

Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 9^a ed. 2015-2016

Lezione A-09

Le autorità amministrative indipendenti

3. La tutela giustiziale all'indomani delle modifiche introdotte dall'art. 69, l. 69/2009 e dell'art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo

Esaminata la natura delle autorità e dei loro poteri, è ora possibile iniziare lo scrutinio dei rimedi e delle tutele attivabili per reagire ai loro atti o comportamenti.

Principiando con i rimedi giustiziali di stampo amministrativo, è necessario operare un *distinguo* preliminare in relazione al tipo di ricorso esperibile. **Non sono infatti ammissibili né il ricorso gerarchico improprio, né il ricorso per opposizione**, considerata la natura tassativa di tali rimedi e l'assenza di norme puntuali che ne prevedano, per l'appunto, la percorribilità.

Il ricorso gerarchico proprio, invece, è un rimedio a carattere generale, non necessitante di previsione *ad hoc*, che però presuppone un rapporto di gerarchia tra la autorità che ha adottato il provvedimento e quella chiamata alla decisione. Pertanto, **deve escludersi anche l'utilizzabilità del ricorso gerarchico proprio, atteso che le autorità indipendenti sono soggetti, per definizione, superiores non recognoscentes**. Questa limitazione, a ben vedere, non si traduce in un rilevante sacrificio per l'interessato, in quanto il valore aggiunto del ricorso gerarchico (rappresentato dalla possibilità di indirizzare verso il provvedimento censure di merito) non può essere speso nei confronti dei provvedimenti tipici delle Autorità indipendenti, che non esprimono un potere discrezionale, ma un potere neutrale, espressione di discrezionalità tecnica.

Controversa appare poi la possibilità di utilizzare il rimedio del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Secondo l'**indirizzo prevalente** in sede applicativa (a partire da Cons. Stato, comm. spec., 29 maggio 1998, n. 988), detto rimedio sarebbe ammissibile, in quanto gli atti provenienti dalle autorità sono atti amministrativi che, in assenza di limitazioni di diritto positivo, sono suscettibili di ricorsi giurisdizionali e di quelli alternativi a quelli giudiziali, quali per l'appunto, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

I fautori dell'orientamento favorevole valorizzano poi il progressivo avvicinamento del ricorso straordinario alle alternative forme di tutela giurisdizionale. A favore di tale impostazione, inoltre, si è ancora una volta fatto riferimento al *decisum* della Cassazione che, giungendo ad ammettere la legittimazione passiva del Garante della *privacy* nel giudizio originato dall'impugnazione dei propri atti, ne ha a chiare lettere rivendicato la veste amministrativa. In questo senso si è espressa non solo la Suprema Corte (**Cass. civ., sez. I, n. 7341/2002**, secondo la quale: *"Al giudizio che si svolge dinanzi al tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 29, comma 6, l. 31 dicembre 1996 n. 675, in opposizione al provvedimento del garante per la protezione dei dati personali, reso sull'istanza dell'interessato rivolta alla tutela, in relazione al trattamento dei dati personali, di uno dei diritti indicati nell'art. 13 della citata legge, è legittimato a partecipare lo stesso garante, e ciò per far valere il medesimo interesse pubblico specifico che la legge ha affidato a detta Autorità predisponendo, dinanzi ad essa, un procedimento che, per quanto strutturalmente caratterizzato dal contraddittorio dei soggetti coinvolti - il "titolare", il "responsabile" e l'"interessato" - e funzionalmente proteso alla tutela dei diritti della persona, si connota come amministrativo e non pone il garante in una posizione di terzietà assimilabile a quella del giudice nel processo"*), ma anche la Corte di Giustizia (**Corte Giust., 7 dicembre 2010, C-439/08**) per asserire la legittimazione processuale passiva delle Autorità *antitrust* dei paesi membri. La Corte, infatti, pur ricordando come il regolamento n. 1/2003, rimette ai legislatori nazionali la scelta circa il compito di disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali proposti contro le decisioni delle autorità garanti della concorrenza, precisa che esse non possono essere tali da vanificare le finalità del suddetto regolamento. Pertanto, pur in assenza di un'esplicita previsione regolamentare in tal senso, a una simile conclusione deve giungersi per evitare che, in mancanza della partecipazione processuale della suddetta Autorità, il giudice investito della controversia rimanga "prigioniero" delle censure e delle prospettazioni operate dal ricorrente. Pertanto, *"in mancanza di regolamentazione dell'Unione, gli Stati membri restano competenti,*

