

Similmente a quanto accade per i procedimenti dell'Agcm, la comunicazione della delibera di avvio del procedimento di cui all'art. 4 del Regolamento costituisce un atto di garanzia per i destinatari, in quanto, in forza del comma 2 di detto articolo, deve indicare gli elementi essenziali già acquisiti, il responsabile del procedimento, l'Ufficio presso il quale può prendersi visione degli atti del procedimento e i termini di conclusione dell'istruttoria e del procedimento.

La funzione di garanzia della comunicazione della decisione di avviare il procedimento dell'Aeegsi, quindi, si esplica attraverso una prima contestazione della violazione ravvisata nel corso della precedente fase investigativa. Contestazione, come stabilito dalla giurisprudenza, *“non può essere generica [ma] è necessario che essa sia estremamente dettagliata affinché gli interessati siano posti nella condizione di apprendere con precisione quale sia la condotta contestata e possano così difendersi in maniera compiuta”*¹⁵⁰.

Tuttavia, la comunicazione di avvio del procedimento non necessariamente segna la fine degli accertamenti dell'Aeegsi.

D'altro canto, è altrettanto importante ricordare che, nel corso della fase pre-istruttoria, possono comunque essere svolte attività di investigazione dagli uffici dell'Aeegsi, attraverso ispezioni, richieste di informazioni e documenti, indagini conoscitive, con cui possono essere raccolte già sufficienti informazioni per fondare l'irrogazione della sanzione¹⁵¹.

Conscia di quest'ultima eventualità, con il Regolamento del 2012,

¹⁴⁹ Dell'avvio del procedimento è data, altresì, notizia con la pubblicazione della delibera sul sito *internet* dell'Autorità (comma 5).

¹⁵⁰ TAR Lombardia, sent. n. 1971/2009.

¹⁵¹ Sotto la vigenza del d.P.R. n. 244/2001 nei riguardi dei procedimenti sanzionatori, la dottrina aveva evidenziato come, nel corso della fase investigativa pre-procedimentale, potessero comunque essere svolte attività di accertamento tipizzate, costituenti delle parentesi procedurali formalizzate, come nel caso delle richieste di informazioni rese vincolanti e sanzionabili soltanto se deliberate dal Collegio, o nel caso delle ispezioni sempre deliberate da quest'ultimo. In particolare, ai sensi del quarto comma dell'art. 7 del d.P.R. n. 244/2001, l'obbligo di fornire le informazioni e di esibire i documenti richiesti grava *“sui titolari dell'impresa, o loro rappresentanti, o su coloro che, per legge o per statuto, hanno la legale rappresentanza degli enti destinatari della richiesta”*.

l'Aeegsi, non a caso, ha previsto la possibilità che venga espletata una procedura semplificata.

In particolare, ai sensi dell'art. 5 di detto Regolamento, “[l'Aeegsi], *fatti salvi i diritti di contraddittorio e difesa, si riserva la facoltà, nel caso in cui gli elementi raccolti dagli Uffici sorreggano sufficientemente la fondatezza della contestazione, di determinare nella delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, l'importo base della sanzione che potrebbe essere irrogata all'esito del procedimento. Contestualmente alla notifica della delibera di avvio verranno allegati i documenti su cui si basa la contestazione*” (comma 1).

In questi casi, *“il destinatario del provvedimento finale potrà, entro trenta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, rinunciando alle ulteriori formalità del procedimento, effettuare il pagamento della sanzione in misura ridotta pari ad un terzo del valore di quella determinata nella delibera di avvio, fatti salvi i limiti edittali previsti dalla normativa in vigore”; e “[i]l pagamento in misura ridotta estingue il procedimento sanzionatorio”.*

2.2 I termini per la contestazione dell'illecito.

La confusione che, con maggiore intensità dei procedimenti antitrust, coinvolge le funzioni di accertamento con quelle valutative in capo ad un unico soggetto, nonché la mancata riconduzione di tutti gli atti di accertamento entro la fase del procedimento sanzionatorio formalmente avviato, hanno caratterizzato l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Aeegsi.

In particolare, prima dell'emanazione del d.lgs. n. 93/2011, ciò ha reso complicato la risoluzione della questione sull'applicabilità dell'art. 14 della l. n. 689/1981, il cui primo comma stabilisce che *“la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente”*, tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa; mentre, ai sensi del successivo secondo comma, *“se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento”.*

La questione ha assunto particolare importanza in considerazione del fatto che, secondo il quarto comma del citato art. 14, *“[l']obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nel cui confronti è stata*

omessa la notificazione nel termine prescritto”.

In tal modo, il legislatore del 1981 ha voluto tutelare il presunto trasgressore, evitando che quest'ultimo possa trovarsi nella condizione di doversi difendere per fatti molto risalenti nel tempo e, quindi, più difficilmente ricostruibile dallo stesso, anche ai fini della raccolta di elementi di prova a proprio favore.

Inizialmente, il giudice amministrativo, facendo leva sul rango normativo secondario del d.P.R. n. 244/1991 e sul fatto che quest'ultimo non prescrivesse alcunché al riguardo, ha sviluppato un orientamento teso a ritenere generalmente applicabile¹⁵² e perentorio¹⁵³ il termine per la notificazione di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981.

Tuttavia, consapevole delle conseguenze negative che l'imposizione di uno stretto vincolo temporale avrebbe causato sul buon andamento dell'azione del regolatore nella sua veste di controllore, il giudice amministrativo ha cercato di adattare lo schema della legge del 1981, precisando quello che, a suo avviso, sarebbe il giorno a partire dal quale decorre il termine dei novanta giorni di cui all'art. 14 di quest'ultima legge.

Così, rispetto alla determinazione del momento iniziale della decorrenza del termine perentorio di 90 giorni in questione, il TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 novembre 2009, n. 5131¹⁵⁴, ha stabilito che *“va considerato che l'art. 14 della legge. n. 689 del 1981 correla il dies a quo all'accertamento della violazione; tuttavia, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza, l'accertamento non coincide con la generica e approssimativa percezione del fatto, ma con il compimento di tutte le indagini necessarie al fine della piena conoscenza di esso”.*

Per questo TAR, insomma, *“la mera constatazione dei fatti nella loro materialità non coincide necessariamente con l'accertamento degli estremi della violazione, cui si correla la decorrenza del termine di contestazione, perché vi sono ambiti in cui l'accertamento della violazione richiede un'apposita attività istruttoria e valutativa dei fatti constatati”.*

¹⁵² Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 novembre 2007, n. 6261; T.a.r. Lombardia Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6181; Tar Lombardia Milano, sez. III, 10 settembre 2009, n. 4638.

¹⁵³ Tra le molte, sulla perentorietà del termine di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 v. Cass. Civ. 5 marzo 2003, n. 3254.

¹⁵⁴ V. anche Cons. Stato, VI, 2 ottobre 2004, n. 6901; T.A.R. Milano (Lombardia) sez. III, 11 marzo 2010, n. 573.

Ecco perché, secondo il giudice amministrativo di primo grado, *“il termine non decorre dalla semplice notizia di un fatto astrattamente idoneo ad integrare una violazione, ma dall’acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, effettuata sulla base di un’apposita attività valutativa, sicché non è computabile ai fini della decorrenza del termine il periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, per l’acquisizione e la delibazione degli elementi necessari “per una matura e legittima formulazione della contestazione”*¹⁵⁵.

Ciò precisato, però, lo stesso TAR ha anche voluto sottolineare che *“la subordinazione della decorrenza del termine in questione al compiuto accertamento della violazione non legittima comportamenti arbitrari dell’amministrazione, volti a spostare in avanti il dies a quo indipendentemente dalla sussistenza di concrete esigenze istruttorie; pertanto, spetta all’organo giurisdizionale stabilire se, nel caso concreto, sia ragionevole il tempo impiegato dall’amministrazione per accertare l’illecito”*¹⁵⁶.

Con quest’ultima statuizione, il giudice amministrativo non ha permesso che le peculiari esigenze d’indagine delle violazioni in materia di regolazione dell’energia potessero dilatare ingiustificatamente i tempi in danno del diritto di difesa del presunto trasgressore.

Come argomentato in dottrina, però, l’interpretazione fornita dal giudice di primo grado è criticabile sotto diversi profili.

Anzitutto, sul piano logico, quanto deciso dal TAR tende a confondere la fase dell’accertamento dei fatti con la fase della loro valutazione, che non può che essere successiva ed eventuale alla prima¹⁵⁷.

Inoltre, prima il presunto trasgressore e, poi, la stessa Aeeysi, sarebbero comunque esposti ad un termine incerto, considerato che, sulla base di quanto deciso dal TAR, da una parte, l’amministrazione può prendersi il tempo che ritiene necessario ai fini investigativi e, quindi, per contestare, mentre, dall’altra parte, in giudice amministrativo può considerare detto tempo

¹⁵⁵ Cfr. Cass. Civ., 29 febbraio 2008, n. 5467; Consiglio di stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341; Tar Lazio, sez. III ter, 22 novembre 2007, n. 12490; T.a.r. Lombardia Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6181.

¹⁵⁶ Si tratta di un costante orientamento giurisprudenziale, in ordine al quale il TAR ricorda Cass. Civ., 17 aprile 2004, n. 7346; Cass. Civ., 4 febbraio 2005, n. 2363; Cass. Civ., SS.UU., 9 marzo 2007, n. 5395; C.d.S., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341

¹⁵⁷ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, p. 157.

irragionevolmente lungo¹⁵⁸.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507¹⁵⁹, ha ribaltato l'impostazione seguita dal giudice di primo grado, in nome della massimizzazione del buon andamento delle funzioni di investigazione dell'Aeegsi.

Premettendo che la procedura e i termini previsti dall'art. 14 della legge n.689/1981 appaiono incompatibili con la complessa attività (regolatrice, di controllo, di istruttoria e sanzionatoria) propria dell'Aeegsi, il Collegio, sulla base di quanto previsto dall'art. 12 della citata legge, secondo cui *“le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito”*, ha stabilito che *“la disciplina di cui all'art. 14 cit. sia inapplicabile al caso in questione, attesa la sua incompatibilità con la complessità dell'attività da svolgere e delle fattispecie che caratterizzano tale attività, e che, inoltre - in considerazione del carattere speciale della legge istitutiva dell'Aeeg (n. 481/1995) e del rinvio dalla stessa operato, nell'art. 2 comma 24, lett. a), ad una disciplina regolamentare dei procedimenti sanzionatori - l'art. 14 cit., a norma dell' art. 12 della stessa legge n. 689/1981, non appare applicabile in quanto, come appena detto, in materia ha diversamente disposto la sopravvenuta legge n. 481/1995”*.

In ogni caso, anche a volere ritenere applicabile alla fattispecie la normativa procedurale ex art.14 della legge n. 689/1981, il Consiglio di Stato ha ritenuto che *“la stessa non sarebbe sufficiente a sostenere la fondatezza delle censure mosse dall'Enel s.p.a. dal momento che i termini ivi previsti non hanno carattere perentorio, dovendo essere considerati gli stessi in relazione alla natura e complessità dell'indagine volta alla contestazione della sanzione da parte dell'Aeeg”*.

Ed invero, nel caso concreto analizzato, il giudice d'appello ha ritenuto che l'estensione temporale e territoriale del fenomeno oggetto di esame, i vari milioni di soggetti interessati e di bollette colpite dalla violazione e, inoltre, la complessità dell'indagine relativa, richiedessero di certo tempi lunghi per l'espletamento di un'istruttoria completa ed esaustiva da parte dell'Aeegsi.

A tale conclusione, il Consiglio di Stato è arrivato, *“applicando al caso in esame i principi affermati dalla giurisprudenza in tema di sanzioni amministrative nel caso di mancata contestazione immediata della violazione, secondo la quale*

¹⁵⁸ M. PASSARO, in *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, cit., p. 1039.

¹⁵⁹ v. anche CdS, sez. VI, 7 aprile 2010, n. 1976.

*l'attività di accertamento dell'illecito, che non coincide con il momento in cui viene acquisito il "fatto" nella sua materialità, deve essere intesa come comprensiva del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti ed afferenti agli elementi (oggettivi e soggettivi) dell'infrazione e, quindi, della fase finale di deliberazione correlata alla complessità delle indagini tese a riscontrare la sussistenza dell'infrazione medesima e ad acquisire piena conoscenza della condotta illecita sì da valutarne la consistenza agli effetti della corretta formulazione della contestazione*¹⁶⁰.

Con il d.lgs. n. 93/2011 è stata introdotta una disposizione specifica sui termini della notificazione della contestazione.

Il comma 5 dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, infatti, oltre a stabilire che ai procedimenti sanzionatori dell'Aeegsi non si applica l'art. 26 della l. n. 689/1981, sul pagamento rateale della sanzione, prescrive che, per i procedimenti medesimi, il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'art. 14 di detta legge, è di centottanta giorni.

La modifica introdotta dal legislatore non ha tuttavia aver influenzato il Consiglio di stato nell'interpretazione della normativa previgente.

Nella sentenza 21 gennaio 2013, n. 306, la sesta sezione del giudice di palazzo spada ha espressamente rigettato *“la tesi secondo cui la disposizione sopravvenuta costituirebbe, in qualche misura, la "chiave di lettura attraverso la quale interpretare la previgente normativa di settore che in alcun modo richiamava la disposizione di cui all'art. 14, cit”*.

Piuttosto, il Collegio ha ritenuto che *“la disposizione del 2011 abbia introdotto ex novo nell'ordinamento un'espressa clausola di salvaguardia giustificata dalle peculiarità del settore in esame, mentre, per il turno temporale anteriore, al carattere derogatorio delle previsioni procedurali di interesse dell'Autorità si perveniva in via interpretativa attraverso l'esame della disciplina di settore la quale [...] palesava una deroga per incompatibilità, conformemente a quanto già osservato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato qui espressamente richiamata e condivisa”*.

Ad ogni modo, considerato che, ora, è la stessa legge a imporre l'applicazione dell'art. 14 della l. n. 689/1981, sebbene con il raddoppiamento del termine ivi previsti (da novanta a centottanta giorni), la soluzione interpretativa che appare più corretta, nonché più lineare con l'orientamento

¹⁶⁰ In tal senso, il CdS cita la Cass. civ., Sez. II, 30/05/2006, n.1283.

della Corte costituzionale sul citato art. 14, è quella per la quale il momento in cui decorre il termine per la notificazione della contestazione deve essere valutato caso per caso come momento in cui sia astrattamente avere piena conoscenza dei fatti costituenti illecito.

Non a caso, nelle motivazioni della delibera 14 Giugno 2012 243/2012/E/COM, con riguardo ai termini del procedimento, l'Aeegi ha ritenuto di non poter accogliere la proposta di individuare i casi di "accertamento" dai quali decorrono i 180 giorni per l'avvio del procedimento -che contenga una matura e legittima formulazione della contestazione -, non essendo individuabile in astratto il momento di acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, in quanto frutto di una attività valutativa rapportata alla complessità delle singole fattispecie.

2.3 I poteri di accertamento dell'Aeegi e le garanzie dei destinatari.

I poteri attraverso i quali gli Uffici raccolgono elementi sulla base dei quali il Collegio, poi, decide se avviare o meno il procedimento finalizzato all'irrogazione della sanzione, appaiono particolarmente penetranti, e si inseriscono nel quadro delle funzioni di vigilanza informativa¹⁶¹ e di vigilanza

¹⁶¹ Gli artt. 6 (Attività istruttorie) e 7 (Richieste di informazioni e documenti) del d.P.R. n. 244/2001 disciplinano in modo più articolato la vigilanza informativa dell'Aeegi. In particolare, l'art. 7, comma 1, del d.P.R. n. 244/2001, indica quali elementi debbano indicare i provvedimenti aventi ad oggetto la richiesta di informazioni e di esibizione di documenti adottati dal Collegio nell'esercizio della propria vigilanza informativa ex art. 2, comma 12, lett. g), e comma 20, lettera a), della l. n. 481/1995, ossia: "a) i fatti e le circostanze sui quali si chiedono i chiarimenti; b) la finalità della richiesta; c) il termine entro il quale deve pervenire la risposta o essere esibito il documento richiesto, termine che deve essere congruo in relazione all'urgenza del caso ed alla natura, quantità e qualità delle informazioni richieste e deve tenere conto del tempo necessario per predisporre; d) le modalità di trasmissione delle informazioni e la persona cui possono essere esibiti i documenti o comunicate le informazioni richieste; e) le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni od esibire i documenti richiesti, ovvero nel caso siano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri".

ispettiva¹⁶² di questa autorità.

A tal proposito, a seguito della consultazione della bozza del Regolamento del 2012, l'Aeegi - a fronte dell'osservazione di un esercente, per il quale, sarebbe stata opportuna l'introduzione del contraddittorio anche in questa fase preliminare - ha ritenuto che il contraddittorio risulti ampiamente garantito in quest'ultima fase, attraverso le norme relative alle specifiche attività di acquisizione della notizia dell'illecito (richieste di informazioni e documenti, ispezioni), soggette - come chiarito dalla stessa Aeegi nelle motivazioni della delibera di adozione del nuovo Regolamento - alla disciplina di cui al d.P.R. n. 244/2011.

Tra le principali novità introdotte dal Regolamento del 2012, si deve annoverare il riconoscimento di poteri cautelari in capo dell'Aeegi.

Tale autorità, *“nei casi di particolare urgenza”*, nonché di constatazione, ad un sommario esame, della sussistenza di violazioni, il cui accertamento è di sua competenza, *“può d'ufficio, deliberare, con atto motivato, l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio”*, come stabilito dal comma 6-bis dell'art. 45, del d.lgs. n. 93/2011, ivi inserito dall'art. 58 del

¹⁶² L'art. 8 del d.P.R. n. 244/2001 sviluppa, invece, la vigilanza ispettiva dell'Aeegi, con una disciplina simile a quella prevista dal d.P.R. n. 217/1998 per l'Agcm, prevedendo che il Collegio possa disporre, a norma dell'articolo 2, comma 12, lettera g), *“accessi ed ispezioni necessari ad accertare le modalità di svolgimento dei servizi rientranti nella propria competenza ed a verificare l'adempimento degli obblighi dei soggetti esercenti i servizi medesimi”*, precisando che, nei confronti delle amministrazioni pubbliche, in particolare, debba essere preventivamente richiesta l'esibizione degli atti. Il secondo comma dell'art. 8 del regolamento garantisce il presunto trasgressore, prevedendo che i funzionari dell'Aeegi, incaricati di procedere all'accesso o all'ispezione, vi procedano *“previa presentazione di copia di decisione del collegio di cui al comma precedente, nella quale sono precisati l'oggetto dell'accertamento, le sanzioni in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o di esibire documenti richiesti nel corso dell'accesso o dell'ispezione, o di accedere alle richieste fondate sull'effettuazione dei controlli, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni od esibiti documenti non veritieri”*. Peraltro, il successivo terzo comma del medesimo articolo, precisa che in ogni caso, non costituiscono giustificato motivo ai fini del comma 2, l'opposizione alla richiesta di: *“a) vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o da prescrizioni interne; b) esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative; c) esigenze di tutela del segreto industriale o aziendale, salvo che l'Autorità riconosca determinate esigenze segnalate al riguardo”*. Il quarto comma dell'art. 8 del d.P.R. n. 244/2001 specifica quelli che sono i poteri di accesso e ispezione dei funzionari incaricati dell'Aeegi, ossia: *“a) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, con esclusione dei luoghi di residenza o di domicilio, estranei all'attività aziendale oggetto di indagine; b) acquisire e controllare i documenti reperiti estraendone copia; c) richiedere informazioni orali”*.

d.l. 9 febbraio 2012, n. 5¹⁶³.

Una volta che è stata comunicata la delibera di avvio del procedimento, un ruolo istruttorio rilevante viene assunto dal responsabile del procedimento, ossia il responsabile della Direzione Affari giuridici e Contenzioso ovvero il dirigente o il funzionario da questi designato.

Qualora sia necessario acquisire informazioni o ulteriori elementi di valutazione, detto responsabile può richiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni e documenti utili all'istruttoria (art. 10, comma 1), potendo anche proporre al Collegio di disporre verifiche ispettive, perizie o consulenze (art. 11, comma 1).

Inoltre, qualora lo ritenga utile ai fini istruttori, il responsabile del procedimento può disporre audizioni, nel rispetto di eventuali esigenze di riservatezza, con un preavviso di almeno cinque giorni (art. 12, comma 1).

Delle audizioni davanti al responsabile del procedimento è redatto processo verbale a norma dell'articolo 32 del Regolamento, e può essere disposta, dal responsabile del procedimento, la registrazione magnetica (art. 12, comma 2).

Inoltre, i soggetti auditi che intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite devono farne richiesta adeguatamente motivata (art. 12, comma 3).

Per quanto riguarda le verbalizzazioni di cui alla disciplina del procedimento sanzionatorio, l'art. 32 del Regolamento del 2012 prevede che il relativo verbale consista in un resoconto sintetico redatto da chi procede all'operazione¹⁶⁴ (comma 1), ove sono riportate le operazioni compiute, e che copia di tale resoconto sia rilasciata, a domanda, agli intervenuti (comma 3).

È contemplata, poi, una audizione finale che, però, si svolge davanti al Collegio e, per la quale, è previsto che i soggetti, che hanno diritto a partecipare al procedimento e che intendono attivarla, debbano chiedere di essere sentiti nel suo ambito, con apposita domanda entro e non oltre cinque giorni dalla comunicazione delle risultanze istruttorie (art. 21, comma 1).

L'audizione finale davanti al Collegio ha luogo nel giorno che è comunicato ai richiedenti, con un preavviso di almeno dieci giorni (art. 21,

¹⁶³ Legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35.

¹⁶⁴ Nelle audizioni vi provvede il designato da chi presiede l'audizione medesima (comma 1). Il resoconto sintetico è sottoscritto da chi procede all'operazione e dai soggetti intervenuti. In caso di impossibilità o di rifiuto a sottoscrivere, ne è fatta menzione con l'indicazione del motivo (comma 2).

comma 2), e costituisce uno degli strumenti di difesa con cui è garantito il contraddittorio dei soggetti partecipanti al procedimento.