conformemente al principio dell'autonomia procedurale, a designare l'organo o gli organi appartenenti all'autorità nazionale garante della concorrenza che dispongono della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale, rivolto contro la decisione che promana da detta autorità, garantendo nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali e la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione".

Viceversa, **la tesi negativa** -ormai assolutamente recessiva- muoveva dall'esigenza di garantire l'indipendenza delle Autorità, all'uopo evidenziando che essa potrebbe essere lesa dal ricorso al Presidente della Repubblica. Tale osservazione, peraltro si fondava essenzialmente sulla struttura del ricorso straordinario *ante* 2009, quando al Governo era riconosciuto il potere di disattendere, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, il parere del Consiglio di Stato, la cui natura era obbligatoria ma non vincolante.

Non sono mancati, infine, **approcci mediani**, che hanno cercato di operare dei *distinguo*.

Taluno ha preferito insistere sul *quantum* di indipendenza, escludendo la via del ricorso quante volte le *authorities* siano sostanzialmente libere da ogni forma di condizionamento dell'esecutivo.

Diversamente si è opinato in altri casi. Nel perseguimento di una logica possibilista, si è ritenuto decisivo il tipo di provvedimento adottato: laddove emergano atti che siano espressione di una potestà amministrativa classica non può negarsi la percorribilità del ricorso; al contrario deve escludersi tale tutela quante volte emerga un'attività neutrale dal sapore paragiurisdizionale.

Non ci si può esimere dal considerare come gli approcci mediani citati, sebbene apprezzabili, pongano all'ermeneuta problemi di non poco momento, non essendo facilmente distinguibile un'autorità effettivamente indipendente da una tale solo in senso lato; analogamente, assai complessa ed incerta appare anche la distinzione tra un atto espressione di discrezionalità amministrativa "pura" da uno espressione invece di discrezionalità tecnica.

La questione pare potersi definitivamente risolvere grazie alle modifiche all'art. 14 del d.P.R. 1199/1971, da parte dell'art. 69, l. 69/2009. Quest'ultima norma, infatti, modifica il comma 1 primo periodo del citato art. 14, prevedendo che la decisione del ricorso straordinario deve essere conforme al parere del Consiglio di Stato, ed eliminando il meccanismo che prevedeva, in caso di valutazione difforme del Consiglio dei Ministri, la prevalenza di quest'ultima decisione sul parere espresso dai giudici di Palazzo Spada. In definitiva, dunque, è stato eliminato qualsivoglia ruolo della volontà politica sul ricorso straordinario, con la conseguente esclusione di qualunque forma di ingerenza del Governo sull'attività delle Autorità indipendenti, togliendo l'interprete dall'imbarazzo di distinguere la natura del potere (neutrale o discrezionale) in base al quale il provvedimento è stato adottato dall'a.i..

Quanto ai poteri riconosciuti in capo all'Autorità in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, si segnala **T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 luglio 2013, n. 1756**: "*Sono legittimati a proporre l'istanza di trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale non solo i controinteressati, ma anche tutte le amministrazioni, anche se non statali: ai controinteressati e agli enti pubblici non statali sono equiparate anche le autorità amministrative indipendenti che abbiano emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario*".

Non va dimenticato, però, che **l'art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo ha escluso la possibilità di utilizzare lo strumento del ricorso straordinario per le controversie che non siano devolute alla giurisdizione del g.a..** Pertanto, alcune tipologie di atti, quali ad esempio quelli adottati dal Garante della *privacy* non potranno essere impugnati attraverso il rimedio in questione, considerato che in materia vige la giurisdizione esclusiva del g.o..

4. La tutela giurisdizionale

Può dirsi ormai acclarata, dunque, la natura amministrativa delle Autorità indipendenti, che ne impone la soggezione al controllo giurisdizionale; controllo la cui necessità è resa ancora più pregnante dall'assenza di altra tipologia di controlli -politici ed amministrativi- sull'attività delle a.i..

Dobbiamo allora interrogarci sull'individuazione del Giudice competente a conoscere delle relative controversie, sulle tecniche di tutela e sulle regole processuali.

5. segue... Il riparto di giurisdizione: il modello della giurisdizione esclusiva del G.A. e la più recente evoluzione sul punto (le decisioni della Corte Costituzionale e il secondo correttivo processuale)

Le difficoltà di individuare il giudice competente a conoscere delle questioni in cui sono parti le *authorities* – in settori caratterizzati dall'esplicazione di una discrezionalità tecnica che tocca diritti fondamentali in settori privatistici – ha indotto il legislatore a prevedere, per quasi tutte le controversie con le autorità, una giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si giungeva a una simile conclusione in ragione del disposto di una pluralità di norme, residuando, peraltro, ampi spazi di dubbio.

Ad esempio, in base all'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, come mod. dalla legge n. 205/2000 e riscritto da Corte Cost. 204/2004, sui servizi pubblici, si affermava la giurisdizione esclusiva del G.A. in quasi tutti i settori governati dalle autorità, dall'energia elettrica (Autorità per l'energia Elettrica ed il Gas), alle comunicazioni (Autorità per le comunicazioni) alla vigilanza sui valori mobiliari (Consob) e sulle assicurazioni (Ivass, già Isvap).

Si deve aggiungere che la L. 287/90, istitutiva del Garante della concorrenza, indicava al comma 1 dell'art. 33 la giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo, in specie del Tar Lazio, per le controversie relative ai provvedimenti del garante, mentre era (ed è anche all'indomani del codice del processo amministrativo) prevista la competenza della Corte di Appello in merito alle questioni di nullità degli accordi anticoncorrenziali.

Ancora, il legislatore, con il comma 2, dell'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) prevedeva la giurisdizione esclusiva del G.A. per le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità.

Giova, invece, evidenziare che, con riferimento al Garante della *privacy*, il d.lgs. n. 196/03 confermava la scelta della giurisdizione esclusiva in favore del G.O.: soluzione questa, volta a evitare dispute interpretative su posizioni da molti ritenute insuscettibili di affievolimento, anche se il giudice amministrativo ha ritenuto in ogni caso la propria giurisdizione esclusiva laddove si verta in tema di accesso alla documentazione amministrativa concernente i dati predetti, ai sensi della legge sulla *privacy*, (art. 25 Legge n. 241/1990). Per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, le relative leggi istitutive stabilivano la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Le plurime disposizioni di legge che prevedevano la giurisdizione esclusiva del g.a. sono state oggetto di dubbio circa la loro compatibilità costituzionale all'indomani della nota sentenza n. 204/04, con la quale la Corte Costituzionale ha inciso profondamente sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, riducendone sensibilmente l'ambito di competenza. In particolare, la Corte ha respinto l'idea che la nozione di "servizio pubblico" possa aver soppiantato, quale criterio di riparto, quello delle posizioni giuridiche, ed ha valorizzato quale criterio-guida per l'individuazione del giudice giurisdicente quello della delimitazione degli ambiti di giurisdizione esclusiva alle controversie che coinvolgono in ogni caso l'esercizio del potere autoritativo della p.a.. Così la Consulta ha affermato la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi (escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi); quelle relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/90; infine, quelle relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

L'intervento della Corte ha finito, da un lato, per eliminare la riserva giurisdizionale a favore del giudice ordinario in tema di rapporti individuali di utenza; dall'altro, per risparmiare la devoluzione al g.a. della materia della vigilanza sui gestori di pubblici servizi e sugli altri settori menzionati. Ne derivava, pertanto, una giurisdizione del G.A. per certi versi più ampia della precedente.