In forza del primo comma dell'art. 8, comma 1, del Regolamento del 2012, possono partecipare al procedimento due categorie di soggetti: *“a) i soggetti ai quali è stata comunicata la decisione di avvio del procedimento”*, ossia i soggetti diretti destinatari del provvedimento adottabile a conclusione del procedimento ed gli altri soggetti che hanno presentato gli atti di cui all'articolo 3, contenenti elementi utili all'istruttoria, ed hanno un interesse diretto, immediato e attuale all'esito del procedimento, nonché ai soggetti che per legge debbono intervenire; *b) i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, anche costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento o dai provvedimenti che possono essere adottati all'esito di quest'ultimo”*.

In particolare, se non già destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, gli ultimi soggetti a ultimo indicati, ossia quelli di cui alla lett. b) dell'art. 8 comma 1, possono chiedere di intervenire nel procedimento, tramite apposita di una richiesta scritta, entro trenta giorni dalla pubblicazione della delibera dell'avvio del procedimento (art. 8, comma 2)¹⁶⁵.

Oltre a chiedere di essere sentiti nell'audizione finale avanti al Collegio, i soggetti che partecipano al procedimento possono assistere all'audizione delle altre parti del procedimento, salvo in quest'ultimo caso che sussistano ragioni di riservatezza dei soggetti auditi; presentare memorie scritte e documenti, deduzioni e pareri; nonché accedere ai documenti inerenti al procedimento (art. 13, comma 1).

A tale ultimo riguardo, i partecipanti al procedimento che, nell'esercizio dei suindicati diritti, intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, devono contestualmente presentare, a pena di decadenza, un'apposita richiesta adeguatamente motivata e, nel caso di presentazione di memorie scritte e documenti, deduzioni o pareri, evidenziare in appositi riquadri le parti riservate (art. 13, comma 2).

In merito alle memorie scritte e documenti, in particolare, il Regolamento prevede che questi possano essere depositati dai partecipanti al procedimento, entro e non oltre sessanta giorni dalla comunicazione della delibera di avvio del procedimento o in mancanza dalla sua pubblicazione (art.

¹⁶⁵ Questa richiesta scritta deve contenere almeno i seguenti elementi: a) nome, cognome, denominazione o ragione sociale, sede, residenza o domicilio del richiedente; b) procedimento nel quale si intende intervenire; c) interesse a base dell'intervento.

14, comma 1).

2.4 La chiusura della fase istruttoria e la fase decisoria

Allorché ritenga completa l'attività istruttoria, il responsabile del procedimento, comunica ai partecipanti al procedimento le risultanze istruttorie e indica loro un termine, non inferiore a quarantacinque giorni, entro e non oltre il quale possono presentare memorie di replica e documenti (art. 15, comma 1).

La comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) non deve essere autorizzata dal Collegio, come, invece, succede nel caso dei procedimenti dell'Agcm, ma è formulata direttamente e autonomamente dal responsabile del procedimento, il quale, pertanto, valuta gli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria.

Questa comunicazione è funzionale all'esercizio di partecipazione e/o difesa da parte dei soggetti intervenienti nel procedimento, i quali possono presentare memorie scritte e documenti entro e non oltre il termine, non inferiore a trenta giorni, che deve essergli comunicato dal responsabile del procedimento,

Quando il procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi era ancora disciplinato dal d.P.R. n. 244/2001, per quanto interessa la facoltà dei partecipanti di depositare i documenti, il Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1538, aveva stabilito che i termini procedurali assegnati ai privati in tema di conclusione dell'istruttoria e adozione del provvedimento finale di cui all'art. 16, del d.P.R. n. 244/2001 non sono perentori.

Invero, per il giudice amministrativo *“il termine di deposito dei documenti fino a quindici giorni prima della chiusura dell'istruttoria non è qualificato perentorio e a favore della non perentorietà di detto termine milita anche la considerazione che non sempre la comunicazione delle risultanze istruttorie da parte dell'A.E.E.G. avviene con congruo anticipo rispetto a tale termine di quindici giorni, e dunque si deve consentire un lasso di tempo successivo alla comunicazione delle risultanze istruttorie”*.

La fase istruttoria del procedimento disciplinato dal d.P.R. n. 244/2001, quindi, termina con l'audizione finale davanti al collegio, dove vengono sentiti i soggetti che, avendo diritto a partecipare al procedimento, ne abbiano fatto richiesta.

Scaduto il termine di conclusione dell'istruttoria, ossia all'esito di quest'ultima o dell'eventuale audizione finale, l'Aeegsi adotta il provvedimento finale (art. 22, comma 1), che deve indicare il termine per ricorrere e l'autorità cui proporre il ricorso (art. 22, comma 2), e che deve essere notificato dal responsabile del procedimento ai soggetti intervenuti nel procedimento, nonché pubblicato sul sito internet dell'Aeegsi (art. 22, comma 3).

Nel caso in cui l'Aeegsi abbia ravvisato il compimento di illeciti di sua competenza, il contenuto dispositivo del provvedimento finale è di carattere sanzionatorio pecuniario, in forza dell'art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995, che, al riguardo, fissa un importo minimo (25.822,84 Euro) e un importo massimo (154.937.069,73 Euro) per le sanzioni irrogabili dall'Aeegsi.

Limiti che non rispettano quanto imposto, in via generale, dall'art. 10 della l. n. 689/1981, secondo il quale il limite massimo della sanzione non può superare oltre le dieci volte il limite minimo.

Il pagamento della sanzione deve essere effettuato entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del provvedimento finale (art. 23, comma 1).

Scaduto quest'ultimo termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale (art. 23, comma 2).

In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione. Peraltro, in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo (art. 23, comma 1).

Nel caso del potere sanzionatorio previsto dalla suindicata norma, manca una tipizzazione degli illeciti sanzionabili, la stessa Aeegsi, già nella sue Linee guida del 2008, sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995¹⁶⁶, ha considerato che, con quest'ultima disposizione, il legislatore ha sì limitato il suo potere sanzionatorio, ma “*senza individuare un*

¹⁶⁶ Deliberazione 2 ottobre 2008, ARG/com 114/2008, “Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481”.

minimo e un massimo edittale con riferimento a ciascuna tipologia di infrazioni, lasciando quindi all'Autorità un'ampia discrezionalità nel determinare l'entità della sanzione da applicare alle diverse tipologie di infrazioni e alle singole fattispecie”.

Per quanto riguarda, invece, la durata del procedimento, il giudice amministrativo di primo grado, in numerose occasioni, ha sottolineato l'assenza nell'ordinamento di alcun termine perentorio di durata dei procedimenti sanzionatori di questa autorità, confermando, perciò, che il termine finale del procedimento, anche dopo la novella della l. n. 80/2005, deve considerarsi ordinatorio tutte le volte che non sia previsto come perentorio dalla legge o da un provvedimento giurisdizionale.

A tal proposito, il TAR Lombardia n. 323/2008, ha affermato che la violazione del termine finale non determina l'invalidità della determinazione finale, anche in ragione di una puntuale applicazione dei principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che verrebbero violati qualora si concludesse che, decorso il termine finale, l'Aeegi non possa più intervenire¹⁶⁷.

Nella delibera con cui è stato adottato il nuovo Regolamento del 2012, l'Aeegi ha dato atto nelle relative motivazioni di non accogliere la proposta di fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento, in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni.

In particolare, l'Aeegi ha ritenuto che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità; per le stesse ragioni - al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori - non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta, del termine finale del procedimento.

¹⁶⁷ Come rilevato dal TAR Lombardia, 29 dicembre 2009, n. 618, poi, nella stessa l. n. 689/1981, non è previsto alcun termine decadenziale per le attività di accertamento e comminazione della sanzione, che seguono la contestazione; essendo previsto soltanto un termine prescrittivo del diritto alla riscossione delle somme versate a titolo di sanzione. Per il TAR Lombardia, 17 dicembre 2012, n. 3061, “la disciplina, di fonte primaria e secondaria, inerente ai procedimenti dell'A.e.e.g. non contiene delle previsioni speciali che introducano termini perentori per la conclusione dei procedimenti di irrogazione delle sanzioni pecuniarie, tali da derogare alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990”

2.5 L'irrogazione della sanzione: il grado di colpevolezza richiesto e i criteri di quantificazione della sanzione in particolare.

Per quanto riguarda il grado di colpevolezza richiesto quale elemento soggettivo per la configurabilità degli illeciti sanzionabili dall'Aeegsi, il T.A.R. Milano, sez. III, 11 febbraio 2011, n. 458, ha fatto espresso riferimento a quella consolidata giurisprudenza, per la quale, *“ai sensi del citato art. 3 della legge n. 689 del 1981, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, senza che occorra la concreta dimostrazione da parte dell'amministrazione del dolo o della colpa, in quanto la norma pone una presunzione di colpa, in ordine al fatto vietato, a carico di colui che lo abbia commesso, con la conseguenza che grava su quest'ultimo l'onere di provare di aver agito senza colpa”*.

Sotto altro profilo, il medesimo giudice ha anche rilevato che *“la buona fede non può correlarsi ad un errore evitabile mediante l'impiego dell'ordinaria diligenza, che, nel caso di specie, non è quella del buon padre di famiglia, ma quella propria del soggetto che svolge un'attività professionale, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., visto che la società ricorrente esercita professionalmente l'attività di fornitura di gas, sicché la diligenza cui è tenuta deve essere valutata secondo la natura dell'attività esercitata e si traduce nella doverosa predisposizione delle cautele necessarie a garantire anche la scrupolosa osservanza dei parametri di calcolo delle tariffe”*.

Invero, secondo quanto sottolineato dal TAR, *“l'illecito di cui si tratta prescinde dalla concreta produzione di un danno agli utenti essendo diretto a realizzare una tutela anticipata di interessi di particolare rilievo, alla cui protezione tende la predeterminazione dei criteri tariffari da parte dell'Autorità, quali gli interessi dei consumatori, che acquistano energia elettrica e gas, nonché l'interesse alla realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato (sul carattere anticipato della tutela nei casi in esame si consideri Tar Lombardia Milano, sez. III, 01.07.2009, n. 4248)”*.

Con le suindicate Linee guida del 2008, l'Aeegsi ha provveduto a determinare i parametri cui attenersi per determinare la sanzione, secondo un'architettura che, mettendo sullo sfondo il grado di dolo e di colpa del trasgressore, si concentra su elementi oggettivi da cui desumere la gravità della sanzione, insieme ad altre circostanze.

Come si è ricordato, dette Linee guida sono state sostituite dal Regolamento del 2012, che, con specifico riferimento alla quantificazione della sanzione, ha valorizzato la gravità dell'infrazione, quale criterio per la determinazione dell'importo base della sanzione, mentre nel sistema architettato dalle precedenti Linee guida, l'importo base della sanzione veniva determinato in base alla gravità della violazione e alle condizioni economiche dell'agente).

Con ciò, l'Aeegsi ha inteso attribuire maggiore rilievo, ai fini della quantificazione della sanzione, all'aspetto oggettivo della violazione, in termine di conseguenze dannose della stessa. Le condizioni economiche, invece, sono state intese dall'Aeegsi come un criterio di adeguamento dell'entità della sanzione in funzione della sua effettività.

A ciò si aggiunga che, a differenza delle sanzioni antitrust, il legislatore non ha fatto dipendere l'irrogazione delle sanzioni dell'Aeegsi dall'accertamento della gravità dell'infrazione, in quanto, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 20, lett. c), della l. n. 481/1995, l'illecito regolatorio è costituito dalla semplice violazione dei provvedimenti dell'Aeegsi o delle sue richieste di informazioni.

Sotto questo punto di vista, la dottrina ha evidenziato come la violazione alla regolazione costituisca un illecito di “mera condotta” o “di pericolo”¹⁶⁸, sulla scorta di quella giurisprudenza per la quale “[l]a mancata realizzazione di un danno concreto [può] solo attenuare la considerazione del fatto ma non elidere del tutto la sanzione, trattandosi [per l'appunto] di illeciti di pericolo caratterizzati dall'anticipazione della soglia di punibilità in vista della tutela di un interesse di particolare rilievo, quale l'incolumità e la sicurezza delle persone in materia di distribuzione del gas”¹⁶⁹.

È, peraltro, indicativo il fatto che il Regolamento del 2012 abbia mantenuto il potere dell'Aeegsi di derogare agli stessi parametri della quantificazione della sanzione.

Già nel determinare il proprio ambito di applicazione delle Linee guida del 2008, l'Aeegsi aveva previsto che “l'esigenza di ottenere un particolare effetto dissuasivo o di valorizzare iniziative dell'impresa che l'Autorità ritenga meritevoli

¹⁶⁸ M. PASSARO, in *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, cit., p. 1045.

¹⁶⁹ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1 luglio 2009, n. 4248.

di particolare apprezzamento può giustificare motivate deroghe nell'applicazione delle presenti linee guida in ragione della specificità del caso" (art. 8, comma 2)¹⁷⁰.

In proposito, l'Aeegsi ha ritenuto di non accogliere la proposta relativa all'eliminazione del comma 2, dell'art. 24, del nuovo Regolamento, che, ricalcando la disposizione da ultimo citata, stabilisce che l'Aeegsi "*può motivamente derogare all'applicazione degli articoli di cui al presente titolo per ottenere un particolare effetto dissuasivo o per tener conto di particolari condizioni economiche dell'agente*".

Questa scelta è stata motivata dall'Aeegsi, la quale, pur considerando che l'art. 11, della legge 689/81 riconosce all'autorità amministrativa chiamata ad irrogare sanzioni un'ampia discrezionalità circa l'applicazione dei criteri di quantificazione, ha inteso orientare la propria discrezionalità entro un quadro chiaro, non discriminatorio e finalizzato agli obiettivi ad essa affidati dalla legge, senza però rinunciare ad ogni margine di discrezionalità riconosciute dalla legge, ponendo una disposizione analoga a quella contenuta nella precedente deliberazione ARG/com 144/08 (l'art. 8, linee guida). Disposizione che, pur non avendo mai trovato applicazione nella prassi, consente all'Aeegsi, nei limiti edittali previsti dalla legge, di tener conto delle peculiarità di casi specifici.

Ai fini della commisurazione della sanzione, l'art. 25, comma 1, del Regolamento del 2012 stabilisce che l'importo base delle sanzioni irrogate dall'Aeegsi è determinato in ragione della sola "*gravità della violazione*", e cioè eliminando le "*condizioni economiche dell'agente*", che, insieme alla gravità della violazione, era previsto dall'art. 1 delle Linee guida del 2008 per la determinazione dell'importo base¹⁷¹.

Gli indici della gravità dell'infrazione sono definiti dall'art. 26 del Regolamento, il quale stabilisce che quest'ultima si desume: a) dalla natura dell'interesse tutelato dalla norma violata, dall'offensività della condotta e dall'attitudine della condotta a ledere più di un interesse; b) dalla durata della

¹⁷⁰ Ai sensi del primo comma di questo articolo, le linee guida trovano applicazione ai procedimenti pendenti in fase istruttoria alla data della loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale ed a quelli avviati in data successiva.

¹⁷¹ Ai fini del calcolo della sanzione finale, in base all'art. 3 delle Linee guida, l'importo base della sanzione veniva determinato tenendo conto della sua incidenza percentuale sul fatturato dell'impresa nell'ultimo esercizio che precede l'avvio del procedimento sanzionatorio (comma 1). Tale importo base, poi, doveva essere aumentato o diminuito in ragione della personalità dell'agente e dell'eventuale opera da esso svolta per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione (comma 2).

violazione, dalla sua estensione territoriale, anche avuto riguardo, ove possibile, al numero di clienti coinvolti, e dalle altre modalità con le quali si realizza la lesione degli interessi tutelati; c) dalla rilevanza degli eventuali effetti pregiudizievoli sul mercato, sugli utenti, sui clienti finali o sull'azione amministrativa dell'Autorità; d) dagli indebiti vantaggi, economici e non, conseguiti dall'agente in conseguenza della violazione; e) dal grado di colpevolezza dell'agente desunto, tra l'altro, dall'assenza di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire violazioni della stessa specie e dal tentativo di occultare la violazione.

Rispetto all'elenco di cui all'art. 2 delle Linee guida del 2008, il Regolamento del 2012 ha aggiunto l'offensività della condotta e l'attitudine della condotta a ledere più di un interesse, mentre non distingue più in *"tenui, gravi o gravissimi"* gli effetti pregiudizievoli sul mercato, sugli utenti, sui clienti finali o sull'azione amministrativa dell'Autorità; né tiene conto del *"ruolo apicale ricoperto nell'impresa dall'autore materiale della violazione"*, in relazione all'intensità del grado di colpevolezza dell'agente.

Il nuovo Regolamento ricorre anche alla personalità dell'agente e ad altre circostanze che devono essere valutate dall'Aeegsi per quantificare la sanzione finale.

L'art. 27 del Regolamento stabilisce che l'importo base della sanzione venga aumentato o diminuito in considerazione di tutte le circostanze dalle quali si possa desumere *"il grado di inclinazione del soggetto alla commissione di illeciti amministrativi il cui accertamento è di competenza dell'Autorità"* (comma 1)¹⁷².

In particolare, ai fini dell'applicazione di quest'ultima disposizione, l'importo base della sanzione viene diminuito nei termini stabiliti dallo stesso Regolamento, ossia: *"a) di un valore non superiore alla metà se l'impresa denuncia all'Autorità la propria violazione, sempre che l'Autorità non disponga già di informazioni al riguardo e sempre che l'esercente cessi la condotta illecita e, ove possibile, ripristini la situazione anteriore alla violazione; b) di un valore non superiore ad un terzo se l'impresa coopera in modo efficace all'attività istruttoria"* (comma 2).

Rispetto alle Linee guida del 2008, sistematicamente alla introduzione dell'istituto premiale degli impegni, è stato espunto dal nuovo Regolamento la

¹⁷² L'art. 5, comma 2, delle Linee guida del 2008 si riferiva, invece, al *"grado di inclinazione del soggetto alla violazione della regolazione"*.

previsione della diminuzione della sanzione di un valore non superiore alla metà, nel caso in cui l'impresa dimostra di aver posto in essere una condotta *“comunque utile al più efficace perseguimento degli interessi affidati all'Autorità”*¹⁷³.

L'art. 27 del Regolamento stabilisce poi - in ciò ricalcando quanto dettato dalle precedenti Linee guida - che l'importo base della sanzione venga aumentato secondo questo ordine di grandezze: *“a) fino al doppio se l'impresa ha precedentemente commesso una o più violazioni dello stesso tipo; b) di un valore fino ad un quarto se l'impresa ha precedentemente commesso una o più violazioni di tipo diverso”* (comma 3).

Peraltro, le circostanze di cui al secondo e al terzo comma dell'art. 27 del Regolamento, da cui derivano, rispettivamente, la diminuzione e l'aumento della pena, non esauriscono, ai sensi del medesimo articolo, la gamma di elementi che l'Aeegsi può prendere in considerazione nel valutare la personalità dell'agente ai fini dell'aumento o della diminuzione della sanzione.

Facendo salvo quanto previsto dall'art. 27, poi, il successivo art. 28 del Regolamento disciplina la reiterazione della violazione.

In particolare, quest'ultimo articolo prevede che, qualora, nei cinque anni successivi alla commissione di un illecito, accertata con provvedimento dell'Autorità, l'agente commetta un'altra violazione della stessa indole l'Autorità può sospendere l'attività di impresa fino a sei mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti (comma 1).

All'art. 29, dedicato al *“ravvedimento operoso”*, poi, il suddetto Regolamento richiama ancora una volta l'applicazione della l. n. 689/1981 e, in particolare, del suo art. 11, per stabilire che, se l'impresa ha eliminato o attenuato le conseguenze della violazione, l'importo base della sanzione può essere diminuito.

Lo stesso articolo da ultimo citato distingue a seconda che il ravvedimento operoso sia iniziato prima o dopo l'avvio del procedimento la sanzione, prevedendo che: nel primo caso, la sanzione è diminuita di un valore non superiore ad un terzo; mentre nel secondo, anche in adempimento di

¹⁷³ Lett. c) del comma 2 dell'art. 5 delle Linee guida. Le Linee guida del 2008 prescrivevano anche gli elementi da considerare per diminuire l'importo base, ossia: *“a) benefici derivanti dall'iniziativa; b) oneri dell'iniziativa per l'impresa; c) assunzione dell'impegno prima o dopo la “comunicazione delle risultanze istruttorie” ai sensi dell'art. 16 del decreto del Presidente della Repubblica n. 244/01”* (lett. c., del comma 2).

un'intimazione, la sanzione è diminuita di un valore non superiore ad un quarto¹⁷⁴.

L'art. 30 del Regolamento precisa che, se più fatti concorrono all'aumento o alla diminuzione della sanzione, l'aumento o la diminuzione viene calcolato sull'importo risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente (comma 1); mentre, ai fini della quantificazione della sanzione, lo stesso fatto può essere valutato una sola volta e in base ad uno solo dei criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/81 (comma 2).

Ai fini della determinazione della sanzione finale, il seguente art. 31 prescrive che l'importo della sanzione venga adeguato alle *"capacità economiche"* del soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio, risultanti dall'ultimo fatturato realizzato dall'esercente nello svolgimento delle attività afferenti alla violazione nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio. Per poi precisare che la sanzione non può essere superiore al 10% del fatturato calcolato sulla base della precedente disposizione e comunque non può essere inferiore a 2.500,00 euro e superiore a 154.937.069,73 euro.

Il giudice amministrativo ha confermato, più volte, che *"la funzione non solo afflittiva, ma anche di prevenzione speciale, propria delle sanzioni pecuniarie inflitte dall'Autorità rende congruo il riferimento, ai fini della proporzionalità della sanzione, al fatturato della società interessata, quale indice adeguato della sua capacità economica"*¹⁷⁵.

Per cui, nel caso delle imprese dalle dimensioni economiche più grandi, ne consegue che, per poter avere un adeguato effetto deterrente, la sanzione *"deve essere proporzionata a siffatte dimensioni, considerando semmai il massimo edittale previsto dalla legge"*¹⁷⁶.