Il sistema è stato completamente rivisitato dal legislatore del codice del processo amministrativo che all'art. 133, comma 1, lett. l) ha previsto la giurisdizione esclusiva del g.a. per tutte le controversie: *"le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto*

legislativo 1 ° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'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". Le novità significative introdotte dalla norma sono due. Da un lato, si è semplificato il panorama normativo con una disposizione che assomma in sé tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. su atti delle *Authorities*; dall'altro, sono state assegnate alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie inerenti gli atti sanzionatori emessi dalle Autorità, che nel precedente quadro ordinamentale ricevevano collocazione giurisdizionale sia in sede di giurisdizione ordinaria (ad esempio le sanzioni adottate dalla Banca d'Italia e dalla Consob), sia in sede di giurisdizione amministrativa, senza un chiaro *distinguo*.

È rimasta immutata, invece, la giurisdizione esclusiva del g.o. sugli atti adottati dal Garante della *privacy*: detta scelta, probabilmente, è stata determinata dalla natura personalissima della posizione giuridica tutelata dalla suddetta Autorità.

Sul tema ha tuttavia inciso la **Corte Costituzionale**, con due diverse decisioni. In particolare, con sentenza del **27 giugno 2012, n. 162**, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 133, comma 1, lettera l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), e dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo codice.

Nel merito, la questione relativa alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è risultata fondata con riferimento al parametro di cui all'art. 76 Cost.: *"In base alla delega conferitagli, il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, doveva tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009). Attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con la competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), il legislatore delegato non ha invece tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto. La Corte di Cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa. La citata giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost."*. Le indicazioni della Consulta sono state poi recepite in sede legislativa dal **secondo decreto correttivo al codice del processo amministrativo** di cui al **D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160**, con il quale è stato soppresso, all'art. 133, comma 1, lett. l), il riferimento alla Commissione nazionale per la società e la

borsa.

La decisione della Consulta del 2012, peraltro, aveva lasciato irrisolto un problema di coerenza interna dell'art. 133 c.p.a., poiché la dichiarazione di incostituzionalità non aveva investito la disposizione nella parte in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva del g.a. anche le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia. Ne derivava un sistema di giurisdizione fortemente contraddittorio, che devolveva a plessi diversi le controversie sulle medesime sanzioni, solo perché adottate da enti differenti, ma connotati dalla medesima natura. Tale assetto normativo non poteva sfuggire ad un nuovo intervento del Giudice delle leggi: con decisione 15 aprile 2014, n. 94 (in gran parte evocativa della precedente decisione n. 162/2012), la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133 c.p.a., nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. In tal modo è stato infine completato l'adeguamento normativo all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi prima dell'entrata in vigore del codice del processo.

6. segue... L'intensità del sindacato giurisdizionale

La questione relativa al grado di intensità del controllo del G.A. sugli atti delle autorità indipendenti è stata approfondita dalla giurisprudenza amministrativa. **Un orientamento più tradizionale, fortemente restrittivo dell'*ubi consistam* del sindacato del g.a.** (Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156), valorizza la circostanza per la quale, se si è di fronte ad una valutazione complessa, in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, il sindacato del giudice amministrativo è di tipo "debole", in quanto non è consentito un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità; tanto induce a ritenere l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, considerato l'elemento specializzante della funzione amministrativa, con conseguente sottrazione delle relative valutazioni di opportunità ai poteri di indagine del giudice, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali.

Questa posizione è stata tuttavia superata da un orientamento più favorevole a riconoscere un più intenso sindacato del g.a. sull'esercizio del potere esercitato dalle Authorities (Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469): per assicurare una tutela effettiva, si sostiene, il giudice deve poter svolgere sui provvedimenti in esame un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione.

La giurisprudenza più recente, peraltro, ha superato la distinzione tra sindacato forte e debole del G.A. sugli atti ammantati da discrezionalità tecnica, ponendo l'accento sull'oggetto e sul contenuto peculiare del sindacato, che impone che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ineliminabile per qualsiasi provvedimento della P.A., sia coniugato con la specificità di controversie nelle quali il giudice è chiamato non già ad esercitare un potere amministrativo in via sostitutiva, ma a verificare, senza alcuna limitazione, se il potere esercitato dalla autorità indipendente sia stato correttamente esercitato. Così, ad esempio ed in via generale, **Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856**: *"Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica, al di là della sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, le regole del gioco"*.

Sull'estensione del sindacato del giudice sui poteri delle a.i., di particolare rilievo si segnala la decisione **Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302**: *"Con specifico riguardo alla materia antitrust, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.g.c.m.) si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza*

dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile. Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, 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'Autorità».

Peraltro, ai fini di un corretto sindacato sugli atti in questione, non va sottaciuta l'utilità che il g.a. può trarre dallo strumento della **consulenza tecnica**: essa non può essere utilizzata al fine di esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute.

Non va, infine, trascurato che lo stesso legislatore ha riconosciuto una giurisdizione estesa al merito ex art. 134 c.p.a. per le controversie inerenti alle sanzioni pecuniarie inflitte dalle autorità. Da ultimo, cfr. **Tar Lazio, Roma, Sez. I, 18 luglio 2012, n. 6593**: *"In materia di pubblicità ingannevole, l'errato apprezzamento da parte dell'Autorità circa l'applicazione dei criteri determinanti l'ammontare della sanzione, è sindacabile dal G.A. attraverso l'esercizio del potere cognitorio esclusivo, esteso al merito, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lett. l) e 134, comma 1, lett. c), c.p.a."*.

7. segue... La legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle *authorities*: in particolare la tutela dei consumatori in materia *antitrust*

Merita di essere segnalata la peculiare **questione relativa alla legittimazione di soggetti, diversi da quelli direttamente sottoposti alla vigilanza delle autorità, a dolersi dei comportamenti delle *authorities* che compiono attività di vigilanza**. Ci si chiede, infatti, se, con particolare riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sia possibile individuare un interesse in capo ad altri soggetti, diversi dai vigilati, meritevole di tutela e, dunque, azionabile in giudizio.

Due sono essenzialmente le categorie soggettive da considerare: **le imprese diverse da quelle protagoniste dell'operazione sottoposta a controllo dall'*Antitrust* ed i consumatori, intesi tanto individualmente quanto in via collettiva, attraverso gli enti esponenziali che ne tutelano gli interessi**. Il problema attiene, dunque, alla legittimazione ad impugnare gli atti o a contestare le omissioni di provvedimenti dell'autorità della concorrenza da parte di soggetti (imprese, consumatori, associazioni di consumatori) terzi rispetto alle imprese che abbiano tenuto i comportamenti interessati dalla vigilanza espletata dall'*Antitrust*. Tali ipotesi si potrebbero verificare laddove l'amministrazione, a seguito di uno dei comportamenti vietati dalla l. 287/1990 (intese tra imprese volte a falsare la concorrenza sul mercato ex art. 2, ovvero abusi di posizione dominante tenuti da imprese attraverso le condizioni di mercato forte ex art. 3), adottasse un provvedimento o ponesse in essere una condotta omissiva favorevole per il vigilato, ma pregiudizievole per coloro che risultano titolari di un interesse contrapposto.

In un primo momento la giurisprudenza si è assestata su posizioni molto rigorose, negando la legittimazione a ricorrere tanto in capo alle imprese concorrenti che lamentino la mancata adozione di misure più incisive, quanto a favore delle organizzazioni dei consumatori che si dolgano di eventuali omissioni nell'attività di controllo. Si sottolineava, infatti, come, a fronte dell'attività di vigilanza non fosse individuabile una posizione differenziata nell'ambito della collettività per l'esercizio corretto ed adeguato della vigilanza.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa tradizionale ha ritenuto che i poteri dell'Autorità, di cui alla l. n. 287/1990, non fossero preordinati alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti operanti nell'ambito del libero mercato, bensì finalizzati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nel medesimo settore. Ed infatti, tutti i soggetti diversi da quelli incisi direttamente dalla determinazione dell'Autorità, sarebbero portatori di un interesse indifferenziato, rispetto alla pretesa della collettività alla tempestiva e corretta repressione dei comportamenti illeciti previsti dalla normativa *antitrust*: ne deriverebbe che solo le imprese dirette destinatarie delle deliberazioni finali dell'Autorità

vanterebbero, nei confronti della stessa, un interesse qualificato.