Posto, poi, che l'Aeegsi deve ricorrere agli indici, a suo tempo, da essa stessa posti nelle Linee guida del 2001, questione diversa è quella relativa al grado di completezza della motivazione, ai fini della ricostruzione delle valutazioni condotte dall'Aeegsi.

A tal riguardo, il giudice amministrativo ha precisato che *"[l']onere di motivare non può spingersi [...] fino al punto di indicare il calcolo matematico seguito nell'adottare il provvedimento, essendo sufficiente ai fini di un'adeguata"*

¹⁷⁴ In questi stessi termini era regolato il ravvedimento operoso da parte delle Linee guida del 2008.

¹⁷⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 novembre 2009, n. 5131; Id., sez. IV, 12 novembre 2007, n. 6261.

¹⁷⁶ CdS, sez. VI, 3 maggio 2012, n. 2507.

motivazione il rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 11 l. 689/1981 e l'indicazione delle ragioni della concreta applicazione di tali criteri”.

Più recentemente, il TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 febbraio 2013, n. 348, ha avuto modo di chiarire ulteriormente l'onere motivazionale che grava sull'Aeegsi, stabilendo che “[r]agioni di coerenza impongono che, ad una disciplina dettagliata - quale quella di cui alla delibera A.e.e.g. n. 144 del 2008 - debba corrispondere una altrettanto dettagliata esplicazione delle modalità di calcolo degli importi delle sanzioni in concreto applicate agli operatori dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, atteso che, in caso contrario, verrebbero vanificati gli intenti di garanzia della trasparenza e coerenza nelle decisioni che la stessa Autorità, con la citata delibera, ha dichiarato di voler perseguire. È, infatti, evidente che la mera indicazione dell'importo finale, senza la specificazione dell'entità dell'importo a base e delle maggiorazioni o diminuzioni ad esso apportate nonché delle ragioni di determinazione dei singoli importi, rende del tutto impossibile il controllo circa il rispetto dei criteri di quantificazione che la medesima A.e.e.g. si è data e rende, di conseguenza, inutile la stessa fissazione di criteri predeterminati (nel caso di specie, l'A.e.e.g. si è limitata ad indicare l'importo finale della sanzione senza preventivamente indicare l'ammontare dell'importo base e delle maggiorazioni e/o diminuzioni ad esso apportati)”.

Nelle motivazioni della delibera con cui l'Aeegsi ha adottato il nuovo Regolamento del procedimento sanzionatorio, viene data conferma circa il fatto che l'onere di motivazione non possa spingersi sino al punto di indicare il calcolo matematico seguito nell'adottare il provvedimento, essendo sufficiente il rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 11, della legge 689/81 e l'indicazione delle ragioni della concreta applicazione di tali criteri¹⁷⁷.

2.6 L'introduzione degli impegni nel sistema sanzionatorio dell'Aeegsi.

L'art. 6 delle Linee guida, nel valutare la personalità dell'agente ai sensi del primo comma dell'art. 5, prevedeva che l'Aeegsi potesse tenere conto, ove le ritenesse meritevoli di apprezzamento, anche delle eventuali iniziative che l'impresa dichiarava di voler assumere per il miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati o comunque utili al più efficace perseguimento degli interessi affidati all'Autorità (comma 1).

¹⁷⁷ In proposito, la delibera cita Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397 e Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010.

Più dettagliatamente, in base a dette Linee guida, l'importo base della sanzione poteva essere ridotto anche qualora l'impresa, trovandosi nell'impossibilità di mettere in atto l'iniziativa di cui al precedente comma entro il termine di conclusione del procedimento, si impegnasse a portarla a compimento nel termine fissato dall'Aeegsi; e, in questo caso, la sanzione poteva essere diminuita di un valore non superiore alla metà tenendo conto dei seguenti elementi: *"a) benefici derivanti dall'iniziativa; b) oneri dell'iniziativa per l'impresa; c) assunzione dell'impegno prima o dopo la "comunicazione delle risultanze istruttorie" ai sensi dell'art. 16 del decreto del Presidente della Repubblica n. 244/01"* (comma 5).

Tuttavia, qualora la realizzazione delle suindicate iniziative fosse mancata, inesatta o tardiva, l'Aeegsi poteva avviare un procedimento ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c) della l. n. 481/95, per l'applicazione di una sanzione almeno pari al doppio della differenza tra la sanzione che l'Autorità avrebbe irrogato qualora non avesse considerato meritevoli di apprezzamento le suddette iniziative e la sanzione concretamente irrogata (comma 6).

Il sistema di attenuanti delineato dall'Aeegsi nelle sue Linee guida presentava delle analogie con gli istituti premiali adottati dall'Agcm nelle procedure in materia di tutela della concorrenza.

In particolare, si avvicinava all'istituto dei programmi di clemenza la previsione di cui all'art. 5, comma 2, delle Linee guida, per la quale la sanzione va ridotta: di un valore non superiore alla metà, in caso di "autodenuncia", ossia *"se l'impresa denuncia all'Autorità la propria violazione, sempre che l'Autorità non disponga già di informazioni al riguardo e sempre che l'esercente cessi la condotta illecita e, ove possibile, ripristini la situazione anteriore alla violazione"* (lett. a); di un valore non superiore a un terzo, in caso di cooperazione, ossia *"se l'impresa coopera in modo efficace all'attività istruttoria"* (lett. b); di un valore non superiore alla metà, *"se l'impresa dimostra di aver posto in essere una condotta meritevole di apprezzamento volta al miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati o comunque utile al più efficace perseguimento degli interessi affidati all'Autorità"* (lett. c).

Il miglioramento delle condizioni di mercato e il perseguimento degli interessi da ultimo indicati, inoltre, venivano contemplati dalle Linee guida anche nell'ottica di una loro valutazione prognostica da parte dell'Aeegsi, in quanto l'art. 6 di queste Linee stabiliva che, ai fini della riduzione della sanzione, l'Aeegsi tenesse conto anche delle eventuali iniziative che l'impresa dichiarava di voler assumere per il *"miglioramento delle condizioni dei"*

mercati regolamentati” o comunque utili al *“più efficace perseguimento degli interessi affidati all’Autorità”*.

Come evidenziato in dottrina, l’applicazione di questi ultimi parametri per la determinazione della sanzione, in particolare, avrebbe assegnato all’Aeegsi un compito caratterizzato da una significativa discrezionalità, comportando “una ponderazione di interessi estranei al procedimento [sanzionatorio] e non un accertamento della sanzione”¹⁷⁸.

Tale ricostruzione è condivisibile, soprattutto se si tiene conto del fatto che, nella sostanza, si affida all’Aeegsi un’operazione valutativa di bilanciamento tra la gravità dell’illecito accertato e l’utilità pronosticata degli impegni assunti.

Tuttavia, si deve anche tenere conto del fatto che l’estensione di tale discrezionalità, ai tempi in cui veniva applicate dette Linee guida, era limitata dal fatto che, a differenza dell’Agcm per impegni antitrust, la legge e, tantomeno, il d.P.R. n. 244/2001 non consentivano all’Aeegsi di chiudere il procedimento senza sanzionare le imprese che si sono viste accettare gli impegni, potendo soltanto diminuire la sanzione nei loro confronti.

Le previsioni di cui all’art. 6 delle Linee guida sono state riprese dal nuovo Regolamento del procedimento sanzionatorio, alle lett. a) e b) del secondo comma dell’art. 27, rispettivamente per quanto riguarda i casi di “autodenuncia”, per cui prevede la riduzione di un valore non superiore alla metà; e i casi di cooperazione efficace all’attività istruttoria dell’Aeegsi, per i quali prevede la riduzione di un valore non superiore a un terzo.

Mentre, la lett c) dell’articolo da l’ultimo citato del Regolamento, al fine della riduzione di un valore non superiore alla metà, fa esclusivo riferimento alla circostanza che l’impresa dimostri di aver posto in essere una condotta meritevole di apprezzamento volta al *“miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati”*; senza, cioè, menzionare a quest’ultimo fine - come invece facevano le Linee guida - il *“più efficace perseguimento degli interessi affidati all’Autorità”*.

Quest’ultimo ordine di interessi, infatti, è ora contemplato con altre parole dal nuovo Regolamento come condizione per l’accettazione di impegni, che, differentemente dal regime delle Linee guida, se assunti dall’impresa e

¹⁷⁸ M. PASSARO, in *Le sanzioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas (AEEG)*, cit., p. 1049.

accettati dall'Aeegsi, possono determinare la chiusura del procedimento senza irrogazione della sanzione.

In applicazione dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/2011, il Regolamento del 2012 disciplina il procedimento per la presentazione ed accettazione degli impegni, come vero e proprio sub-procedimento del procedimento sanzionatorio dell'Aeegsi.

Questo sub-procedimento si apre con la fase destinata alla dichiarazione di ammissibilità ed alla conseguente pubblicazione della proposta degli impegni.

In particolare, a pena di decadenza, in base all'art. 16 del Regolamento, *“entro trenta giorni dalla notifica della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio, il soggetto destinatario della delibera di avvio può presentare, al responsabile del procedimento, impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate”* (comma 1).

La proposta di impegni, a pena di irricevibilità, deve essere redatta per iscritto secondo lo schema allegato allo stesso Regolamento del 2012, e contenere in dettaglio gli obblighi che l'operatore si dichiara disposto ad assumere, i costi previsti ed i relativi tempi di attuazione (comma 2)¹⁷⁹.

Nel caso in cui si renda necessario, il responsabile del procedimento può chiedere al proponente chiarimenti e precisazioni sulla proposta redatta. A pena di decadenza nei successivi trenta giorni, il proponente presenta al responsabile del procedimento un'integrazione della proposta di impegni tenendo conto dei chiarimenti o precisazioni richiesti (comma 4).

La tempestiva presentazione della proposta di impegni comporta l'interruzione dei termini del procedimento fino alla comunicazione della declaratoria di irricevibilità da parte del responsabile del procedimento, del provvedimento di inammissibilità di cui all'art. 17 del Regolamento o del provvedimento finale di cui al successivo art. 19 (comma 5).

La proposta di impegni è comunicata ai soggetti partecipanti al procedimento (comma 6).

Ai sensi dell'art. 17 del Regolamento, l'Aeegsi, sentito il responsabile del procedimento, con proprio provvedimento, dichiara ammissibile la proposta di impegni, disponendo altresì la pubblicazione della proposta di impegni sul

¹⁷⁹ I proponenti che intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, devono contestualmente presentare, a pena di decadenza, un'apposita richiesta adeguatamente motivata e evidenziare in appositi riquadri le parti riservate (art. 16, comma 3, Regolamento 2012).

proprio sito *internet*, secondo modalità che tengano conto di eventuali esigenze di riservatezza (art. 17, comma 1).

La proposta di impegni è dichiarata ammissibile dall'Aeegsi, sentito il responsabile del procedimento, nei seguenti casi: “a) *qualora appaia carente di serietà o presentata per finalità dilatorie; b) nel caso in cui la condotta contestata non sia cessata; c) nel caso in cui le misure contenute nella proposta di impegni non siano altresì idonee a ripristinare l'assetto degli interessi anteriore alla violazione, eliminando o attenuando le eventuali conseguenze immediate e dirette della violazione; d) qualora gli impegni proposti consistano nel mero adempimento dell'obbligo violato; e) in tutti i casi in cui gli impegni assunti siano manifestamente inutili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate; f) qualora l'Autorità, in funzione della particolare gravità della violazione contestata o dei precedenti provvedimenti sanzionatori dai quali possa desumersi la particolare inclinazione del soggetto alla commissione di illeciti amministrativi di competenza dell'Autorità, ritenga di dover procedere all'accertamento della violazione*” (art. 17, comma 2).

Qualora il procedimento sia stato avviato per accertare violazioni di decisioni dell'ACER, l'Autorità valuta l'idoneità degli eventuali impegni, sentita l'ACER stessa (art. 17, comma 3).

In ogni caso, la decisione relativa all'ammissibilità degli impegni è comunicata al proponente gli impegni e ai soggetti intervenuti nel procedimento (art. 17, comma 4).

Il nuovo Regolamento del 2012 disciplina lo svolgimento dell'istruttoria che segue alla pubblicazione della proposta degli impegni, stabilendo che i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro e non oltre trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito *internet* dell'Autorità (art. 18, comma 1).

Queste osservazioni, di regola presentate con modalità telematiche (art. 18, comma 2), sono pubblicate sul sito *internet* a cura del responsabile del procedimento, una volta che sia scaduto il termine per la loro presentazione (art. 18, comma 3)¹⁸⁰.

Entro trenta giorni successivi alla suindicata pubblicazione, il soggetto che ha proposto gli impegni può rappresentare per iscritto la propria posizione

¹⁸⁰ I partecipanti al procedimento che intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite, devono contestualmente presentare, a pena di decadenza, un'apposita richiesta adeguatamente motivata e evidenziare in appositi riquadri le parti riservate (art. 18, comma 4).

in relazione alle osservazioni presentate dai terzi ed eventualmente introdurre le conseguenti modifiche accessorie agli impegni (art. 18, comma 5).

Inoltre, nel caso in cui si renda necessario, il responsabile del procedimento può chiedere ai soggetti interessati ulteriori informazioni ed elementi utili alla valutazione degli impegni (art. 18, comma 6).

All'esito dell'attività istruttoria dedicata agli impegni, l'Aeegsi valuta se la proposta di impegni sia utile al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate (art. 19, comma 1). E, ai fini di quest'ultima valutazione, il Regolamento riconosce rilievo anche al rapporto tra la gravità della violazione e gli impegni proposti (art. 19, comma 2).

Ove tale giudizio sia positivo, l'Autorità, con proprio provvedimento, rende obbligatori per il proponente gli impegni e chiude il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione, salvo quanto disposto dall'art. 20 del Regolamento (art. 19, comma 3), in forza del quale, l'Aeegsi riavvia il procedimento sanzionatorio, qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o il relativo provvedimento finale di accoglimento si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, fornite dal proponente (art. 20, comma 1).

In quest'ultimo caso, all'esito del relativo procedimento, l'Aeegsi può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni (art. 20, comma 2).

In caso di esito negativo del suddetto giudizio, invece, l'Aeegsi dispone con provvedimento il rigetto della proposta di impegni e la prosecuzione del procedimento sanzionatorio (art. 19, comma 4).

Il provvedimento finale viene comunicato ai partecipanti al procedimento e pubblicato sul sito *internet* dell'Autorità, secondo modalità che tengano conto di eventuali esigenze di riservatezza di dati e informazioni (art. 19, comma 5).

Capitolo IV

Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sull'accesso al fatto e sulle valutazioni tecniche dell'Agcm: l'iniziale self restraint del giudice amministrativo - 1.2 (*segue*) e la successiva apertura verso un controllo più penetrante e incisivo. - 2. Il sindacato giurisdizionale sull'applicazione della sanzione antitrust. - 2.2 (*segue*) e sull'accettazione degli impegni e sull'applicazione dei programmi di clemenza. - 3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla regolazione dell'Aeegi - 3.2. (*segue*) e sull'applicazione delle relative sanzioni.

1. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'accesso al fatto e sulle valutazioni tecniche dell'Agcm: l'iniziale self-restraint del giudice amministrativo.

I primi dodici anni di applicazione della l. n. 287/1990 sono stati segnati da un atteggiamento di self-restraint delle corti amministrative nei confronti dell'accesso al fatto e delle valutazioni tecniche dell'Agcm.

Questo atteggiamento è ben evidente nel Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348¹, che ha parzialmente riformato una pronuncia del TAR Lazio accogliendo tre censure su quattro proposte dall'Agcm, dirette a far valere l'illiceità del comportamento anticoncorrenziale oggetto del provvedimento impugnato.

Tale provvedimento ha riguardato l'accertamento della titolarità di una posizione dominante nel mercato del cemento per il tramite di una società partecipata, e il conseguente accertamento dell'abuso di questa posizione vendendo calcestruzzo a prezzi inferiori ai costi e stipulando contratti atipici denominati *tying contracts*.

Nel giudizio di appello aveva assunto particolare importanza l'individuazione geografica del mercato rilevante, in quanto il TAR Lazio ne

¹ In *Giust. civ.*, 2000, 7-8, pp. 2169 ss., con nota di M. ANTONIOLI, *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*.

aveva dato un'interpretazione diversa dall'Agcm, sostituendo le valutazioni di quest'ultima con le proprie. Su questo punto il Consiglio di Stato ha stabilito che *“i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito”*, e che *“[p]urché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giudiziale non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme”*.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha aggiunto che, qualora si eccepisse il vizio di eccesso di potere, *“il giudice [...] può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate”*.

Il self-restraint del giudice amministrativo è stato successivamente rimodulato nella sentenza 23 aprile 2002, n. 2199², con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha parzialmente accolto i ricorsi in appello proposti da alcune imprese assicurative, diffidate e sanzionate dall'Agcm per aver posto in essere intese restrittive della concorrenza nella forma di pratiche concordate di vendita congiunta di polizze CVT e RCA, e di scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti.

Con questa sentenza il giudice di appello ha avuto modo di precisare l'ambito del sindacato giurisdizionale amministrativo in riferimento alle varie fasi nelle quali si articola l'attività di controllo dell'Agcm, cui corrispondono le diverse parti dei provvedimenti sanzionatori atipici adottati, ossia: a) una prima fase, ove i fatti vengono accertati; b) una seconda fase, nella quale la norma a tutela della concorrenza viene contestualizzata facendo riferimento ai concetti giuridici indeterminati di mercato rilevante, abuso di posizione dominante e intese restrittive della concorrenza, comportando la necessità, quindi, di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato, in quanto *“le norme in materia di concorrenza non sono di «stretta interpretazione», ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale”*³; c) una terza fase, in cui i fatti accertati vengono confrontati

² In *Giur. comm.*, 2003, 2, pp. 170 ss., con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

³ Sul punto il Consiglio di Stato richiama un suo precedente nella sentenza 2 marzo 2001, n. 1189/2001, in *Foro Amm.*, 2001, 611.

con il parametro come sopra contestualizzato; d) un'ultima fase, ove vengono applicate le sanzioni previste dalla legge.

Per quanto riguarda la “fase di accertamento dei fatti”, il Consiglio di Stato ha sostenuto il potere del giudice amministrativo di “*pieno accesso al fatto*” in modo tale da essere idoneo, nel contempo, alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Secondo il Consiglio di Stato, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Agcm possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi, con ciò dando per presupposta la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Agcm e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione⁴

Una certa “deferenza” del giudice amministrativo d'appello, invece, riemerge in riferimento alla “fase di contestualizzazione della norma antitrust” e alla successiva “fase di confronto con i fatti accertati”. In merito a queste due fasi, il Consiglio di Stato ha premesso che l'Agcm esercita, almeno in parte, “*un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo*”, sostenendo che una discrezionalità di tipo amministrativo sarebbe ipotizzabile, al più, per i provvedimenti di dispensa o di deroga di cui agli artt. 4 e 25⁵ della l. n.

⁴ In particolare, il Consiglio di Stato ritiene superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali. In particolare, il giudice di appello ha ricordato come, ormai, anche nei giudizi di legittimità, l'ammissibilità dei c.d. “vizi sintomatici estrinseci” all'atto ha portato a ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere le questioni di fatto la cui risoluzione è necessaria per verificare l'esistenza dei vizi dell'atto impugnato. A questo riguardo, il giudice di appello ha fatto notare come l'introduzione dello strumento della C.T.U. nel processo amministrativo, dapprima per la sola giurisdizione esclusiva (art. 35, comma 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80) e poi anche in quella di legittimità (art. 44 del T.U. n. 1054/1924, come novellato dall'art. 1 della legge 21 luglio 2000, n. 205), abbia fatto cadere anche quelle limitazioni di tipo processuale che venivano richiamate come basi della limitazione del sindacato giurisdizionale amministrativo. Secondo il Consiglio di Stato, poi, è con l'estensione delle materie di giurisdizione esclusiva che è confermato il potere del giudice amministrativo di “*pieno accesso al fatto*”, idoneo nel contempo alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

⁵ In base all'art. 25, comma 1, della l. n. 287/1990, sulla base dei criteri determinati in linea generale e preventiva dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, l'Agcm può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, della medesima legge, “*sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti*”, essendo anche stabilito che “*L'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato*”.

287/90.

In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che le valutazioni tecniche dell'Agcm non si fondano su regole scientifiche esatte e inopinabili ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, prevalentemente economiche. In questi casi, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco ma deve consentire al giudice un "controllo intrinseco", avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione

Ciononostante, il giudice d'appello ha affermato che il sindacato giurisdizionale amministrativo non può essere di tipo forte, ossia tale da tradursi in un potere sostitutivo del giudice, fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile di quest'ultimo a quella dell'Agcm⁶.

In altre parole, il giudice non può modificare l'impostazione generale seguita dall'Agcm nello svolgere una determinata indagine e nelle conseguenti valutazioni ad essa rimesse. L'esclusione del sindacato c.d. "forte" è stata giustificata dal fatto che *"la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati"*.

In queste due fasi, quindi, il Consiglio di Stato ha ammesso esclusivamente un "controllo di tipo debole", ove al giudice spetta solo di verificarne la legittimità, anche sotto il profilo delle regole tecniche applicate, delle indagini e delle valutazioni condotte dall'Agcm⁷. In particolare, le cognizioni tecniche eventualmente acquisite grazie al consulente tecnico vengono utilizzate dal giudice soltanto per effettuare "un controllo di

⁶ Il Consiglio di Stato (pur indicandone erroneamente il numero) giunge a questa conclusione applicando al caso i principi dallo stesso formulati nella sentenza CdS, sez. IV, 4 aprile 1999, n. 601 (in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, pp. 182 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*; e di P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, pp. 212 ss.), con cui è stata affermata l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della p.a..