Sulla scorta delle medesime argomentazioni, la Cassazione ha negato la legittimazione dei consumatori a fare valere, anche a fini risarcitori, la violazione delle norme *antitrust*.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è assistito a un significativo *revirement* giurisprudenziale.

La giurisprudenza amministrativa ha osservato, infatti, che la tensione dell'azione amministrativa alla tutela dell'interesse della collettività indistinta, non esclude l'emersione di situazioni soggettive individuali direttamente pregiudicate. E tanto, specie in un settore di derivazione comunitaria, quello della normativa in tema di tutela della concorrenza, nel quale l'effetto essenziale del provvedimento dell'Autorità (si pensi alla autorizzazioni in deroga, alle sanzioni ripristinatorie ed all'imposizione di prescrizioni conformative in tema di concentrazioni) è l'incisione autoritativa di relazioni economiche, con la conseguente configurazione di un determinato assetto concreto; incisione che postula un interesse qualificato e concreto a reagire in sede giurisdizionale degli attori, pur se non qualificabili come destinatari in senso stretto del provvedimento, ma interessati a vario titolo (imprese concorrenti e consumatori) dalle relazioni economiche conformate, plasmate o tollerate nonostante la loro illiceità.

Del pari, la giurisprudenza, superando le proprie originarie posizioni, ha ritenuto che i comportamenti violativi delle norme *antitrust*, oltre a ledere il diritto oggettivo di iniziativa economica, ovvero gli interessi delle imprese concorrenti, incidono negativamente sul mercato, e quindi, sull'interesse dei consumatori a un corretto funzionamento del mercato medesimo (SS.UU., sentenza 4 febbraio 2005 n. 2207; sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305. Sul tema v. anche **Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751**, che ha riconosciuto la legittimazione del Codacons ad impugnare i c.d. "provvedimenti assolutori" adottati dall'Autorità garante).

7.1. I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d.l. 24 gennaio 2012, n.1 e l. 22 dicembre 2011, n. 214)

In ordine ai poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, vanno infine segnalate le ultime recenti innovazioni legislative: con **d.l. 24 gennaio 2012, n. 1**, infatti, sono state apportate modifiche in tema di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. In particolare, nel codice del consumo (di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206), è stato inserito l'art. 37-*bis*, il quale prevede il potere per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

Riferimento obbligato va poi al nuovo potere di legittimazione processuale, che l'art. **35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. con mod. in l. 22 dicembre 2011, n. 214)**, ha conferito, mediante l'inserimento del nuovo art. 21-*bis* nella Legge n.287/1990, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, competente ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Sotto il **profilo procedimentale**, il legislatore ha previsto che l'autorità, quando verifica la presenza di un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza, emette un parere con il quale indica alla p.a. che ha adottato l'atto le specifiche violazioni riscontrate. Nel caso in cui la p.a. in questione non si adegui, l'autorità procede nei successivi 30 giorni a proporre ricorso al g.a. con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, secondo il rito fissato dall'art. 119 c.p.a..

Il nuovo istituto presenta diversi profili problematici, sia in ordine alla natura stessa della nuova legittimazione *dell'antitrust*, sia con riferimento a taluni profili applicativi.

Con riferimento al primo profilo, ci si è chiesti se il riconoscimento di una nuova legittimazione processuale ad un'autorità indipendente abbia di fatto inciso sugli stessi connotati ontologici del garante, in guisa da privarlo della veste amministrativa (di cui si è ampiamente detto *supra*), e da attribuirvi veste giurisdizionale.

Secondo taluni, infatti, alla possibilità dell'autorità di adire la via giurisdizionale nell'interesse della legge corrisponde una rinnovata configurazione del ruolo dell'autorità in esame, che si sarebbe trasformato in una sorta di "pubblico ministero della concorrenza" nel giudizio amministrativo. Di qui il dubbio che ci si trovi di fronte a **un'ipotesi di giurisdizione oggettiva**, e non soggettiva, dal momento che l'autorità non è titolare di una posizione giuridica differenziata, ma è legittimata *ex lege* all'azione; essa, inoltre, non è tenuta a dimostrare la presenza di un interesse ad agire diverso dalla prospettazione di una censura

giuridicamente apprezzabile, la cui rimozione pretende dal g.a.: in definitiva, dunque, l'atto impugnato non deve essere necessariamente lesivo, ma semplicemente illegittimo.