⁷ Il Consiglio di Stato ha esemplificato la "debolezza" del sindacato affermando che *"il giudice non può sostituire l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Autorità, ma può verificarne la correttezza secondo quanto detto in precedenza; parimenti il giudice non può sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'Autorità, né può modificare l'impostazione dell'indagine, e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità; basti pensare alla scelta (legittima) operata nel presente provvedimento dall'Autorità di non indagare gli effetti concreti della pratica contestata, limitandosi all'accertamento dell'oggetto anticoncorrenziale e degli effetti potenziali"*.

*ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa*⁸.

Per il Consiglio di Stato, tale assenza del potere sostitutivo corrisponderebbe ai principi di *“efficienza e buon andamento dell’amministrazione”* stabiliti dall’art. 97 Cost., nonché alla peculiarità della tutela amministrativa della concorrenza di essere caratterizzata da una *“particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza”*. Per espressa affermazione del Consiglio di Stato, i suddetti principi possono essere tradotti in regole concrete, che devono guidare il giudice amministrativo nel sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’Agcm.

Sotto questo punto vista, le affermate esigenze di efficienza e buon andamento hanno ispirato il giudice amministrativo anche nell’interpretazione ed uso della consulenza tecnica d’ufficio (C.T.U), quel mezzo istruttorio nato in campo processuale civile come ausilio cognitivo del giudice ordinario in un particolare ambito ove ritiene di non essere sufficientemente preparato, e solo successivamente generalizzato per il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁹.

In particolare, nella stessa sentenza n. 2199/2002, il Consiglio di Stato, pur ritenendo in astratto ammissibile l’utilizzo della C.T.U., ha precisato che *“non è ammissibile far “ripercorrere” dal C.T.U. le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all’amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale”*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tramite tale mezzo probatorio può soltanto essere delegato al consulente *“l’accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto del fatto o comunque gli potrà essere chiesto un ausilio finalizzato ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico-specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere*

⁸ Cfr. Cons. Stato, IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

⁹ Come è noto, è solo con la riforma dell’art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 80/1998, da parte dell’art. 7 della l. n. 205/2000, che l’istituto della C.T.U. è stato introdotto anche per il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, così arricchendone gli strumenti istruttori, insieme alla previsione dell’ammissibilità di tutte le altre prove previste dal codice di procedura civile, con esclusione della confessione e del giuramento. Il Codice del processo amministrativo ha confermato la C.T.U. del giudice amministrativo fornendone una disciplina organica.

*caratterizzati da obiettiva difficoltà*¹⁰.

1.2 (*segue*) e la successiva apertura verso un controllo più penetrante e incisivo.

Successivamente, l'impostazione di auto-limitazione dimostrata dal giudice amministrativo nel controllo verso l'Agcm è stata temperata con la sentenza 2 marzo 2004, n. 926¹¹, con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha respinto il ricorso proposto dall'Agcm contro la sentenza del TAR Lazio che aveva annullato la sanzione pecuniaria irrogata ad una serie di imprese che avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza nella fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni.

In riferimento a questo caso, il giudice d'appello ha precisato il significato dell'espressione "sindacato debole" sulla base della premessa per cui, nonostante l'esclusività della giurisdizione del giudice amministrativo, questa rimane una "giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso", secondo la definizione di cui al Regolamento CE n. 1/2003.

Confermando la natura di "giudizio di tipo impugnatorio", il Consiglio

¹⁰ La distinzione operata dal Consiglio di Stato tra pieno accesso al fatto da una parte e sindacato debole sull'analisi economica condotta dall'Agcm dall'altra, è presente anche in riferimento all'attività autorizzatoria dell'Agcm in materia di concentrazioni. Ciò è osservabile nella nota sentenza CdS 1 ottobre 2002, n. 5156 (in *D&G*, 2002, 36, 49 ss., con nota di M. ALESIO, *Il caso ENEL-Infstrada fra sindacato giurisdizionale sulle valutazioni complesse e principio di proporzionalità*), con cui è stato accolto l'appello dell'Agcm contro la decisione del TAR Lazio che aveva stabilito che Enel non aveva una posizione dominante del mercato della fornitura a clienti idonei effettivi e potenziali, e che, pertanto, avesse titolo a vedersi autorizzare la concentrazione senza le condizioni precedentemente imposte dall'Agcm. Il Consiglio di Stato ha giustificato la sussistenza di un sindacato debole sulla base della circostanza che la complessità delle valutazioni tecniche è spesso collegata alla rilevanza, nelle relative scelte, di interessi di rango primario, protetti da norme costituzionali, la cui ponderazione è sovente affidata dal Legislatore ad amministrazioni dotate di una "particolare legittimazione, sotto il profilo della qualificazione tecnica". Per il Consiglio di Stato è stato determinante il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con i propri provvedimenti viene realizzata "al di fuori del circuito dell'indirizzo politico", assumendo particolare rilievo che la tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, siano stati affidati ad un'autorità caratterizzata non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per "l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità".

¹¹ In *Foro it.*, 2005, 3, pp. 6 ss., con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust.*

di Stato, ha affermato che compete al giudice di verificare se il potere spettante all'Agcm sia stato correttamente esercitato, sottolineando altresì che si tratta di un potere vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Agcm.

Di conseguenza, al giudice amministrativo spetterebbe di verificare ex post l'operato dell'Agcm senza incontrare *“alcun limite”*, ossia *“potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame”*.

Fatta questa premessa, il Consiglio di Stato ha spiegato che, con l'espressione *“sindacato di tipo debole”*, non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo mediante il quale l'Agcm applica alla fattispecie concreta la regola individuata, ma ha inteso solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale *“non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere”*.

Pertanto, *“[i]l giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di “contestualizzazione” della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro “contestualizzato”*”.

Il Consiglio di Stato, in una sedicente prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario, è infine arrivato a sostenere che le modalità con cui il giudice amministrativo ha affrontato la questione del sindacato giurisdizionale degli atti dell'Agcm sono apparse molto simili a quelle del giudice comunitario.

La giurisprudenza successiva ha privilegiato un sindacato intrinseco, effettivo, particolarmente penetrante ma non sostitutivo.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515¹², respingendo il ricorso in appello proposto da alcune imprese produttrici di conglomerato bituminoso che secondo l'Agcm avevano posto in essere un'intesa per la ripartizione della produzione e la fissazione dei prezzi minimi di vendita, ha chiarito come *“il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, anche riferite all'individuazione del mercato rilevante,*

¹² In *Foro amm.* CDS, 2007, 2, 594.

compiute dall'Autorità”.

La sesta Sezione ha inteso *“abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato”.*

Secondo questa interpretazione, *“il giudice amministrativo può sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, il sindacato è 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”.*

L'orientamento prospettato dal Consiglio di Stato, quindi, *“esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità”*¹³.

Il limite rappresentato dall'impossibilità del giudice di sostituirsi all'Agcm è stato successivamente confermato dalla giurisprudenza, che sembrerebbe averlo individuato in quell'ambito di opinabilità tecnica che, pur presupponendo la completezza dell'accesso al fatto e la correttezza e congruità delle valutazioni tecniche condotte dall'Agcm, rimarrebbe incompressibile in

¹³ Con riguardo alle valutazioni tecniche, nella sentenza 17 dicembre 2007, n. 6469, relativa ad un'intesa intervenuta tra i due principali soggetti operanti nel mercato italiano dei giochi e delle scommesse, il Consiglio di Stato, ha riconfermato che il giudice amministrativo può sindacarle senza alcun limite, poiché *“anche quando riferite ai c.d. 'concetti giuridici indeterminati', la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione”.* Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo *“si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame”.*

quanto pur sempre fisiologico alle scienze inesatte¹⁴.

In riferimento ad una intesa nel settore dei rifornimenti aeroportuali posta in essere da diverse società petrolifere attraverso un insieme di condotte volte al coordinamento del comportamento commerciale dei concorrenti all'interno di un contesto oligopolistico, il Consiglio di Stato, nella sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, ha precisato che *“il giudice amministrativo, a differenza di quello penale, non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non spetta a lui condividerla, ma solo verificarne la validità”*.

Tuttavia, in siffatto modello il giudice amministrativo incontra il limite del *“divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione”*, il che significa che *“al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del*

¹⁴ Nel senso di escludere un sindacato di tipo non sostitutivo, del resto, si è espressa anche la Cass. civ., sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063, per la quale il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Agcm, fermo rimanendo sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza.

*giudizio tecnico formulato dall'amministrazione*¹⁵.

Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, quindi, alla fine dell'istruttoria finalizzata all'accertamento degli illeciti antitrust, la scelta tra le diverse soluzioni tecnicamente accettabili sarebbe comunque riservata all'Agcm, la quale sarebbe soggetta ad un controllo del giudice in riferimento alla correttezza del ragionamento seguito, che si traduce in un giudizio sull'accettabilità delle soluzioni adottate.

2. Il sindacato giurisdizionale sull'applicazione della sanzione antitrust.

Per quanto riguarda il sindacato del giudice amministrativo sull'an e sul quantum della sanzione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata caratterizzata dall'affermazione di una "giurisdizione piena" del giudice amministrativo in applicazione dell'art. 23 della l. n. 689/81.

¹⁵ Per il Consiglio di Stato, "[a]llorquando la norma prenda in considerazione fatti il cui accertamento richieda l'impiego di regole extragiuridiche spetta all'amministrazione la loro applicazione e, ove queste consistano in leggi di carattere relativo, la scelta tra le varie soluzioni prospettabili e traducendosi questo potere pur sempre nell'applicazione della norma di legge, il suo cattivo esercizio si risolve in un vizio di legittimità del provvedimento, e non può non essere sindacabile sotto il profilo dell'adozione della regola o del modo di formazione del giudizio tecnico, con l'unico limite che risiede nel divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione. Da ciò ne discende che al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall'amministrazione, che implicherebbe la neutralizzazione del potere di applicazione delle regole extragiuridiche attribuito dalla legge all'amministrazione ed, in definitiva, il sovvertimento dell'essenza (non meno che l'attività di ponderazione degli interessi) della funzione pubblica". Da segnalare in linea con questa sentenza è il CdS 12 febbraio 2007, n. 550, in materia delle concentrazioni, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, 1, pp. 3204 ss., con nota di A. MUSSA, *Giurisdizione amministrativa ed atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*. Con quest'ultima decisione, il Consiglio di Stato ha accolto in parte il ricorso in appello proposto dalla Cassa depositi e prestiti contro la sentenza del TAR Lazio, che aveva riconosciuto legittimo il provvedimento con cui l'Agcm subordinava l'attuazione di due operazioni di concentrazione da realizzarsi contestualmente ad unificare in capo ad un unico soggetto la proprietà della Rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica e la Gestione della stessa. In questa occasione, pur sempre affermando che il sindacato giurisdizionale si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Agcm, il Consiglio di Stato ha precisato quale sia il limite finale alla statuizione del giudice. Quest'ultimo, infatti, "dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte di tipo valutativo; non potendosi sostituire ad un potere già esercitato, ma dovendo soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta [...] senza poter incidere su quel quid di opinabilità che residua in capo al decidente a seguito dell'applicazione di nozioni e regole indeterminate e non del tutto definite come possono essere quelle economiche e talvolta, in molti casi, anche quelle giuridiche".

Particolarmente significativa al riguardo, se letta come indicativa dell'orientamento del Consiglio di Stato prima dei passaggi interpretativi segnati dalle sentenze nn. 2199/2002 e n. 926/2004, è la sentenza 20 marzo 2001, n. 1671¹⁶, con cui il Consiglio di Stato, in merito alla pretesa sproporzione della sanzione da parte delle imprese appellanti, aveva chiarito la clausola di rinvio dell'art. 31 della l. n. 287/1990 al capo, I, sezioni I e II della legge n. 689/1981¹⁷, e stabilito che *“la graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo edittali costituisce un apprezzamento di fatto che spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e in relazione al quale è prevista una giurisdizione piena del giudice, che ha il potere di modificare la misura della pena, e anche di ridurla (art. 23, L. n. 689 del 1981)”*¹⁸.

Il Consiglio di Stato ha anche precisato che l'esercizio del potere di modifica dell'atto amministrativo da parte del giudice presuppone pur sempre che sia stata riscontrata una illegittimità o *“una inopportunità dell'operato dell'autorità amministrativa,”* operato che, pertanto, è sindacabile da parte del giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti e iniquità.

Una parte della dottrina aveva allora messo in evidenza il fatto che, fino a quando al giudice amministrativo non fosse stato riconosciuto il potere di rivalutare le scelte tecniche compiute dall'Agcm, né quello di applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, il suo potere di modificare la misura della

¹⁶ In *D&G*, 2001, 17, pp. 81 ss..

¹⁷ Secondo il Consiglio di Stato, a norma dell'art. 11, della l. n. 689/1981, applicabile anche alle sanzioni per gli illeciti anticoncorrenziali in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 31, della l. n. 287/1990, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria *“si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

¹⁸ In termini identici, cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2869, in Foro amm. CDS 2002, 1329 ss.. Nella stessa sentenza n. 2199/2002, considerata la necessità di un sindacato ampio sull'irrogazione della sanzione pecuniaria, il Consiglio di Stato ha precisato che *“il rinvio di cui all'art. 31 della legge n. 287/90 alle disposizioni, “in quanto applicabili”, contenute nel capo, I, sezioni I e II della legge n. 689/1981, limitato alle sole sanzioni amministrative pecuniarie, deve essere interpretato, anche alla luce del successivo art. 33 che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A., come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 delle legge n. 689/81, che consente al giudice (in questo caso, quello amministrativo) di annullare in tutto o in parte (l'ordinanza) o di modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta (la contraria tesi sostenuta da Cass., sez. unite, n. 52/1994 era riferita all'assenza dei poteri di cui al citato art. 23 in capo al Pretore, spettando la giurisdizione al giudice amministrativo, senza individuazione specifica dei poteri di cognizione di quest'ultimo)”*.

pena sarebbe risultato essere sostanzialmente limitato, nonostante le affermazioni di principio di cui alla successiva giurisprudenza¹⁹.

Sulla base di questo rilievo, è possibile osservare come, prima della sentenza n. 515/2007, il giudice amministrativo controllasse che la decisione sul se e sul quanto delle sanzioni antitrust fosse congrua e proporzionata rispetto a quanto accertato e valutato dall'Agcm in termini di gravità degli illeciti, senza però arrivare a controllare in modo penetrante la valutazione sulla gravità, né tendenzialmente, prima della sentenza n. 926/2004, l'accesso al fatto.

Ancora nella sentenza n. 2199/2002, ad esempio, il Consiglio di Stato, dopo aver affermato che, nell'esercizio del sindacato, è inammissibile far ripercorrere al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni tecniche rimesse in prima battuta all'Agcm, ha precisato che questo non vale per il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità, poiché in quel caso “è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante”²⁰.

In questo passaggio, emerge chiaramente come, ai fini del relativo controllo, le valutazioni tecniche siano destinate ad un controllo differente a seconda che queste siano sottese all'esercizio del potere inibitorio/ordinatorio o del potere sanzionatorio dell'Autorità.

Nel corso del tempo, il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni poste alla base delle sanzioni irrogate si è dimostrato particolarmente forte pur senza travalicare il ruolo istituzionale dell'Agcm. Nel confermare che il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità è pieno e può giungere fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione, il Consiglio Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, ha precisato che “*il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata*

¹⁹ Cfr. M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 330 ss., che rileva come “il parziale e limitato riconoscimento di una giurisdizione piena non consente di garantire un'adeguata tutela ai singoli”. Ciò che, per l'A., manca alla tutela sanzionatoria per definirsi adeguata è “il punto di attacco, la premessa, ossia la possibilità di un sindacato pieno sui presupposti applicativi della sanzione stessa”.

²⁰ Sul piano dei principi giuridici coinvolti, il Consiglio di Stato ha evidenziato la diversa natura del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Agcm, stabilendo che “*la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.)*”.

dall'Autorità antitrust, è un sindacato, che, come già detto, non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, potendo però il giudice censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili”.

Con specifico riferimento alla quantificazione delle sanzioni, è interessante osservare come il Consiglio di Stato, sez. VI, 30 agosto 2002 n. 4362, abbia adattato il proprio sindacato sulle sanzioni dopo che l'art. 15 della legge n. 287/90, come modificato dall'art. 11, comma 4 della legge n. 57/2001, ha eliminato una percentuale minima della sanzione²¹.

Questa modificazione normativa, secondo la sesta Sezione, ha “*ampliato il margine di discrezionalità dell'Autorità*”, implicando “*la necessità di una più adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria da irrogare, attraverso l'indicazione di criteri di ordine generale o in alternativa mediante specifiche e più approfondite spiegazioni relative ai singoli casi anche confrontati con le sanzioni già irrogate*”.

Secondo poi quanto stabilito nella sentenza n. 926/2004, il giudice amministrativo può spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Agcm “*anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione*”, estensione che è stata giustificata tenendo conto anche della “*diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria*”.

Successivamente, il Consiglio di Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368²², si è nuovamente concentrato sull'effetto punitivo delle sanzioni pecuniarie dell'Agcm, affermando che “*la devoluzione della materia delle sanzioni antitrust al giudice amministrativo non può comportare certo una riduzione di tutela rispetto a quanto previsto innanzi al giudice ordinario in materia di sanzioni pecuniarie*”. “[L]’impugnazione delle sanzioni pecuniarie infatti determina una controversia, quanto alla misura della sanzione, sulla pretesa alla tutela del diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali eccedenti quanto previsto dalla legge in materia di prestazioni imposte”.

²¹ V. nota 23.

²² In *Foro amm.* CDS, 2005, 4, pp. 1201 ss., con nota di M. GIORDANO, *Il Consiglio di Stato e il “sistema” delle sanzioni antitrust..*

Occorre ora soffermarsi sul fatto che l'art. 134, comma 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo, ha stabilito che il giudice amministrativo *“esercita la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”*²³.

In particolare, ora che l'art. 134, comma 1, del Codice del processo amministrativo, fa espressamente riferimento al “merito”, occorre verificare come la giurisprudenza amministrativa abbia effettivamente inteso questa espressione. Più precisamente occorre verificare se, facendo leva su tale espressione, il giudice amministrativo abbia colto occasione per configurare un sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni poste alla base delle sanzioni antitrust.

Al riguardo, sembra che il giudice amministrativo si sia effettivamente limitato a riconoscere nel Codice un mero consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale sino a quel momento sviluppatosi in riferimento ai poteri esercitabili dal giudice delle sanzioni antitrust, ossia gli stessi del giudice ordinario per la rideterminazione della sanzione, previsti dall'art. 23 della l. n. 689/1981.

In effetti, il Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896²⁴, riguardante sanzioni per intese su aumenti concertati del prezzo di cessione della pasta secca di semola, ha affermato che nell'applicazione delle norme ai fatti tali concetti vengono adattati al caso specifico attraverso una valutazione giuridica complessa da cui dipende la “contestualizzazione” delle fonti normative. Secondo il Consiglio “[n]on di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni”, e “[i]l giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve

²³ Il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, ha integrato la lett. c, del primo comma dell'art. 134, prevedendo che tra le sanzioni soggette alla giurisdizione di merito del giudice amministrativo vi siano anche *“quelle previste dell'art. 123 [del Codice del processo amministrativo]”*, ossia le sanzioni alternative in caso di efficacia o inefficacia temporalmente limitata dei contratti pubblici. Inoltre, l'art. 135 prevede la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, confermando quanto prima interpretato dalla giurisprudenza nel silenzio della l. n. 287/1990. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 1993, n. 132, in *Giust. civ.*, 1993, 1, 1124.

²⁴ In *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 562 ss..

valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate”.

L'ambito della giurisdizione di merito prevista dall'art. 134, comma 1, lett. C), del Codice del processo amministrativo, rimarrebbe quindi circoscritto entro il controllo della proporzionalità della sanzione, che a sua volta dipende dal controllo della corrispondenza della sanzione a quanto “legittimamente” ricostruito, interpretato e applicato dall'Agcm in merito alla fattispecie sanzionata.

Laddove, infatti, residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, *“il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge”*, mentre *“[i]n applicazione dei poteri di cui il g.a. dispone in ordine alla quantificazione delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato propri di una giurisdizione di merito (ora espressamente riconosciuta dall'art. 134, comma 1, lett. c, c.p.a.) si può quindi procedere alla rideterminazione della sanzione, che appaia sproporzionata”*.

Da una disamina complessiva della più recente giurisprudenza, il giudice amministrativo, pur stando attento a non travalicare il ruolo tecnico dell'Agcm, ha avuto modo di esprimere con sufficiente ampiezza il controllo sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Agcm, stabilendo importanti principi in tema di consapevolezza e intenzionalità dell'infrazione²⁵, di gravità²⁶, di quantificazione della sanzione²⁷, di determinazione dell'importo di base dell'ammenda²⁸, e di circostanze aggravanti e attenuanti²⁹.

Con particolare riguardo al quantum della sanzione, il CdS n. 3013/2011 ha espresso *“l'auspicio che in futuro l'Autorità indichi esplicitamente, oltre all'importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l'ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati*

²⁵ Cfr. CdS n. 926/2004.

²⁶ Cfr. CdS n. 896/2011; CdS, sez. VI, 31 gennaio, n. 710; CdS, sez. VI, 2 agosto 2011, n. 6917; Cds, sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 1757.

²⁷ Cfr. CdS n. 6469/2007.

²⁸ Cfr. CdS, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6525.

²⁹ Cfr. CdS n. 896/2011.

(secondo le indicazioni già date all'Autorità da Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, Lottomatica), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa". L'auspicio del Consiglio di Stato confermerebbe ancora una volta che il giudice amministrativo debba (poter) ripercorrere le valutazioni tecniche dell'Agcm.

Preso atto del meccanismo di amplificazione delle deterrenza antitrust sotteso ai programmi di clemenza, occorre tornare sul problema della potenziale discrezionalità politico-amministrativa delle valutazioni compiute dall'Agcm e su quelle che potrebbero essere le conseguenze sul sindacato giurisdizionale. Occorre chiedersi che tipo di valutazioni sia chiamata a svolgere l'Agcm rispetto alla decisione di "premiare" le imprese per la collaborazione concretamente prestata, e, ancor prima, rispetto all'attività di regolazione dei programmi di clemenza.

Per quanto riguarda il tipo di attività normativa posta in essere dall'Agcm nel regolare la non applicazione o riduzione della sanzione, non sembra potersi scorgere la possibilità che l'Agcm compia valutazioni politico-discrezionali simili a quelle attraverso le quali altre autorità amministrative indipendenti espletano funzioni più propriamente di regolazione. l'Autorità si è limitata a definire le condizioni tecniche e le regole procedurali da cui dipende la possibilità per le imprese di beneficiare dell'immunità o dello sconto di pena.

Questa operazione normativa è rimasta circoscritta entro l'ambito della massimizzazione della tutela della concorrenza, senza poter essere assimilata ad una funzione di *regulation*, in quanto, a differenza di quanto accade per quest'ultima, l'Agcm non ha posto preventivamente in essere degli obblighi positivi immediatamente vincolanti per le imprese³⁰.

Inoltre, anche le valutazioni attraverso le quali l'Autorità compie le sue decisioni sulla riduzione e sulla non applicazione della sanzione, secondo i parametri indicati ex ante dalla stessa Autorità, dovrebbero essere risolte nell'ambito dell'esercizio di una discrezionalità meramente tecnica.

³⁰ Anche considerando che l'Agcm ben possa riformare il programma di clemenza nazionale, si tratterebbe pur sempre di rivalutare le regole del gioco in un'ottica prettamente economica del diritto, tesa alla massimizzazione dell'efficienza del programma di clemenza, senza doversi riconoscere alcuna scelta politico-amministrativa all'Autorità, sia perché questo renderebbe meno appetibile il meccanismo premiale per le imprese, sia perché metterebbe a repentaglio la certezza e la tipicità del potere sanzionatorio nel momento in cui l'esercizio di quest'ultimo viene fatto dipendere dal legislatore dalle valutazioni dell'Autorità sulla collaborazione delle imprese.

Sul piano logico, la verifica tecnica compiuta dall'Aeegi sul programma di clemenza consiste, in prima battuta, in una valutazione degli effetti connessi alla collaborazione prestata dalle imprese nella individuazione delle intese, e, successivamente, nella quantificazione dello sconto che ne deriva sulla sanzione.

Sennonché, tale verifica non può che essere completata se non anche in riferimento all'accertamento dell'illiceità della fattispecie concreta, per la quale è stata prestata la collaborazione: il procedimento di clemenza si innesta (attivandolo nei casi in cui l'impresa denunci la propria partecipazione a un cartello) nel procedimento sanzionatorio sulla base delle informazioni e della documentazione oggetto della collaborazione prestata; proseguendo con il procedimento sanzionatorio stesso, nella ponderazione degli effetti della collaborazioni sull'accertamento dell'illecito al fine di ricavarne l'entità del trattamento favorevole.

Pertanto, se è corretto affermare che, una volta ottenuta una verifica positiva della collaborazione prestata, la l. n. 287/1990 impone la riduzione della sanzione, ossia impone all'Agcm di esercitare il trattamento favorevole nei confronti delle imprese; pare ugualmente corretto sostenere che l'Agcm possa, comunque, godere di un margine di discrezionalità tecnica nel compiere le sue valutazioni, potendo cioè scegliere entro un ventaglio di soluzioni tecnicamente parimenti accettabili.

In nome del rispetto del principio di separazione dei poteri, il giudice amministrativo non può sostituirsi tout court all'amministrazione, nella preferenza per l'una o l'altra di queste ultime soluzioni. D'altra parte, onde evitare di ridurre le garanzie degli interessati, il giudice amministrativo non può nemmeno arrivare al punto di autolimitarsi, precludendosi di ripercorrere le modalità attraverso le quali sono state prese valutazioni e, sulla base di queste ultime le decisioni sul trattamento favorevole, al fine di controllare la legittimità³¹.

³¹ Di discrezionalità parla espressamente il TAR Lazio, sez. VI, 11 aprile 2012, n. 3281, che, richiamando la costante giurisprudenza comunitaria, ha affermato che *“non tutte le informazioni trasmesse nell'ambito della domanda di clemenza e dei relativi allegati possono essere ritenute dall'Autorità decisive per l'accertamento dell'infrazione per la quale è stato determinato l'avvio dell'accertamento, potendo i leniency applicants fornire, in vista del meccanismo premiale, elementi ultronei, rispetto ai quali l'Autorità dispone di un certo margine discrezionale per valutare se la cooperazione di un'impresa sia stata determinante per la constatazione dell'esistenza di una infrazione (Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 2009, Archer Daniels Midland Co./Commissione)”*.

2.2 (segue) e sull'accettazione degli impegni e sull'applicazione dei programmi di clemenza.

Prendendo atto di quanto dettato dall'Agcm e considerando che l'accettazione degli impegni e la chiusura dell'istruttoria escludono ex lege l'irrogazione delle sanzioni, occorre chiedersi se la previsione di questi impegni non abbia legittimato l'esercizio di una funzione di regolazione da parte dell'Agcm attraverso poteri di intervento manipolativo sul mercato, ossia oltre la mera funzione di controllo sul corretto svolgimento delle dinamiche competitive³².

In relazione al relativo sindacato, occorre altresì chiedersi se non sia stato istituzionalizzato uno spazio di discrezionalità amministrativa in capo all'Agcm sull'applicabilità della sanzione per valutare come ciò possa riflettersi sul sindacato giurisdizionale. A quest'ultimo riguardo, pare corretto sostenere che l'idoneità degli impegni a far venir meno i profili anticoncorrenziali sia oggetto di una verifica che deve rimanere legata all'utilizzo di valutazioni tecniche per le quali dovrebbe esercitarsi il medesimo tipo di sindacato prospettato dalla giurisprudenza in riferimento alla valutazioni tecniche poste a fondamento delle sanzioni antitrust.

Ciò potrebbe essere argomentato affermando che, nel momento in cui l'Agcm si limita a valutare gli impegni presentati dalle imprese, non potendone integrare il contenuto con la previsione di ulteriori prescrizioni³³, non pare poter operare una scelta creativa come invece accade per il caso delle prescrizioni che spesso integrano i provvedimenti inibitori antitrust dell'Agcm, né pare operare una scelta per la quale la legge impone la comparazione di diversi interessi pubblici, come invece accade per il caso delle esenzioni in materia di intese.

³² Tra gli autori per i quali, in diversi casi, l'Agcm avrebbe assunto il ruolo di regolatore, cfr. G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci Global*, in *Dir. Industriale*, 2009, 4, pp. 353 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 503 ss..

³³ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 19 novembre 2008, n. 10428, che ha chiaramente stabilito che gli impegni resi vincolanti dall'Autorità devono essere esattamente quelli che l'impresa ha proposto, "non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare". In particolare, "l'eventuale contraddizione intrinseca degli impegni [...] non abilita l'Autorità ad interpretare in un certo modo anziché in un altro la proposta, potendo invece l'amministrazione chiedere ulteriori chiarimenti al soggetto interessato e, ove del caso, respingere gli impegni perché la loro formulazione non garantisce il pieno superamento delle preoccupazioni anticoncorrenziali".

Anche accogliendo questa ricostruzione, tuttavia, rimarrebbe da considerare il dato normativo di fatto rappresentato dall'art. 14-ter della legge antitrust, per il quale l'Agcm, valutata l'idoneità degli impegni, "può" e non "deve" rendere obbligatori gli impegni per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, oltre al fatto che la Comunicazione del 2012 definisce "non opportuna" l'accettazione degli impegni nei casi di illeciti apparentemente gravi in misura sufficiente da far ritenere appropriata l'irrogazione della sanzione.

In proposito, è particolarmente interessante ricordare quanto deciso dal Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438³⁴, nel giudizio avente ad oggetto la sentenza con cui il giudice di primo grado ha riunito e respinto i ricorsi proposti da Wind Telecomunicazioni s.p.a. e Telecom Italia s.p.a. contro il provvedimento con cui l'Agcm ha sanzionato queste ultime per aver posto in essere distinti abusi di posizione dominante in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE).

L'istruttoria che aveva portato alla comminazione delle summenzionate sanzioni era stata avviata anche nei confronti di Vodafone s.p.a. nella sua qualità di operatore di rete mobile c.d. integrato³⁵, tuttavia, quest'ultima società non è stata sanzionata in quanto si è vista accettare gli impegni che aveva presentato entro i termini previsti dalla legge.

Secondo gli appellanti, con l'accettazione degli impegni proposti da Vodafone, l'Agcm avrebbe implicitamente concluso per la qualificazione di "non gravità" dell'illecito e, conseguentemente, per la non sanzionabilità dell'abuso anche nei loro confronti³⁶.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha rigettato quanto sostenuto da Telecom, sottolineando che il tredicesimo considerando dello stesso regolamento comunitario citato dall'appellante puntualizza che le decisioni concernenti gli impegni non sono "opportune" nei casi in cui la Commissione intende irrogare un'ammenda.

³⁴ In *Foro amm. CDS*, 2011, 4, pp. 1314 ss..

³⁵ Ossia di operatore che fornisce servizi di comunicazione mobile attraverso infrastrutture di rete che utilizzano sulla base di risorse radio (frequenze) ad essi assegnate in via esclusiva.

³⁶ Ad avviso della ricorrente Telecom, condizione perché l'Agcm potesse concludere la procedura antitrust mediante l'accoglimento di un impegno era che la stessa non avesse ad oggetto infrazioni "gravi" che giustificassero l'applicazione di una sanzione.

Dalla formulazione testuale del suindicato considerando, il Consiglio di Stato ha desunto che la Commissione dispone di un *“notevole margine di discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese rendendo obbligatoria una decisione ai sensi dell’art. 9 del Reg. n. 1/2003”*. Pertanto, *“la valutazione preliminare di “gravità” dell’abuso costituisce unicamente un limite di opportunità da apprezzare nel valutare se adottare la decisione con impegni, non già, viceversa, un vincolo imposto ex lege, la Commissione e le [autorità antitrust nazionali] disponendo di ampia discrezionalità nell’individuazione delle proprie priorità di intervento”*³⁷.

Che è quanto riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria, da quanto affermato dal Consiglio di Stato che cita in proposito la sentenza 11 luglio 2007, Alrosa c. Commissione, con cui il Tribunale di primo grado ha sostenuto che *“la Commissione non è mai tenuta, in forza dell’art. 9, n. 1 del regolamento n. 1/2003 a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell’art. 7 del medesimo regolamento”*; e che *“[n]on è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento”*.

Sentenza, in parte qua, non contraddetta dalla Corte di giustizia con la pronuncia della Grande Sezione 29 giugno 2010, n. C-441/07 P (Commissione c. Alrosa Company Ltd), con cui è stata confermata la sussistenza, in capo alla Commissione, di un ampio margine discrezionale nel determinarsi ai sensi dell’art. 9 del regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002.

Quanto stabilito nella giurisprudenza appena citata, congiuntamente al fatto che *“[l]’ampia discrezionalità [...] confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale”* nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese viene espressamente richiamata anche in ambito nazionale nella più recente Comunicazione dell’Agcm, per la quale questi ultimi devono essere valutati *“anche in considerazione dell’interesse dell’Autorità al proseguimento del*

³⁷ Nella stessa decisione il Tribunale di I grado ha anche affermato che *“l’obiettivo dell’art. 7, n. 1 del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall’art. 9, n. 1, e coincide con l’obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire un’efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato”* (punto 95) e che *“per il conseguimento di tale obiettivo la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta offertale dal regolamento n. 1/2003 di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell’art. 9 o di seguire la via prevista dall’art. 7, n. 1 del medesimo regolamento, che esige l’accertamento di un’infrazione”*.

procedimento istruttorio”, sembrerebbe confermare che con l’istituto degli impegni si sia creata una parentesi procedimentale nel corso della quale l’attività (vincolata) sanzionatoria antitrust dipenda e sia preceduta da un’attività discrezionale.

Tuttavia, per comprendere appieno il significato della sentenza n. 2438/2011, l’ampia discrezionalità ivi riconosciuta all’Agcm nella accettazione degli impegni (e nella conseguente chiusura dell’istruttoria) andrebbe valutata in relazione alla particolare posizione che la fase di accettazione degli impegni assume nel procedimento sanzionatorio antitrust nel suo complesso³⁸.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393³⁹, ha respinto la tesi secondo cui l’atto di rigetto degli impegni costituirebbe un provvedimento unilaterale idoneo ad esprimere una volontà definitiva da parte dell’Autorità. Al contrario, l’atto in questione (laddove di segno negativo), lungi dal costituire un arresto procedimentale in senso proprio, si limita a segnare la riconduzione di questa particolare fase procedimentale nel più ampio alveo di un unitario procedimento istruttorio il cui esito finale resta comunque aperto a ogni possibile soluzione.

Sulla base di questa ricostruzione, il Consiglio di Stato ha negato l’impugnabilità del rigetto degli impegni, per ammetterla solo nel caso di accettazione degli stessi. In questa sentenza, con cui è stato riconosciuto il carattere endoprocedimentale piuttosto che subprocedimentale della fase degli impegni, il Consiglio di Stato ha anche avuto modo di chiarire la rilevanza dei principi enucleati dalla Corte di giustizia con la pronuncia della Grande Sezione 29 giugno 2010, per la quale *“la funzione amministrativa esercitata dalla Commissione europea (nella sua veste di Autorità antitrust comunitaria) in sede di decisione sugli impegni presenta un carattere parzialmente diverso rispetto a*

³⁸ Sotto questo profilo, è interessante ricordare il T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964 (in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 1918, con nota di E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell’applicazione del diritto antitrust*), per il quale “[g]li impegni previsti dall’art. 14 ter, l. n. 287 del 1990 non possono essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva. In sostanza, l’accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza”.

³⁹ In *Foro amm. CDS*, 2012, 5, 1349 ss., con nota di F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, pp. 1349 ss.

quella esercitata in sede di accertamento finale delle violazioni e di irrogazione delle sanzioni”.

In linea con questa interpretazione, il Consiglio di Stato ha affermato che *“il vaglio compiuto dall’A.G.C.M. in sede di decisione sulla proposta di impegni verte su aspetti e presupposti in parte diversi rispetto a quelli su cui verte la decisione finale osservando che il primo di tali scrutini verte essenzialmente sull’aspetto teleologico relativo all’idoneità degli impegni proposti a rimuovere gli effetti della condotta anticoncorrenziale, mentre il secondo di essi verte sul diverso aspetto - per così dire - “finale e sostanziale relativo alla sussistenza o meno dell’illecito antitrust in quanto tale”.*

Considerando poi che, nella maggior parte dei casi, prima della scadenza del termine per presentare gli impegni, i fatti non sono ancora accertabili nella loro completezza, e che, quindi, il giudizio che l’Agcm opera sulla gravità delle condotte anticoncorrenziali poste in essere è di tipo sommario (anche perché è la stessa legge che prescrive all’Agcm di *“chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione”* in caso di accettazione degli impegni), sembra proprio che la discrezionalità riconosciuta dalla giurisprudenza sia, per quanto con ampi spazi di opinabilità, pur sempre di tipo tecnico-economico, caratterizzando il raffronto che l’Agcm idealmente conduce pesando, da una parte, gli effetti (e la gravità) degli illeciti in termini sommariamente riconducibili agli impegni presentati, e, dall’altra, l’idoneità degli impegni a eliminare tali effetti.

È in questa valutazione e confronto che pare debba propriamente manifestarsi la discrezionalità tecnica dell’Agcm, ossia un potere di scelta, non tanto sul sanzionare o meno, che dovrebbe essere un atto dovuto quando l’illiceità emerge fin da subito chiaramente in misura grave, quanto, invece, nel reputare che gli effetti degli illeciti antitrust, per quanto potenzialmente gravi alla luce di una più completa istruttoria, siano neutralizzati dalle misure oggetto degli impegni⁴⁰.

In questo senso, la norma per la quale, in caso di valutazione positiva degli impegni, l’Agcm *“può”* chiudere l’istruttoria senza accertare gli illeciti, non

⁴⁰ Cfr. T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964, per il quale *“[g]li impegni previsti dall’art. 14 ter, l. n. 287 del 1990 non possono essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva. In sostanza, l’accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza”.*

andrebbe letta come norma legittimante un “potere sanzionatorio discrezionale”, quanto piuttosto un potere ordinatorio non vincolante che deve essere esercitato prima dell’accertamento tecnico funzionale all’irrogazione delle sanzioni, e che condiziona tale accertamento (e la conseguente risposta sanzionatoria) limitatamente alle ipotesi in cui la gravità degli illeciti non sia già rilevabile nella sua sostanza.

Secondo questa lettura⁴¹, il potere sanzionatorio antitrust resterebbe un potere il cui esercizio è vincolato alla gravità della condotta anticoncorrenziale, ossia ad un presupposto prefissato (seppur in modo giuridicamente indeterminato) dal legislatore, mantenendo altresì una posizione di preminenza rispetto al potere decisionale di accettazione degli impegni.

La preminenza del potere sanzionatorio sul potere di accettazione degli impegni si traduce nella strumentalità di questo secondo potere rispetto al primo, e può essere argomentata facendo riferimento agli aspetti funzionali sottesi ai due distinti ordini di poteri in una prospettiva unitaria alla tutela oggettiva della concorrenza⁴².

Il ruolo del potere sanzionatorio è confermato dalla giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, da quella nazionale, che ha ribadito sia la natura

⁴¹ In questo senso cfr. F. RISSO, *Gli impegni*, cit., p. 1363, per la quale, “[i]n ogni caso, il criterio in base al quale l’Autorità dovrebbe orientare la sua scelta è quello della gravità dell’infrazione”, sostenendo che “l’opportunità di accogliere la proposta di impegni sarebbe da escludere in caso di violazioni gravi in quanto la rinuncia ad applicare la sanzione verrebbe a privare la decisione dell’Autorità della sua efficacia deterrente diretta ed indiretta”.

⁴² Al riguardo, è sufficientemente agevole sostenere che la presentazione degli impegni da parte delle imprese innesca l’esercizio di un potere ordinatorio con il quale l’Agcm, a differenza di quanto le è consentito fare in sede di esercizio del potere ordinatorio e di quello sanzionatorio in materia di intese e di abuso di posizione dominante, può rendere vincolanti misure anche strutturali nei confronti delle imprese considerate idonee a eliminare gli effetti anticoncorrenziali. Enfatizzando questo aspetto, si potrebbe essere indotti a sopravvalutare la funzione che gli impegni svolgono nel ripristinare l’interesse pubblico tutelato. Infatti, il ruolo degli impegni nel sistema antitrust non dovrebbe essere considerato tale da privilegiare l’accettazione da parte dell’Agcm a discapito della funzione punitiva. In un’ottica di efficienza del sistema antitrust, le sanzioni ben possono preservare l’interesse al libero gioco della concorrenza proprio quando consistano in punizioni che abbiano una misura afflittiva e una probabilità di irrogazione tali da far desistere le imprese dal compimento delle condotte vietate. Anche il buon funzionamento degli impegni dipende dall’effettiva deterrenza delle sanzioni, poiché non sarebbe efficiente un sistema antitrust per il quale l’ammontare delle sanzioni imposte fosse inferiore alle perdite conseguenti all’adozione degli impegni.

punitiva della sanzione, sia la sua efficacia deterrente⁴³, oltre a escludere che le decisioni con impegni siano assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo⁴⁴.

Inoltre, anche la più recente evoluzione della prassi dell'Agcm è sintomatica della posizione ancillare che le decisioni con impegni dovrebbero assumere rispetto alle sanzioni antitrust: negli ultimi due anni, l'Agcm ha dimostrato di ricorrere all'accettazione degli impegni in modo più stringente di quanto fatto nei primi anni successivi all'introduzione dell'art. 14-ter. Nel corso dell'anno 2012 l'Agcm ha anche progressivamente incrementando l'entità delle sanzioni antitrust, con ciò allineandosi "nei fatti" agli Orientamenti comunitari adottati dalla Commissione europea con la Comunicazione nel 2006 (Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003)⁴⁵.

Tuttavia, le affermazioni di principio sulla preminenza del potere sanzionatorio, sulla contestabilità del potere decisionale in materia di impegni, così come quelle sulla natura pubblicistica degli impegni non sono sufficienti a garantire un controllo giurisdizionale effettivo.

Nella sentenza della Corte di giustizia da ultimo citata (riportata in nota nella stessa Comunicazione del 2012), infatti, è stabilito che il sindacato

⁴³ Questo riconoscimento è chiaro nelle decisioni del Consiglio di Stato, nn. 926/2004, 5368/2004, così come nella successiva giurisprudenza (Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469; 27 febbraio 2008 nn. 695 e 697; 8 febbraio 2008, n. 424. Nella sentenza n. 424/2008, il Consiglio di Stato ha anche stabilito che la discrezionalità che caratterizza la decisione dell'Agcm sugli impegni presentati dalle imprese "è comunque soggetta al sindacato giurisdizionale [...], con possibilità di contestare sia la mancata accettazione degli impegni, sia l'accettazione degli stessi". Secondo il Consiglio di Stato "lo stesso Reg. n. 1/03 (considerando 13), all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente, precisa che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità) intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi".

⁴⁴ Il Consiglio di Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307, ha stabilito che "la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte". Diversamente interpretando, il potere sanzionatorio dell'Agcm potrebbe essere considerato sostituibile con un potere di matrice mista, pubblicistica e privatistica, in possibile conflitto con la funzione amministrativa punitiva, di per sé esercitata tramite poteri vincolati.

⁴⁵ È significativo il richiamo alla funzione deterrente fatto in occasione della Presentazione al Parlamento della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2011.

giurisdizionale sulle decisioni con impegni debba limitarsi al controllo dell'eventuale errore manifesto.