Tale ricostruzione, per quanto suggestiva, incontra tuttavia un insormontabile ostacolo nel dettato costituzionale: da un lato, infatti, l'art. 100 Cost. vieta l'istituzione di giudici speciali (con la conseguente inammissibilità del nuovo "garante-p.m."); dall'altro striderebbe con l'art. 103 Cost., che attribuisce agli organi di giurisdizione amministrativa il compito di tutelare i cittadini titolari di specifiche, qualificate ed individualizzate posizioni giuridiche soggettive.

Tali considerazioni inducono pertanto a ritenere che l'art. 21-*bis* non abbia snaturato la natura amministrativa dell'Autorità Antitrust, la quale ha assunto a seguito della novella veste di vero e proprio **ente esponenziale**, in quanto portatrice di un interesse particolare e differenziato al rispetto ed alla concretizzazione della concorrenza di cui è specifica affidataria. In sostanza, quindi, la legge avrebbe attribuito all'*antitrust* la titolarità di uno specifico interesse alla tutela della concorrenza, autonomo e differenziato dal mero interesse alla legalità dei consociati, in quanto tale suscettibile di tutela giurisdizionale.

Detta seconda impostazione, peraltro, è quella che ha trovato maggiori consensi anche in giurisprudenza: le prime pronunce dei giudici amministrativi, infatti, tendono a minimizzare i rischi di sconfinamento in una giurisdizione di tipo oggettivo: *"L'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole e alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato"* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720).

La stessa posizione è stata poi ribadita anche dalla Consulta, sia pur in un *obiter dictum*. Secondo **Corte Cost.**, 14 febbraio 2013, n. 20, chiamata a pronunciarsi della legittimità costituzionale del nuovo istituto con riferimento al diverso profilo del riparto di competenze tra Stato e Regioni, la citata previsione integra e rafforza i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità *Antitrust* dalla disciplina di settore.

Sul piano applicativo la disciplina dettata dall'art. 21-*bis* apre almeno due fronti di problemi:

1) **il rapporto tra la sollecitazione dell'autorità e l'intervento della p.a. diffidata ad agire ex art. 21-nonies, l. 241/90**; 2) **i termini entro i quali è possibile attivare la fase procedimentale che sfocia nell'accesso giurisdizionale e il principio di certezza nella stabilità degli atti amministrativi**.

Quanto alla **prima questione**, va rammentato che il legislatore non riconosce alla p.a., investita della questione dall'autorità, poteri ulteriori rispetto a quelli contenuti nella legge generale sul procedimento: ne deriva che, in assenza dei presupposti per annullare o convalidare il provvedimento, la P.A. non potrà rimuovere il vizio denunciato dall'autorità, con la conseguenza che anche la proposizione delle medesime censure non potrà trovare soddisfazione dinanzi al g.a., chiamato a conoscere sia del primo provvedimento impugnato che della successiva risposta dell'Amministrazione. La questione si complica nel caso in cui la P.A. resti inerte: in tal caso, spetterà al terzo controinteressato prospettare i limiti di intervento in autotutela da parte della p.a. resistente.

Quanto, invece, alla **seconda questione**, va segnalato che il legislatore non ha fissato un termine dal quale decorre l'obbligo per l'autorità di segnalare alla p.a. le violazioni della concorrenza riscontrate. Pertanto, gli atti amministrativi restano esposti alla possibilità di

richiesta di rimozione giurisdizionale ben oltre il normale termine decadenziale stabilito in via generale per tutti gli altri atti amministrativi. In questa ipotesi, sembra essere superato quell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, secondo il quale la richiesta di intervento in autotutela non riapre i termini per l'impugnazione dell'atto di cui si chiede la rimozione in via amministrativa. La tesi preferibile, per ragioni di armonia sistematica, induce allora a ritenere che all'obbligo di impugnare il provvedimento entro il termine decadenziale, che decorre dalla conoscenza dello stesso, si sostituisce il termine per sollecitarne la rimozione in via amministrativa entro sessanta giorni, cui si aggiunge quello di trenta giorni per adire il g.a..