Che questa interpretazione della giurisprudenza comunitaria possa essere determinata dal grado di conoscibilità dei fatti che caratterizza la fase di presentazione degli impegni non può essere certamente tralasciato, anche se la dottrina ha rilevato come una simile impostazione rischia di “modulare discrezionalmente (sino a elidere del tutto) il potere sanzionatorio”⁴⁶, ponendo quest'ultimo in “posizione strumentale (e quindi secondaria) rispetto all'esigenza ripristinatoria del mercato”⁴⁷.

Una simile modulazione discrezionale e la posizione del potere sanzionatorio che ne deriva possono anche essere lette come conseguenza del cambiamento della tutela pubblicistica della concorrenza verso un sistema amministrativo indipendente di regolazione, ove l'Autorità può essere legittimata a compiere scelte di politica della concorrenza per porre in essere regole vincolanti per gli operatori economici. In quest'ottica, tuttavia, si dovrebbe ridiscutere tutto il sistema nel suo insieme, valutando quelle che potrebbero essere le soluzioni di equilibrio tra la supposta funzione di regolazione dell'Agcm e la connessa (e rinnovata) funzione sanzionatoria, dovendo necessariamente rivisitare i principi giuridici che hanno sinora caratterizzato il potere attraverso il quale è stata esercitata quest'ultima funzione.

3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla regolazione dell'Aeegsi.

Anche le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati dall'Aeegsi, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, vengono devolute dall'art. 133, comma 1, lett. l), del Codice del processo amministrativo, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Inoltre, come per l'Agcm, in quanto autorità amministrativa indipendente, per il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni irrogate dall'Aeegsi deve sempre farsi riferimento al citato art. 134, comma 1, di detto Codice, in

⁴⁶ In questi termini, G. FONDERICO, *Il caso « Alrosa » e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, pp. 250 ss..

⁴⁷ Così F. RISSO, *Gli impegni*, cit., p. 4398.

forza del quale il giudice amministrativo “*esercita la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito*”.

Il controllo del giudice amministrativo sui poteri dell’Aeegsi, quindi, si distingue a seconda che tali poteri si riferiscano all’adozione di atti di regolazione o all’irrogazione di sanzioni, in quanto è solo per queste ultime che il legislatore estende detto controllo al merito.

Anche a prescindere dall’interpretazione della giurisdizione di merito contemplata dal Codice del processo amministrativo per le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti, non prevedere tale tipo di giurisdizione per gli atti più propriamente provvedimenti amministrativi costituisce una scelta corrispondente al principio di separazione tra il potere giudiziario e quello amministrativo, soprattutto nel caso di atti come quelli con cui l’Aeegsi interviene come regolatore, cioè fissando ex ante le regole dei mercati.

Il ché sarebbe ben spiegato dall’inconfutabile circostanza che l’esercizio dei poteri di regolazione dell’Aeegsi, da una parte, implica che, nel prendere le proprie decisioni, quest’ultima autorità, gode di quegli ampi spazi che derivano dai principi della regolazione, fissati in modo generico dal legislatore nazionale e da quello comunitario; e, dall’altra, comporta che questa stessa autorità decide sulla base di valutazione caratterizzate da un alto tasso di tecnicismo, che rende altamente tecniche le stesse decisioni prese dall’Aeegsi.

A ciò si aggiunga che le scelte regolatorie dell’Aeegsi sono scelte partecipate, in quanto adottate a seguito dell’espletamento di consultazioni pubbliche, attraverso le quali viene garantito il contraddittorio con gli operatori e con i consumatori del mercato.

Non appare, quindi, condivisibile che il giudice amministrativo, attraverso un controllo penetrante, possa sostituirsi tout court all’Aeegsi nel ruolo istituzionale di regolatore assegnato a quest’ultima⁴⁸.

Non a caso, per quanto riguarda l’intensità del sindacato giurisdizionale sulla regolazione dell’Aeegsi, la giurisprudenza amministrativa si è consolidata

⁴⁸ Sul tema del controllo del giudice sugli atti del regolatore, v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, fasc. 1, pp.80 ss.; F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del T.A.R. Lombardia sugli atti dell’autorità dell’energia per l’energia elettrica e il gas*, in *Il diritto dell’economia*, 2007, fasc. 4, pp. 656 ss.; A. TRAVI, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e Filippo Donati, Giappichelli, 2007; F. SCLAFANI, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell’energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 55 ss..

nel senso di riconoscere ampia discrezionalità a quest'ultima autorità, limitando il proprio controllo alle sole censure della manifesta illogicità o irragionevolezza delle scelte di carattere tecnico dell'Aeegsi.

Esempi di questo orientamento sono dati dalle decisioni del TAR Milano in casi di regolazione nel mercato del gas naturale, con particolare riferimento alla determinazione delle tariffe per i servizi di trasporto, di dispacciamento, e di trasmissione del gas naturale⁴⁹, nonché in materia di bilanciamento del gas naturale sulle reti gestite dall'impresa maggiore di trasporto⁵⁰.

Parimenti, il giudice amministrativo ha contenuto il proprio sindacato entro detti limiti anche in relazione alla regolazione del mercato dell'energia elettrica, in materia di determinazione delle tariffe per i servizi di distribuzione⁵¹ e trasmissione⁵², ma anche con interesse per: il regime del servizio di dispacciamento⁵³; le verifiche e sopralluoghi sugli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, da fonti

⁴⁹ Sulla regolazione tariffaria sui servizi di trasporto e di dispacciamento del gas naturale, v. TAR Milano, sez. III, 19 aprile 2013, n. 995. Per il servizio di distribuzione, invece, con particolare riguardo ai criteri per la determinazione della tariffa nel cd "primo periodo regolatorio" relativo al quadriennio 2000-2004, in relazione alle modalità di determinazione del "vincolo sui ricavi di distribuzione" (VRD), parametro che consente l'adeguamento della tariffa ai costi sostenuti dalle società distributrici del gas sia per gli investimenti (CDD), che per la gestione del servizio (CGD), v. TAR Milano, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 1169; CdS, sez. VI, n. 4448 del 2002; TAR Milano, sez. VI, 4 febbraio 2009, n. 1131. Mentre, in relazione alla metodologia tariffaria valida per il c.d. terzo periodo di regolazione 2009-2012, con specifico interesse alla determinazione delle c.d. "tariffe obbligatorie", la determinazione delle c.d. "tariffe di riferimento", nel servizio della distribuzione del gas naturale attraverso reti di gasdotti per la consegna ai clienti, v. TAR Milano, sez. VI, 11 ottobre 2010, n. 6912, 6915; T.A.R. sez. III Milano, Lombardia, 2 maggio 2011, n. 1106, 1107, 1108, 1109; T.A.R. sez. III Milano, Lombardia, 26 luglio 2011, n. 1986.

⁵⁰ Cfr. TAR Milano, sez. II, 27 dicembre 2013, n. 2973, in riferimento alle disposizioni per garantire il bilanciamento del gas naturale sulle reti gestite dall'impresa maggiore di trasporto, in caso di situazioni di disequilibrio conseguenti ai prelievi che si verificano, presso i punti di riconsegna delle predette reti, nei casi e per il tempo in cui non risulta identificabile l'utente del bilanciamento.

⁵¹ CdS, sez. VI, 22 maggio 2006, nn. 2974, 2975, 2976, 2977, 2978 e 2980; id., 14 giugno 2006, n. 3504.

⁵² TAR Milano, sez. III, 14 marzo 2013, n. 680

⁵³ Sul regime del dispacciamento v. CdS sez. VI 5 aprile 2012, n. 2009. Sulla revisione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica per le unità di produzione di energia elettrica alimentate da fonti rinnovabili non programmabili e gli atti applicativi, v. TAR Milano, sez. III, 24 giugno 2013, n. 1616.

assimilate alle rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione⁵⁴; la determinazione della soglia di accesso per la fruizione dei benefici della cogenerazione⁵⁵; condizioni di ammissibilità degli impianti di produzione combinata di energia elettrica e calore ai benefici stabiliti dalla normativa⁵⁶; la definizione delle condizioni economiche del cd ritiro dedicato dell'energia elettrica da parte del Gestore unico⁵⁷; la disciplina del servizio di connessione alle reti degli impianti di produzione dell'energia elettrica, erogato dai gestori di rete (imprese distributrici e Terna s.p.a.), con obbligo di connessione di terzi⁵⁸; la disciplina delle perdite di energia elettrica sulle reti⁵⁹; il metodo di calcolo del corrispettivo riconosciuto ai produttori di energia che rendono disponibile la capacità produttiva dei loro impianti, per assicurare l'adeguatezza dell'offerta di energia anche nei c.d. "giorni di alta e media criticità"⁶⁰.

Sebbene, vi siano stati casi in cui il giudice amministrativo ha annullato le delibere dell'Aeegi anche per altre forme di illegittimità (come la violazione delle regole che presiedono alla partecipazione al procedimento delle imprese

⁵⁴ Cfr. TAR Milano, sez. VI, 1 dicembre 2005, n. 4831.

⁵⁵ Cfr. T.A.R. Milano, II, 19 dicembre 2002 n. 5279.

⁵⁶ Cfr. TAR Milano, sez. VI, n. 1144/2005, riguardante l'accesso prioritario al servizio di trasmissione e dispacciamento e l'esonero dall'obbligo di immettere, nel sistema elettrico nazionale, energia prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio successivamente al 31 marzo 1999.

⁵⁷ Cfr. CdS sez. VI 11 marzo 2010, n. 1444, con particolare riferimento alla determinazione dei "prezzi minimi garantiti" da riconoscersi ai produttori di energia elettrica che facciano uso di impianti idroelettrici di potenza nominale media annua fino a ad 1 MW o di altri impianti alimentati con fonti rinnovabili di uguale potenza nominale.

⁵⁸ Cfr. TAR Milano, sez. III, 22 dicembre 2012.

⁵⁹ Cfr. TAR Milano, sez. III, 21 maggio 2013, n. 1328.

⁶⁰ Cfr. TAR Milano, sez. III, 17 ottobre 2013, n. 2312, 2313.

interessate)⁶¹; e sebbene - come evidenziato dalla dottrina⁶² - vi siano stati dei casi in cui è stato contraddetto il *self restraint* dichiarato dal giudice amministrativo⁶³; quest'ultimo non pare aver dato segnali di effettivo discostamento da un sindacato sostanzialmente "debole"⁶⁴.

Ad esempio, per il Consiglio di Stato, sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5140, "non può ritenersi che il compito del Giudice nazionale, [...] chiamato a pronunciarsi circa la compatibilità di una certa misura regolatoria con il principio di proporzionalità/non eccedenza, possa spingersi sino ad individuare egli stesso la misura regolatoria ottimale per il caso concreto e parametrare il proprio giudizio

⁶¹ Si veda, ad esempio, TAR Milano, sez. IV, 2 febbraio 2005, n. 203. Come prospettato da G. NAPOLITANO, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 125 ss., e condiviso da M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, p. 189, un significativo rafforzamento della partecipazione nell'esercizio dei poteri di regolazione dell'Aeegsi, attraverso la ricerca del loro fondamento e delle condizioni della loro effettività, è dovuto al sindacato svolto dal giudice amministrativo. In particolare, per quest'ultimo A., a tale rafforzamento hanno condotto due diversi approcci seguiti dal giudice amministrativo. Da una parte, quest'ultimo ha affermato l'esistenza del nesso tra la natura dei poteri di regolazione e la disciplina del relativo procedimento. Dall'altra, piuttosto che concentrarsi sulle norme attributive di detti poteri, ha preferito soffermarsi sulla distinzione tra atti di regolazione generali o singolari dell'Aeegsi, per differenziarne la disciplina della loro emanazione. È per gli atti generali di regolazione dell'Aeegsi che il controllo del giudice amministrativo ha delineato uno statuto partecipativo che si discosta dal modello della legge generale sul procedimento amministrativo, per la quale, gli istituti di partecipazione non si applicano agli atti amministrativi a contenuto generale.

⁶² F. SCLAFANI, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 55 ss.; F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa, Cedam, Padova, 2010, pp. 468 ss..

⁶³ V. TAR Milano, sez. IV, ordinanza n. 267 del 2008, ricordato da ult. aut. cit., quale prima occasione in cui il TAR ha disposto una c.t.u., affermando che il sindacato va oltre la "verifica estrinseca del processo decisionale seguito, per valutare direttamente l'attendibilità delle operazioni compiute sotto il profilo della discrezionalità tecnica, con il solo limite di non sostituirsi all'amministrazione".

⁶⁴ Anche se è poi stata abbandonata dal giudice amministrativo, quest'ultima terminologia, di chiara ispirazione al diritto antitrust, è stata utilizzata anche in riferimento ai provvedimenti dell'Aeegsi. Così, per il TAR Lombardia, sez. II, n. 1900/2006, "il controllo sulla ragionevolezza degli atti [dell'Aeegsi] ha carattere debole, sicché essi possono venire annullati, sotto tale profilo, non già in ragione di qualsivoglia incongruenza, elemento di criticità o inadeguatezza rispetto alle esigenze sottese alla fattispecie, ma nei soli casi in cui tali fattori raggiungano la soglia della manifesta illogicità".

di legittimità su un tertium comparationis da lui stesso autonomamente individuato”.

Laddove si opinasse in questo senso, infatti, secondo il giudice di secondo grado, si produrrebbe *“l’effetto (invero, inammissibile sotto il profilo sistematico e processuale) di delineare una nuova ipotesi di giurisdizione di merito, invero sconosciuta all’ordinamento positivo (nel cui ambito, oltretutto, al Giudice verrebbe riconosciuto il potere del tutto singolare di individuare egli stesso l’optimum attizio di riferimento e, in definitiva, lo stesso parametro di legittimità, in tal modo travalicando in modo evidente i limiti stessi della giurisdizione di legittimità nel caso di specie esercitata)”*.

Sotto tale aspetto, il Consiglio di Stato ha concluso che deve trovare nel caso in esame puntuale conferma l’orientamento giurisprudenziale secondo cui *“il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, esercita un puro e semplice sindacato di legittimità, che non si estende al merito (fatte salve eccezionali ipotesi di legge - che qui non ricorrono - quali quelle relative alle sanzioni antitrust)”*.

Pertanto, il Giudice deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall’amministrazione sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, *“il Giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all’Autorità nella definizione del concetto giuridico indeterminato (nel caso di specie: individuazione di una misura di regolazione di carattere proporzionale/non eccedentario), se questa sia attendibile, secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge”⁶⁵*.

Pertanto, non possono trovare accoglimento gli argomenti profusi dalle società appellate con cui si è tentato di dimostrare che il modello di regolazione in concreto imposto dall’Autorità avrebbe ecceduto i caratteri di proporzionalità/non eccedentarietà, potendosi individuare ulteriori e diverse misure di regolazione che sarebbero risultate maggiormente idonee allo scopo, ovvero di minore impatto per i soggetti destinatari, ovvero - in definitiva - preferibili per ragioni di carattere giuridico o metagiuridico.

⁶⁵ In tal senso, il Consiglio di Stato, sez. VI, cita la sua precedente sentenza 16 settembre 2011, n. 5171.

Più recentemente, del resto, in materia di regolazione tariffaria dell'energia elettrica, in riferimento a delle delibere dell'Aeegsi impugnate da un'associazione di consumatori perché ritenute pesantemente vessatorie nei confronti delle famiglie più numerose, il T.A.R. Milano, sez. IV, 5 luglio 2013, n. 1756, ha avuto modo di ribadire che *“le valutazioni tecnico-discrezionali dell'Autorità sono sindacabili in giudizio solo se risultino immotivate o manifestamente irragionevoli, alla luce dei fatti accaduti e della istruttoria svolta”*⁶⁶, concludendo che il giudice amministrativo *“può solo sindacare l'irragionevolezza della condotta della p.a, ma non può spingersi oltre, pena il rischio di invadere la discrezionalità della p.a.”*.

È, peraltro, significativo che anche in riferimento ai nuovi poteri affidati all'Aeegsi per la regolazione del settore idrico, la giurisprudenza amministrativa si sia allineata al proprio orientamento.

3.2 (segue) e sull'applicazione delle relative sanzioni

Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni dell'Aeegsi ha acquisito un'intensità più penetrante rispetto al sindacato sugli atti più propriamente regolatori di quest'ultima autorità, anche perché, anche per queste particolari sanzioni, il giudice amministrativo ha esercitato il potere di modificare l'entità della sanzione.

Tuttavia, è pur vero che, vuoi per la forte connessione che intercorre tra il potere sanzionatorio e quello regolatorio dell'Aeegsi, vuoi per l'influenza che la più ricca giurisprudenza antitrust ha avuto sul giudice dell'Aeegsi⁶⁷, non può affermarsi che quest'ultimo giudice abbia esercitato un controllo di merito sulle sanzioni irrogate dall'Aeegsi, posto che, anche quando è intervenuto sul quantum della sanzione, riducendolo, lo ha, comunque, sempre fatto soltanto per motivi di legittimità.

⁶⁶ In proposito, il TAR cita il CdS, sez. VI, 07 novembre 2012, n. 5636.

⁶⁷ Con riferimento alla tipologia di controllo esercitabile sulle sanzioni di questa autorità, v. R. GIOVAGNOLI e M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2009; a giudizio dei quali, devono ritenersi “validi ed estendibili i criteri elaborati dal Consiglio di Stato in materia di sindacato sui provvedimenti dell'Agcm”. F. SCLAFANI, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 55, ricorda come la stessa terminologia che distingue tra “sindacato debole” e “sindacato forte”, coniata dal giudice delle sanzioni dell'Agcm, sia stata utilizzata anche nel contenzioso sulla regolazione energetica (TAR Milano, sez. II, n. 1900/2006).

Sotto questo punto di vista, la giurisprudenza amministrativa è stata condizionata dall'alto tasso di discrezionalità tecnica che caratterizza anche l'iter decisionale dell'Aeegsi nell'irrogazione delle sanzioni: anche per le sanzioni dell'Aeegsi, cioè, la fattispecie illecita è descritta dalla disciplina di settore (di stampo normativo nazionale o comunitaria, ma anche nel caso della regolazione dell'Aeegsi), facendo spesso ricorso ai concetti giuridici indeterminati, la cui concreta interpretazione comporta l'uso di regole tecniche specialistiche, caratterizzate per la loro elasticità e, quindi, per la loro connaturata opinabilità nella relativa applicazione.

Neanche molto tempo fa, del resto, il Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, ha avuto modo di affermare che *“la legge attribuisce all'Aeeg un ampio margine di discrezionalità nel quantificare la sanzione pecuniaria da applicare e che a tal proposito il sindacato giurisdizionale è di legittimità e non è esteso al merito, sicché la pretesa della suddetta società di ottenere un'eventuale riduzione della sanzione irrogata non può fondarsi sulla semplice deduzione della eccessività dell'importo, ma deve basarsi su specifici vizi di legittimità”*.

Ora che l'art. 134, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo ha esteso la giurisdizione di merito alle sanzioni *“applicate alle autorità amministrative indipendenti”*, si è posta la questione se quest'ultima norma abbia legittimato il potere del giudice di sostituirsi tout court all'Aeegsi, tanto nell'accertamento della responsabilità, quanto nella determinazione dell'entità della sanzione.

Facendo leva sul fatto che il codice del processo amministrativo si sarebbe ispirato alla giurisprudenza consolidata sulle sanzioni dell'Aeegsi prima della sua entrata in vigore, nonché sul fatto che il riconoscimento di un potere completamente sostitutivo lederebbe il principio di separazione dei poteri, la dottrina ha sostenuto la giurisdizione con cognizione estesa al merito prevista da detto codice debba essere interpretata in senso restrittivo, escludendo che il giudice amministrativo possa sostituirsi all'Aeegsi nell'accertamento della responsabilità.

Per questa stessa dottrina, peraltro, i parametri di giudizio da adottarsi nel controllo delle sanzioni dell'Aeegsi rimarrebbero quelli tipici del sindacato di legittimità, senza quindi implicare una rivisitazione del merito (tecnico) da

parte del giudice, anche quando quest'ultima decida di ridurre le sanzioni comminate da quest'autorità⁶⁸.

Effettivamente, ad oggi, la giurisprudenza amministrativa non sembra ancora aver mutato il proprio orientamento, non avendo esteso i propri poteri di controllo sulle sanzioni dell'Aeegsi, al punto da appropriarsi della titolarità del potere sanzionatorio stesso affidato dal legislatore a quest'ultima autorità.

Più che altro - sempre in termini di confronto con l'Agcm - non può essere messo in secondo piano il fatto che, oltre ad essere chiamata a sanzionare, l'Aeegsi è titolare di un potere di regolazione, attraverso il cui esercizio dovrebbero essere tipizzate le regole che si assumono essere state violate.

A differenza, quindi, delle sanzioni antitrust, il controllo del giudice amministrativo, nel caso delle sanzioni per infrazioni alla regolazione nel settore dell'energia, dovrebbe essere modulato in base a quest'ultima peculiarità; nonché al fatto che l'esercizio di poteri sanzionatori da parte dell'Aeegsi, privi di una copertura legislativa che li tipizzi a sufficienza, è stato ritenuto inammissibile dal Consiglio di Stato⁶⁹.

A quest'ultimo riguardo, se il potere sanzionatorio dell'Aeegsi non può essere ricavato implicitamente dalla norma attributiva del potere regolatorio pro-concorrenziale dell'Aeegsi; se, cioè, il potere di irrogare sanzioni non può essere ricondotto esclusivamente al potere di regolare di quest'ultima autorità.

Allora, significa che il controllo giurisdizionale del potere sanzionatorio dell'Aeegsi - oltre a comportare che il giudice possa essere chiamato a controllare come è stato regolato il potere di regolazione, rispetto al quale il potere di irrogare sanzioni assume una veste strumentale - implica che il giudice possa essere chiamato anche a verificare se i tratti essenziali del potere sanzionatorio effettivamente esercitato trovano un adeguato riscontro normativo in ambito legislativo.

⁶⁸ Sul punto, v. F. SCLAFANI, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 58-59.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2005, n. 5827.

Capitolo V

Considerazioni conclusive

SOMMARIO: 1. Il confronto tra il potere sanzionatorio dell'Agcm e quello dell'Aeegi, in relazione alle garanzie procedurali. - 1.2 (*segue*) e con riguardo al controllo del giudice. - 3. Conclusioni sugli impegni in particolare.

1. Il confronto tra il potere sanzionatorio dell'Agcm e quello dell'Aeegi, in relazione alle garanzie procedurali.

Nel corso della presente analisi sono state riscontrate alcune significative differenze tra il procedimento delle sanzioni irrogate dall'Agcm contro i responsabili di gravi forme d'intese anti-concorrenziali e di abusi di posizione dominante, da una parte; e il procedimento delle sanzioni irrogate dall'Aeegi contro i trasgressori della regolazione pro-concorrenziale, dall'altra.

Sennonché, i due diversi modelli procedurali sanzionatori qui presi in esame hanno dimostrato di avere aspetti comuni importanti.

Ciò a partire dalla mancanza di una netta distinzione tra funzioni inquirenti e funzioni decisorie, per poi interessare i termini del procedimento, la contestazione dell'addebito; ma anche aspetti sostanziali, ossia quelli riguardanti i presupposti per l'applicazione e la quantificazione della sanzione.

Tutti aspetti che differenziano sensibilmente detti modelli, tanto dallo schema generale contemplato dalla legge sulla depenalizzazione del 1981, ossia una schema architettato quando ancora le autorità amministrative indipendenti in generale non esistevano; nonché dallo schema generale della l. n. 241/1990, ossia uno schema ideato con riguardo ai provvedimenti amministrativi complessivamente considerati, che - sebbene composto anche da disposizioni riguardanti specificamente i provvedimenti a contenuto negativo - non è stato, comunque, architettato tenendo conto delle peculiari esigenze investigative e istruttorie, che caratterizzano i procedimenti dell'Agcm e dell'Aeegi.

L'ammissibilità di tali aspetti giuridici di differenziazione dalle due discipline generali sopra ricordate, e, quindi, la possibilità di derogare da parte di queste due autorità alle norme ivi contenute, per quei profili non disciplinati

dalle leggi speciali, sembrerebbe trovare le sue ragioni principali nella necessità di massimizzare il raggiungimento dei fini sottesi all'irrogazione delle sanzioni; in altre parole, sembrerebbe essere giustificata dalla maggiore effettività del potere sanzionatorio¹.

Il riconoscimento di speciali modelli procedimentali in capo all'Agcm e all'Aeegsi, anche in assenza di una specifica disciplina legislativa al riguardo, in ragione delle esigenze implicate dalle rispettive missioni, corrisponde a una interpretazione funzionalistica dei relativi poteri sanzionatori.

A ben vedere, però, una simile ricostruzione (che poi corrisponde a quella accolta dal più recente orientamento giurisprudenziale) non sembra andare incontro soltanto alla maggiore effettività dell'azione amministrativa.

Il fatto, ad esempio, che - nel silenzio della l. n. 287/1990 - la giurisprudenza ammetta che la fase pre-istruttoria non sia oggetto di apposita comunicazione di avvio del procedimento da parte dell'Agcm, oppure il fatto che - nel silenzio (ora rotto) della l. n. 481/1995 - la giurisprudenza abbia concesso all'Aeegsi dei termini per la comunicazione di avvio del procedimento superiori a quelli previsti dalla l. n. 241/1990, soddisfano esigenze legate al più efficiente esercizio del potere sanzionatorio; ma permettono anche di perseguite meglio la necessità del potere sanzionatorio, nonché di rendere questo potere ancor più proporzionale.

È immediatamente percepibile come ciò possa accadere, nel momento in cui viene concesso alle autorità amministrative indipendenti di esplicare la fase pre-istruttoria segretamente e di disporre del tempo necessario a condurre detta fase e quella istruttoria vera e propria, per accertare, con maggiore precisione ed efficacia fattispecie, di per sé caratterizzate per la loro complessità tecnica.

Tuttavia, come si è sottolineato nelle considerazioni introduttive del presente lavoro, il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti non può essere relegato alla sola funzione punitiva e preventiva, o, più in generale, alla sola funzione di garantire l'interesse pubblico affidato alla cura delle rispettive autorità amministrative indipendenti.

Infatti, per quanto argomentato sui problemi derivanti dalla speciale indipendenza istituzionale delle autorità amministrative indipendenti, si ricorda che i procedimenti sanzionatori di queste ultime hanno certamente una

¹ Per una recente disamina di questi aspetti, cfr. M. CLARICH E L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, fasc. 2, pp. 358 ss..

funzione di garanzia degli interessati (che è propria di tutti i procedimenti ablatori), ma sono, altresì connessi, ad una più ampia funzione di legittimazione delle autorità medesime.

Se poi si considera il carattere afflittivo delle sanzioni pecuniarie, si è ancor più facilmente portati a concludere che le discipline dei procedimenti sanzionatori dell'Agcm e dell'Aeegsi non possono essere, comunque, interpretati e applicati, mettendo in secondo piano gli strumenti di difesa (e di partecipazione al procedimento) degli interessati; ossia un accesso agli atti che soddisfi le esigenze difensive; e l'effettiva realizzazione di un contraddittorio scritto e orale.

Tutti strumenti finalizzati a quelle esigenze di garanzia dei destinatari del potere sanzionatorio, che - insieme ai valori della necessità, della proporzionalità e dell'effettività di detto potere - dovrebbero essere adottati come termini funzionali di riferimento, per una ricostruzione teleologicamente orientata.

Certo è che, finché si ragiona in termini di netta contrapposizione tra l'effettività del potere sanzionatorio, da un lato, e la garanzia degli operatori economici dall'altro, resta difficile trovare una soluzione soddisfacente o, per lo meno, bilanciata.

Pare, quindi, preferibile tentare di seguire un'interpretazione degli istituti coinvolti che sia funzionalistica, ma, al contempo, che non lo sia in senso unidirezionale; ed evitare, quindi, di privilegiare l'effettività del potere sanzionatorio, a discapito della tutela dei destinatari.

Ecco perché la derogabilità alle leggi di carattere generale, da parte delle due diverse autorità prese in esame, per quei profili non espressamente disciplinati dalle disposizioni speciali, dovrebbe essere accolta favorevolmente, anche per quanto concerne la massimizzazione del diritto di difesa.

Ciò precisato, non può nemmeno sfuggire che la massimizzazione da ultimo indicata dipende in gran parte, ma non soltanto, dalle regole del procedimento.

In materia di sanzioni amministrative pecuniarie, infatti, la tutela giuridica dei soggetti accusati di aver commesso un illecito dovrebbe essere garantita attraverso il rispetto dei principi di tipicità e di determinatezza delle sanzioni, con particolare attenzione alle specifiche condizioni soggettive e oggettive per la configurazione dell'illecito e, quindi, per l'irrogazione e la quantificazione della sanzione.

Nel confronto delle due diverse autorità esaminate, si è avuto modo di ricordare come, nel caso dell'Aeegsi, la tipizzazione e determinazione delle sanzioni siano da ricondurre principalmente al potere del legislatore e, solo in seconda battuta, al potere regolatorio dell'Aeegsi; posto che i poteri impliciti a carattere affittivo di quest'ultima autorità non sono ammessi dalla più recente giurisprudenza.

Invece, nel caso dell'Agcm - considerato che la legittimità costituzionale della l. n. 287/1990, sul piano della sufficiente determinatezza delle fattispecie illecite ivi contemplate, non è messa in discussione - si è assistito, col tempo, al progressivo riempimento delle norme generiche ivi contenute attraverso la prassi applicativa dell'Agcm.

Prassi applicativa che, se non altro, si è ormai sviluppata e consolidata, con le correzioni nel frattempo intervenute - è il caso di ricordare - sotto la guida delle decisioni della giurisprudenza amministrativa, su aspetti giuridici fondamentali del procedimento sanzionatorio, e non solo.

Secondo una lettura unitaria dell'Agcm e dell'Aeegsi, si, però, è anche avuto modo di ragionare su una caratteristica che accomuna i poteri di questi due organismi, presi come casi esemplari delle sotto-categorie, costituite dalle "autorità di garanzia" e dalla "autorità di regolazione".

In particolare, si è visto come la tipicità e la sufficiente determinatezza delle fattispecie vietate e sanzionate vengono messe in discussione - insieme, di conseguenza, alla stessa necessità del potere sanzionatorio - dall'alto tasso di discrezionalità tecnica implicato dal loro accertamento.

Si è, cioè, messo in evidenza come i confini tra quest'ultimo tipo di discrezionalità (che, idealmente, dovrebbe caratterizzare l'esercizio di poteri decisionali ex post), e la discrezionalità più propriamente amministrativa (che, nel caso della regolazione, caratterizza l'esercizio di poteri decisionali ex ante), siano di incerta identificazione.

Recentemente, la dottrina è tornata a concentrarsi su quest'ultima caratteristica, per riflettere su come il potere sanzionatorio amministrativo (pecuniario) - tradizionalmente inteso come potere strettamente vincolato, cui viene contrapposta la posizione di diritto soggettivo del destinatario - possa essere concretamente esercitato, in modo tale da assumere le sembianze di un potere più strettamente amministrativo (ossia autoritativo), cui

corrisponderebbe, in contrapposizione, una posizione di interesse legittimo del destinatario².

In questi termini, tale sorta di metamorfosi del potere sanzionatorio sarebbe mascherata dalla opinabilità tecnica, che permea l'attività valutativa, necessaria all'accertamento delle condotte da sanzionare.

Anche se poi, si è evidenziato - e qui si conferma, concludendo - come, concettualmente, il potere di scelta tecnica debba, comunque, essere tenuto distinto dalla discrezionalità amministrativa in senso proprio.

Discrezionalità quest'ultima, che, a differenza di quella tecnica, comporterebbe una comparazione di interessi pubblici e privati, con il risultato di aggiungere qualcosa in più, rispetto al mero accertamento e alla qualificazione giuridica di determinate fattispecie.

Pertanto, quest'ordine di comparazione da parte dell'Agcm e dell'Aeegsi, in linea di principio, deve essere esclusa, in base ad una interpretazione prescrittiva della neutralità funzionale del potere sanzionatorio stesso.

2. *(segue)* e con riguardo al controllo del giudice.

È proprio distinguendo tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa che è possibile sposare un modello di sindacato giurisdizionale che non sia referente nei confronti dell'amministrazione.

Infatti, come si è rilevato studiando singolarmente il potere sanzionatorio dell'Agcm e quello dell'Aeegsi, il controllo del giudice amministrativo, in entrambi i casi, è stato inevitabilmente condizionato dalle peculiarità che caratterizzano il percorso decisionale di queste due diverse autorità.

Per tutte e due queste autorità, si è passati da un'orientamento di self-restraint - proprio come se si trattasse di non dover valicare i limiti del merito amministrativo (pur trattandosi di sanzioni amministrative) - a un controllo

² Cfr. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 1, 2013, pp. 79 ss.; id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi: conseguenze di sistema e in punto di tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e Salvatore Cimino, in *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Università commerciale Bocconi, Paper No. 2013-15.

più intenso delle scelte tecniche prese dalla autorità, e delle modalità istruttorie e motivazionali attraverso cui tali scelte sono state prese.

D'altra parte, però, l'impossibilità del giudice di sostituirsi completamente all'Agcm, nel caso in cui si tratti di sanzionare le imprese per comportamenti anticoncorrenziali, o all'Aeegsi, nel caso in cui si tratti di sanzionare gli operatori di settore che trasgrediscono alla regolazione pro-concorrenziale, si fonda su una duplice ragione.

Infatti, ammettendo una simile sostituzione, verrebbe violato il principio di separazione dei poteri; oltre a risultare inopportuno da un punto di vista pratico, se si considerano l'organizzazione e la preparazione dei componenti dell'Aeegsi, rispetto quelle del giudice amministrativo.

La sussistenza di un ventaglio di più valutazioni, parimenti accettabili sul piano prettamente tecnico, comporta che dette autorità amministrative indipendenti esercitano un vero e proprio potere di scelta (non del tutto libero), che è proprio del potere sanzionatorio strumentale alla loro funzione istituzionale.

A ciò si aggiunga che, per entrambe le autorità amministrative indipendenti esaminate, il potere sanzionatorio è stato integrato con il potere di queste ultime di sacrificare l'irrogazione della pena tecnica, in favore dell'accettazione degli impegni con effetti concorrenziali benefici assunti dalle imprese.

Con l'ingresso di questi particolari istituti premiali, che ben si prestano ad essere applicati ricorrendo ai modelli di analisi di economia del diritto (non a caso, tesi a massimizzarne l'efficienza), il dovere di punire e prevenire (accertando illeciti e irrogando sanzioni), sembrerebbe essere stato posto - insieme al dovere di accettare gli impegni in vista dei relativi effetti - sui piatti di una "bilancia", la cui misurazione viene affidata all'amministrazione.

Tali effetti, peraltro, sono positivi per quelle stesse finalità di stampo generale, cui fanno capo le funzioni sanzionatorie qui considerate, ossia la tutela e la promozione della concorrenza. Funzioni che, attraverso il meccanismo degli impegni, vengono svolte con un'azione più che altro promozionale, rispetto agli interessi pubblici affidati, piuttosto che attraverso un'azione di garanzia in senso stretto.

Se così fosse, però, significherebbe anche che gli stessi poteri sanzionatori dell'Agcm e dell'Aeegsi non possono che distinguersi per essere entrati in connessione con un potere più facilmente esercitabile in modo discrezionale amministrativo; ossia il potere di accettare gli impegni, rispetto al

quale i suddetti poteri sanzionatori sono (ora) accostati in una logica comparativa.

Da una parte, quest'ultimo potere ha un margine di opinabilità tecnica e, quindi, di scelta discrezionale, nettamente superiore a quello implicato dall'accertamento degli illeciti e dalla determinazione della relativa sanzione in materia antitrust, così come per la violazione della regolazione pro-concorrenziale.

Dall'altra, il potere di accettare gli impegni, al posto di applicare le sanzioni, è più facilmente esercitabile in modo tale da essere ricondotto a interessi pubblici e privati ulteriori, rispetto a quelli sottesi dalle funzioni neutrali di tutela e promozione della concorrenza.

Allo stato attuale, quindi, gli impegni rappresentano "l'altra faccia" - quella più delicata - del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, sia che si tratti di autorità di garanzia, come nel caso dell'Agcm, che di regolazione, come nel caso dell'Aeegsi.

3. Conclusioni sugli impegni in particolare.

In riferimento all'istituto premiale degli impegni antitrust, si è arrivati a concludere che è nella particolare "gravità" dell'infrazione (come, ad esempio, nel caso dei famigerati *hardcore cartels*) che deve essere individuato il limite, oltre il quale l'Agcm non può accettare gli impegni, ossia il punto al di là del quale il potere sanzionatorio ritornerebbe ad essere vincolato e vincolante.

Dinnanzi a illeciti antitrust particolarmente gravi, l'Agcm non potrebbe accettare gli impegni, ma dovrebbe necessariamente portare avanti il procedimento sanzionatorio, riducendo ogni margine di scelta entro l'ambito di valutazione tecnica delle condotte vietate.

Non diversamente, sembra che si possa sostenere per gli impegni di competenza dell'Aeegsi. Deve, cioè, farsi riferimento, anche in questi casi, alla particolare gravità per escluderne l'accettazione.

Con l'introduzione degli impegni, le due autorità amministrative indipendenti in questione sono state munite di poteri che, pur essendo sempre di tipo negativo per la sfera giuridica del destinatario, agiscono in chiave prettamente ripristinatoria rispetto al fine ultimo, collegato alle rispettive funzioni loro affidate.

Inoltre, l'accettazione di questi impegni richiede delle valutazioni di tipo prognostico, in quanto rivolte agli effetti di impegni non ancora realizzati.

Se, a prima lettura, appare scontato affermare che l'ampliamento della gamma dei poteri di tali autorità ne aumenta la funzionalità, è, però, anche opportuno tenere conto della giusta misura che, in detta gamma, deve occupare il potere di accettare l'istituto premiale qui considerato, in alternativa all'irrogazione della sanzione.

Anche perché, nel momento in cui si decide di affidare alla discrezionalità "pseudo-amministrativa" dell'Agcm e dell'Aeegsi l'individuazione della dimensione del potere di accettare gli impegni, è altrettanto agevole osservare che, se tale potere venisse portato alla sua massima espansione, il suo esercizio finirebbe con elidere del tutto lo stesso potere sanzionatorio.

Il tutto, tuttavia, in assenza di una specifica disposizione normativa di preferenza in tale senso e, comunque sia, in contrasto con l'obbligatorietà che caratterizza il potere sanzionatorio amministrativo.

Quest'ultima considerazione conclusiva, peraltro, sarebbe giustificata anche dalla circostanza che una piena e incondizionata accettabilità degli impegni comporterebbe che, di fronte a condotte di uguale gravità, verrebbe svantaggiato quell'operatore più debole che, a differenza di imprese titolari di maggiore potere di mercato, non potrebbe offrire gli stessi impegni, che potrebbero essere offerti da queste ultime, in violazione del principio di parità di trattamento degli interessati.

Bibliografia

- AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993.
- AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. Marchetti, Milano, Giuffrè, 1995.
- AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, Il Mulino, 1996.
- AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas: atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996*, Milano, Giuffrè, 1996.
- AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. Amato, Milano, Giuffrè, 1997.
- AA.VV., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, Firenze, Passigli, 1998.
- AA.VV., *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, a cura di F.A. Grassini, Bologna, 1998 .
- AA.VV., *Le autorità indipendenti*, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Napoli, Simone, 2000.
- AA.VV., *I servizi a rete in europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzie dei cittadini*, a cura di Erminio Ferrari, Milano, 2000.
- AA.VV., *I servizi a rete in europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzie dei cittadini*, a cura di E. Ferrari, Milano, Cortina, 2000.
- AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, Il Mulino, 2001.
- AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, Giuffrè, 2001.
- AA.VV., *L'indipendenza delle autorità*, a cura di F.A. Grassini, Bologna, Il Mulino, 2001.
- AA.VV., *Le autorità indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, a cura di G. Clemente Di S. Luca, Giappichelli, Torino, 2002.
- AA.VV., *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di L. Ammannati, Milano, Giuffrè, 2005.
- AA.VV., *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, 2006.

- AA.VV., *Energia e comunicazione. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, a cura di S. Mariotti e P.G. Torrani, Milano, Giuffrè, 2006.
- AA.VV., *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di F. Ferrari, Torino, 2007.
- AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Giappichelli, a cura di E. Sticchi Damiani, 2008.
- AA.VV., *Governance dell'economia e integrazione europea*, a cura di M.A. Cabiddu, F. Gabriele (vol. I) e L. Ammannati (vol. II), Milano, Giuffrè, 2008.
- AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010.
- AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di Paolo Cirillo G. e Chieppa R., in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLI, Padova, Cedam, 2010.
- AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011.
- AA.VV., *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Milano, Giuffrè, 2011.
- AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e Salvatore Cimini, in *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Università commerciale Bocconi, Paper No. 2013-15.
- ALESIO MASSIMILIANO, *Il caso ENEL-Infostrada fra sindacato giurisdizionale sulle valutazioni complesse e principio di proporzionalità*, nota a CdS, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Il nuovo diritto*, 2002, 12, pp. 1020 ss..
- ALESSI RICCARDO E OLIVERI GUSTAVO, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 1991.
- AMATO GIULIANO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, fasc. 3, pp. 645 ss..
- AMATO GIULIANO, *Il potere e l'antitrust, il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- AMORELLI GIAMPIERO, *Amministrazioni con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 947 ss..
- AMORELLI GIAMPIERO., *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Cee*, Padova, Cedam, 1992.
- AMOROSINO SANDRO, *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Rass. en. el.*, 1996, pp. 101 ss..

- AMMANNATI LAURA, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas*, in AA.VV., *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di L. Ammannati, Milano, 2005, pp. 322 ss..
- ANTOLISEI FRANCESCO, *L'offesa e il danno nel reato*, Milano, Giuffrè, 1930.
- ANTONIOLI MARCO, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 61 ss..
- ANTONIOLI MARCO, *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo, n. 1348, in *Giust. civ.*, 2000, 7-8, pp. 2169 ss..
- ANTONIOLI MARCO, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, Giuffrè, fasc. 3, pp. 673 ss.
- BACHELET VITTORIO, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 904 ss..
- BANI ELISABETTA, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000.
- BARRA CARACCILO LUCIANO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Giappichelli, Torino, 1997.
- BASSI FRANCO, *Sanzioni amministrative edilizie ed interesse pubblico*, in *Stato ed economia. Scritti in onore di Donatello Serrani*, Milano, 1984, pp. 480 ss..
- BASSI NICOLA, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BASSI NICOLA, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, nota a sentenza n. 1331 del 2002, in *Foro amm. TAR*, 2002, pp. 1900 ss..
- BASTIANON STEFANO, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, 3, pp. 6 ss..
- BENEDETTI MARIANGELA e MORETTINI SIMONA, *La concorrenza, l'ambiente e gli interessi sociali nell'AIR*, in AA.VV., *L'analisi dell'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi e G. Vesperini, Carocci, Roma, 2012, pp. 133 ss..
- BENVENUTI LUIGI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986
- BERLINGERIO GIANNA ELISA, *Studi sul servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003.
- BERNINI GIORGIO, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, Clueb, 1991.

- BERTONE JOLE, MAGGIOLINO MARIA TERESA, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, 6, pp. 1370 ss..
- BENVENUTI LUIGI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- BILANCIA PAOLA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. società*, 1999, fasc. 2, pp. 251 ss.
- BILANCIA FRANCESCO, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000.
- BIN MARINO, *Autorità indipendenti? Il caso dell'Isvap*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 329 ss..
- BOCCACCIO MARCO e SAJA AURORA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, pp. 285 ss..
- BRUTI LIBERATI EUGENIO, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.
- BRUTI LIBERATI EUGENIO, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc. 2, pp. 435 ss..
- BUTTAZZI BARBARA, *Il procedimento davanti all'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 579 ss.;
- BUZZACCHI CAMILLA, *La materia dell'energia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il prisma dell'energia*, a cura di C. Buzzacchi, Milano, Giuffrè, 2010.
- CAGGIANO GIANDONATO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo al modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008.
- CAGGIANO GIANDONATO, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, fasc. 1, 41 pp. ss..
- CALDIROLA DEBORA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, Milano, Giuffrè, 2001.
- CAPANTINI MASSIMO, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. Pubbl. comunit.*, 2008, fasc. 1, pp. 71 ss..
- CAPRIGLIONE FRANCESCO, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T. PAOLA, *Il principio di tipicità*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, Giappichelli, 2014.

- CAIANELLO VINCENZO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, fasc. 1, 341 ss..
- CAIAZZO RINO, *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'energia elettrica e del gas in Italia*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, fasc. 1, pp. 1 ss..
- CABIDDU MARIA AGOSTINA, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità amministrative indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 3, pp. 257 ss..
- CAMA GIAMPIERO, *La Banca d'Italia*, Bologna, Il mulino, 2010.
- CAMILLI ENRICO LEONARDO., voce *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir.*, ANNALI, vol. V, Giuffrè Milano, 2012, pp. 163 ss..
- CARANTA ROBERTO, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. comm.*, 2003, 2, pp. 170 ss..
- CARBONETTI FRANCESCO, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa*, in *Bancaria*, 2006, pp. 29 ss..
- CARLASSARE LORENZA, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990.
- CARTEI GIAN FRANCO, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002.
- CARINGELA FRANCESCO, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 4° ed..
- CASSETTA ELIO, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 599.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000.
- CASSESE SABINO, *La Commissione nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. Soc.*, 1994, pp. 418 ss..
- CASSESE SABINO, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, pp. 235 ss..
- CASSESE SABINO, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- CASSESE SABINO, *La nuova costituzione economica*, Roma, Laterza, 2005.
- CASTIELLO FRANCESCO, *Gli illeciti bancari nel nuovo T.U. sul credito*, in *Riv. bancaria*, 1994, pp. 68 ss..
- CAVAZZUTI FILIPPO, *La Consob e la regolazione dei mercati finanziari*, in *Quaderni di Finanza*, n. 38, maggio 2000, pp. 23 ss.
- CERASO LINDA, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza "limitata". Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010.

- CERBO PASQUALE, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, vol. I, pp. 579 ss..
- CERULLI IRELLI VINCENZO, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, fasc. 4, pp. 463 ss..
- CERULLI IRELLI VINCENZO, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in AA.VV., *L'indipendenza delle autorità*, cit., pp. 54 ss..
- CHIEPPA ROBERTO, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento tenuto in occasione del Convegno "Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative", tenuto a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- CHIEPPA ROBERTO, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di Paolo Cirillo G. e CHIEPPA ROBERTO, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLI, Padova, Cedam, 2010.
- CINTIOLI FABIO, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 3, pp. 453 ss..
- CINTIOLI FABIO, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, 2007, 5, in *www.giustamm.it*.
- CINTIOLI FABIO, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010.
- CLARICH MARCELLO, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 83 ss., anche in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993.
- CLARICH MARCELLO, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1995, pp. 159 ss..
- CLARICH MARCELLO, *Le sanzioni amministrative nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa*, 1995, pp. 65 ss..
- CLARICH MARCELLO, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, fasc. 1, pp. 181 ss..
- CLARICH MARCELLO, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *I procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. ss.
- CLARICH MARCELLO, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 59 ss..
- CLARICH MARCELLO, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.

- CLARICH MARCELLO, *Il contenuto di indipendenza delle Autorità di settore*, in AA.VV., *Energia e comunicazione. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, a cura di S. Mariotti e P.G. Torrani, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 431 ss..
- CLARICH MARCELLO, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 265 ss., e in F. CINTIOLI e G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007.
- CLARICH MARCELLO e PISANESCHI ANDREA, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, nota a Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. comm.*, fasc. 6, pp. 11 66 ss..
- CLARICH MARCELLO, ZANETTINI LAURA, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, Giuffrè, 2013, fasc. 2, pp. 358 ss..
- CLARIZIA ANGELO, *I servizi pubblici tra mercato e universalità*, 2003.
- CLEMENTE DI SAN LUCA GUIDO, *Problematicità dei tratti e prospettive di classificazione*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, a cura di G. Clemente Di S. Luca, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 300 ss..
- COLANGELO GIUSEPPE, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci Global*, in *Dir. Industriale*, 2009, 4, pp. 353 ss..
- CORSI CECILIA, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Torino, 2005.
- COSTI RENZO, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- CRISAFULLI VEZIO, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 133 ss..
- R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*, in *Il Foro amm. Tar*, 2002, 2, pp. 498 ss..
- CUOCOLO LORENZO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni reg.*, 2007, vol. 26, fasc. 3, pp. 601 ss..
- CUNIBERTI MARCO, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007.
- D'ALBERTI MARCO, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995.
- D'ALBERTI MARCO e PAJNO ALESSANDRO, *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- D'ANTONIO VIRGILIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 677 ss..
- DE CHIARA ANTONIO, SARNO LUCIO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca centrale europea: elementi storici, economici e politici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2001.

- DE LUCIA LUCA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002.
- DELLA CANANEA GIACINTO, *I problemi istituzionali nel nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Della Cananea, Torino, 2005, pp. 9 ss..
- DELVAUX BERNARD, FABER GIUSEPPE, *La nozione di "servizio di interesse generale"*, in *Riv. dir. ind.*, 1965, pp. 157 ss..
- DELSIGNORE MONICA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, pp. 185 ss..
- DEMARTINI GRETA, *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, fasc. 4, pp. 917 ss..
- DESIDERIO LUIGI, *Le sanzioni amministrative nella l. bancaria: aspetti procedurali*, in *Banca borsa ti. di credito*, 1974, pp. 469 ss..
- DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, pp. 277 ss..
- DE PASQUALE PATRIZIA, *Diritti dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Dir. Un. Eur.*, Giuffrè, 2013, fasc. 1, pp. 73 ss..
- DENOZZA FRANCESCO, *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- DENOZZA FRANCESCO, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, pp. 1141 ss..
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 589 ss..
- DONATI FILIPPO *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 1997.
- DONATI FILIPPO, *Le autorità amministrative tra diritto comunitario e diritto interno 1*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 1, pp. 27 ss.
- DONATIVI VINCENZO, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996.
- FATTORI PIERO, TODINO MARIO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- FIANDACA GIOVANNI , MUSCO ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Bologna, Zanichelli, 2004.
- FOIS SERGIO, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 689 ss..

- FOIS SERGIO, *Delegificazione, riserva di legge, principio di legalità*, in *La riforma delle istituzioni*, Roma, 1995, pp. 261 ss..
- FAELLA GIANLUCA, *Il potere cautelare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 2, pp. 244 ss.;
- FAELLA GIANLUCA, *Da IMS Health a Merck: misure cautelari e rifiuto di licenza nel diritto antitrust post-modernizzazione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, fasc. 6, pp. 1234 ss..
- FALCON GIANDOMENICO, *Il "primo", il "secondo" ed il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 96 ss..
- FILIPPELLI MARILENA, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, 2011.
- FRANCESCHELLI REMO, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, pp. 85 ss..
- FRACCHIA FABRIZIO, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del T.A.R. Lombardia sugli atti dell'autorità dell'energia per l'energia elettrica e il gas*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, fasc. 4, pp. 656 ss..
- FRANCHINI CLAUDIO, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 69 ss.
- FRENI ELISABETTA, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, fasc. 4, pp. 343 ss..
- FRENI ELISABETTA, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011.
- FRIEDMAN LAWRENCE M., *A History of American Law*, 3° ed, New York, Simon & Schuster, 2005.
- GALANTINO CLELIA, *Art. 145. Procedimento sanzionatorio*, in AA.VV, *Testo unico bancario*, a cura di M. Porzio, Milano, 2010, pp. 1291 ss..
- GALLO CARLO EMANUELE, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CDS*, 2004, fasc. 8, pp. 1908 ss..
- GALLO DANIELE, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, Vol. II, 3° ed., Milano, 1993.
- GIGLIONI FABIO, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2008.

- GIORDANO MARIA, *Il Consiglio di Stato e il "sistema" delle sanzioni antitrust*, nota a Cons.St., sez VI, 2 agosto 2004, n. 5368, e id., 20 luglio 2004, n.5288, in *Foro amm. CDS*, 2005, 4, pp. 1201 ss..
- GIRAUDI GIORGIO, RIGHETTINI MARIA STELLA, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001.
- FONDERICO GIULIANO, *Il caso « Alrosa » e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, pp. 250 ss..
- GHEZZI FEDERICO, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 10, pp. 228 ss..
- GHEZZI FEDERICO, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. soc.*, 2008, pp. 1395 ss..
- GRECO NICOLA, *Dal "Regulatory State" all'"Administrative State". Origini, esperienze e crisi delle Independent Regulatory Commissions*, in AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia. Modelli ed esperienze USA*, a cura di N. Greco, Roma, Edistudio, 1977.
- GOISIS FRANCESCO, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, Giuffrè, 2013, fasc. 1, pp. 79 ss..
- GRIPPO E MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008.
- GRASSO GIORGIO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quad. reg.*, 1993, fasc. 4, pp. 1341 ss.
- GRASSO GIORGIO, *L'anomalia di un «modello»: le autorità (amministrative) indipendenti nei paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un "inventario"*, in «Il politico», 1999.
- GRASSO GIORGIO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006.
- GUARINO GIUSEPPE, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997.
- GUARINO ANDREA, *Alcune riflessioni di ordine sistematico intorno alla portata dell'art. 8 della legge 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 1994, pp. 403 ss..
- GUASTINI RICCARDO, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, pp. 86 ss..
- GUERRI ERIKA, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, Giappichelli, 2005.
- GUZZI FEDERICO FRANCESCO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative*

- indipendenti*, a cura di M. Allena e Salvatore Cimini, in *Rules Research Unit Law and Economics Studies*, Università commerciale Bocconi, Paper No. 2013-15.
- LANZI DIEGO, *L'istituzione di Autorità di regolazione*, in *Ec. pubbl.*, 1998, fasc. 1, pp. 5 ss..
- LAZZARA PAOLO, *Partecipazione al contraddittorio nelle procedure istruttorie recanti all'Autorità per l'energia*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, n. 4, pp. 961 ss..
- LAZZARA PAOLO, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, pp. 212 ss..
- LECCISI GIORGIO, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giust. amm.*, 2007, 3, pp. 2 ss..
- LEONE CARMELA, *Gli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, pp. 1093 ss..
- LEONE CARMELA, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, Giuffrè, 2012.
- LIBERTINI MARIO, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *G.d.a.*, 2001, pp. 1287 ss..
- LIBERTINI MARIO, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, pp. 1283 ss..
- LIBERTINI MARIO, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, fasc. 1, 5 ss.
- LICCIARDELLO S., *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, Milano, Giuffrè, 1997, n. 2, pp. 349 ss.
- LOMBARDI ROBERTA, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, fasc. 4, pp. 629 ss..
- LOMBARDI ROBERTA, *Sul potere decisorio della Commissione di garanzia per l'attuazione delle legge nei servizi pubblici essenziali* (nota a Corte cost. 24 febbraio 1995 n. 57), in *Giust. Civ.*, 1996, fasc. 1, pp. 2197 ss..
- LONGO GIOVANNI ELIO, *Note sulla cosiddetta indipendenza delle Authorities per i servizi di pubblica utilità*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1995, pp. 677 ss..
- LONGO FABIO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti*, in *AA.VV., I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Il Mulino, Bologna, 1996, ...
- LONGOBARDI NINO, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 173 ss..
- LONGOBARDI NINO, *Le amministrazioni indipendenti e la posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Ottaviano*, I, Milano, 1993.

- LONGOBARDI NINO, *Amministrazioni indipendenti e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 525 ss..
- LONGOBARDI NINO, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, 1999.
- LONGOBARDI NINO, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009 [2004!].
- LUCARELLI ALBERTO, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, Il Mulino, 2001.
- MACCHIATI ALFREDO, *Privatizzazioni tra economia e politica*, Roma, Donzelli, 1996.
- MAJONE GIANDOMENICO, LA SPINA ANTONIO, "Deregulation" e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato mer.*, 1992, pp. 249 ss.
- MAJONE GIANDOMENICO, LA SPINA ANTONIO, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- MANGIONE GIUSEPPINA, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Conc. merc.*, fasc. 9, 2001, pp. 223 ss..
- MANETTI MICHELA, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.
- MANETTI MICHELA, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997, pp. 1 ss..
- MARCANTONIO K., *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, fasc. 10, pp. 1177 ss..
- MARZI GRAZIELLA, PROSPERETTI LUIGI, PUTZU EMMA, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- MARZONA NICOLETTA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 87 ss..
- MARZUOLI CARLO, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in AA.VV., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano 1998.
- MASSERA ALBERTO, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 40 ss..
- MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 679 ss..
- MELI VINCENZO, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, 2, pp. 201 ss..

- MELI VINCENZO, *Modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopolio legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust*, in *Nuove leggi civili*, 2001, pp. 1061 ss..
- MENGOZZI PAOLO, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Milano, Giuffrè, pp. 1 ss..
- MERZ SANDRO, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1355 ss..
- MERLONI FRANCESCO, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 717 ss..
- MERUSI FABIO, *La posizione costituzionale della Banca d'Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 1089 ss..
- MERUSI FABIO, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993.
- MERUSI FABIO, *I rapporti tra governo ed amministrazione*, in AA.VV., *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, a cura di S. Cassese e A.G. Arabia, Bologna, 1993, pp. 25 ss.
- MERUSI FABIO, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- MERUSI FABIO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, pp. 63 ss..
- MERUSI FABIO e PASSARO MICHELE, voce *Autorità indipendenti*, v., in *Enc. dir., Agg. VI*, 2002, pp. 171 ss..
- MERUSI FABIO, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autoarchia nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- MERUSI FABIO e PASSARO MICHELE, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003.
- MERUSI FABIO, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, in *Il Nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, 2006, pp. 261 ss..
- MILANESI M.L., *Il mercato rilevante*, Torino, Giappichelli, 1997.
- MILANI V., *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, nota a sentenza n. 1331 del 2002, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 1, pp. 37 ss..
- MINERVINI GUSTAVO, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989.

- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, pp. 42 ss..
- MORBIDELLI GIUSEPPE, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 729 ss..
- MORBIDELLI GIUSEPPE, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. Cintioli e F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, pp. 1 ss..
- MUSSA ANTONIO, *Giurisdizione amministrativa ed atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, pp. 3204 ss..
- MUSSA ANTONIO, *Pratiche concordate, procedimento antitrust e diritti di accesso*, (Nota a Cons. Stato sez. VI 17 gennaio 2008, n. 102), in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2008, fasc. 6, pp. 1868 ss..
- NAPOLITANO GIULIO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO GIULIO, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 125 ss..
- NAPOLITANO GIULIO, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in AA.VV., *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 86 ss..
- NARDOZZI GIANGIACOMO, VACIAGO GIACOMO, *La riforma della Consob nella prospettiva del mercato mobiliare europeo*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- NIGRO MARIO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'Isvap*, in *Giur. comm.*, 1984, pp. 357 ss..
- NIGRO MARIO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987.
- OLIVIERI GUSTAVO, *I nuovi poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, fasc. 1, pp. 51 ss..
- PALIERO CARLO ENRICO, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo*, in *Politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1983, n. 1, pp. 117 ss..
- PALIERO CARLO ENRICO, TRAVI ALDO, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988.
- PALIERO CARLO ENRICO, TRAVI ALDO, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, vol. XLI, pp. 345 ss..

- PANTALONE PAOLO, *Poteri impliciti delle authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *Astrid*, 2012.
- PASSARO MICHELE, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996.
- PASSARO MICHELE, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AAEG)*, in AA.VV., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011, pp. 957 ss..
- PATRONI GRIFFI FILIPPO, *Tipi di Autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 25 ss..
- PERA ALESSANDRA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, pp. 61 ss..
- PERA ALESSANDRA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *MCR*, 2002, 2, pp. 329 ss..
- PEREZ RITA, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, fasc. 1, 115 ss..
- PERICU GIUSEPPE, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, fasc. 1, pp. 1 ss..
- PICOZZA EUGENIO, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, Nuova Italia scientifica, 1996.
- PIRAS ALDO, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, pp. 65 ss..
- POLITI FABRIZIO, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1995, pp. 1 ss.
- PORCHIA ORNELLA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, pp. 633 ss..
- PREDIERI ALBERTO, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in AA.VV., *Consob. L'istituzione e la legge penale*, a cura di G.M. Flick, Milano, Giuffrè, 1987.
- PREDIERI ALBERTO, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997.
- RAFFAELLI ENRICO ADRIANO, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro amministrativo TAR*, 2011, fasc. 6, 1926 ss..
- RAMAJOLI MARGHERITA, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, pp. 665 ss..

- RAMAJOLI MARGHERITA, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, fasc. 1, pp. 80 ss..
- RAMAJOLI MARGHERITA, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 330 ss..
- RESCIGNO GIUSEPPE UGO, Sul principio di legalità, in *dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss..
- RISSE FLAVIA, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, pp. 1349 ss..
- ROVERSI MONACO MARIA GIULIA, *Considerazioni sulle autorità amministrative indipendenti come strumento di intervento nell'economia*, Bologna, Monduzzi, 1994.
- ROMANO FRANCESCO, *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti*, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Napoli, Simone, 2000, pp. 12 ss..
- ROPPO VINCENZO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, fasc. 4, pp. 627 ss..
- ROPPO VINCENZO, *Note minime sulla costituenda "Autorità per le garanzie nelle comunicazioni"*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1997, pp. 325 ss..
- ROSSI PAOLO, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli.
- SABBATINI PIERLUIGI, *Sull'(ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza e regole*, fasc. 3, 2012, pp. 495 ss..
- SALOMONI LUCIANO, *Partecipazione procedimentale e legittimazione democratica: il caso delle autorità amministrative indipendenti*, Roma, Aracne, 2006.
- SALVATORE PAOLO, ANASTASI ANTONINO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, in *Cons. Stato*, 2004, fasc. 2, pp. 1635 ss..
- SANDULLI ALDO MAZZINI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, II, 200 ss.
- SANDULLI MARIA ALESSANDRA, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2010, pp. 1 ss..
- SANTANIELLO GIUSEPPE, *Brevi note sui profili istituzionali della "nuova" Consob*, in *Il Foro amm.*, vol. I, 1986, pp. 1213 ss.
- SANTOLI STEFANO, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1786 ss..

- SANTORO PELLINO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 271 ss..
- SATTA FILIPPO, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, Padova, 1969.
- SATTA FILIPPO, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS*, 2004, fasc. 8, pp. 1903 ss..
- SERGES GIOVANNI, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, nota a Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 3, pp. 2218 ss..
- SCLAFANI FRANCESCO, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Giuffrè, Milano, 2011.
- SCLAFANI FRANCESCO, ZANETTINI LAURA, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa, Cedam, Padova, 2010.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo I*, Bologna, Monduzzi, 2001.
- SCOCA FRANCO GAETANO, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 2, pp. 257 ss..
- SCOGNAMIGLIO ANDREINA, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 503 ss..
- SIMON JEAN-PAUL, CREWS JUDITH, *The origins of US public utilities regulation: elements for a social history of networks*, in *Flux*, 1993, fasc. 11, pp. 33 ss..
- SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, Il Mulino, 1983
- SIRAGUSA MARIO e DE SANCTIS LAURA, *Una prima analisi del regime delle prove nel diritto della concorrenza: la giurisprudenza del T.A.R. Lazio e del Consiglio di Stato*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra Diritto Nazionale e Comunitario*, Milano, 2003.
- SIRAGUSA MARIO, GUERRI ERIKA, FAELLA GIANLUCA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in *Convegno "Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust"*, a cura di Fondazione CESIFIN, Firenze, 2007.
- SORACE DOMENICO, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato conc. reg.*, 2003, pp. 337 ss..
- SORACE DOMENICO, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 4° ed., 2005.

- SORACE DOMENICO, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 1 ss..
- SORICELLI GERARDO, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Napoli, 2002.
- SORRENTINO FEDERICO, BALDUZZI RENATO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, pp. 1207 ss..
- SPADAFORA ANTONIO, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, 11, pp. 283 ss..
- SPOLIDORO MARCO SAVERIO, *Concentrazione e iniziative legislative italiane in tema di antitrust*, in *Dir. ed econ.*, 1989, fasc. 1, pp. 219 ss.
- VATIERO MASSIMILIANO, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, pp. 437 ss..
- TESAURO ALFONSO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TESAURO PAOLO, *Le independent Regulatory Commissions*, Napoli, Jovene, 1966.
- TESAURO GIUSEPPE, TODINO MARIO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, Vol. VI, Milano, 2002, pp. 112 ss..
- TITOMANLIO RAFFAELE, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000.
- TITOMANLIO RAFFAELE, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, Giuffrè, 2007.
- TORRICELLI SIMONE, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007;
- TRAVI ALDO, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 91 ss..
- TRAVI ALDO, *Produzione e vendita di energia elettrica e gas e obblighi di servizio pubblico*, in AA.VV., *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 13 ss..
- TRAVI ALDO, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e Filippo Donati, Giappichelli, 2007.
- TROISE MANGONI W., *Il potere sanzionatorio della Consob: profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Milano 2012.
- UBERTAZZI LUIGI CARLO, *La durata dei procedimenti antitrust*, in *Giur. it.*, 2004, 5, pp. 1116 ss..
- VARONE STEFANO, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004.

- VASSALLI FRANCESCO, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici nei rapporti con le altre Autorità indipendenti*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, pp. 297 ss.;
- VESPERINI GIULIO, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, fasc. 1, pp. 415 ss..
- VESPERINI GIULIO E NAPOLITANO GIULIO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, Agnesotti, 1998.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il Provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, pp. 43 ss..
- VESPERINI GIULIO, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, Cedam, 1988.
- ZANOBINI GUIDO, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Bocca, 1924.
- ZANOBINI GUIDO, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI, 1924, pp. 281 ss..
- ZITO ALBERTO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, fasc. 2, pp. 219 ss.