Infine, va rammentato il ruolo centrale che, nella nuova procedura, è attribuito alla fase precontenziosa, finalizzata a consentire un confronto stragiudiziale tra l'Antitrust e l'amministrazione, avviata dall'autorità a mezzo di un parere motivato nel quale siano rese note le violazioni riscontrate e le misure idonee a rimuoverle.

Si tratta, dunque, di un meccanismo di deflazione del contenzioso processuale, ispirato al principio di leale collaborazione tra amministrazioni: il ricorso giurisdizionale, di conseguenza, costituisce, *extrema ratio*, essendo condizionato al previo svolgimento di detta fase precontenziosa.

Ne deriva che l'a.i. non può proporre ricorso *per saltum*, in quanto, salva l'ipotesi residuale della necessità di misure cautelari *ante causam*, la definizione della procedura pre-contenziosa è condizione indefettibile di ammissibilità o procedibilità del giudizio.

Sul punto, particolarmente significativa appare la decisione **Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246**: "*Ai sensi dell'art. 21 bis, l. 10 ottobre 1990 n. 87, aggiunto dall'art. 35 comma 1 d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, conv. con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214, il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti amministrativi da essa ritenuti lesivi della libertà di concorrenza e mercato deve essere necessariamente preceduto, a pena di inammissibilità, da una fase precontenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla p.a. nel quale sono segnalate le violazioni riscontrate e indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato; la funzione di detto parere motivato è duplice: sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a. e restando il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa "extrema ratio", non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica; d'altro canto, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico".*

8. segue... Il rito speciale ex art. 119 del codice del processo amministrativo

Sotto il profilo squisitamente processuale, deve osservarsi che **l'art. 4 della L. 205/2005 aveva introdotto, nel corpo della legge n. 1034/71 l'art. 23-bis, che dettava una disciplina speciale di carattere acceleratorio** per determinati settori. La scelta legislativa si giustificava con la delicatezza delle materie considerate (tra le quali i provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti) e la complessità dei contrapposti interessi giuridici coinvolti. Le caratteristiche principali del rito erano: una riduzione dei tempi del processo, una significativa semplificazione dello svolgimento di determinate fasi, l'estensione della tutela cautelare, la pubblicazione immediata del dispositivo e la possibilità della conversione dell'incidente cautelare in immediata decisione di merito.

La norma in parola poneva all'interprete alcune questioni interpretative. Alcune di queste sono rimaste immutate anche nella vigenza dell'art. 119 del codice del processo amministrativo, che ha confermato il rito abbreviato comune anche ai giudizi aventi ad oggetto controversie relative ai "*provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti*". La prima questione interpretativa attiene a **cosa debba intendersi per "provvedimenti"** e cioè se tale locuzione comprenda i soli provvedimenti amministrativi o anche quelli normativi (come i regolamenti),

ovvero solo i provvedimenti che producano effetti all'esterno, con la conseguente esclusione di quegli atti concernenti l'organizzazione amministrativa (primi tra tutti, quelli di gestione del personale, relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze delle *authorities*).

Con riferimento al primo profilo, si deve dar conto di una tesi dottrinale più rigorosa, che evidenzia la distanza esistente tra regolamento e provvedimento, circoscrivendo l'assoggettabilità del rito accelerato ai soli provvedimenti in senso stretto; altra tesi, diversamente opinando, ha ritenuto sindacabili nelle forme accelerate in parola anche i regolamenti, specie in caso di impugnative miste. Sarebbe, in quest'ottica preferibile prescindere da un'interpretazione letterale della norma, ritenendo atecnica il riferimento ai "provvedimenti" anche alla luce della natura del regolamento che, per quanto fonte del diritto, ha natura formalmente amministrativa, essendo adottato comunque dalla amministrazione stessa.

Un'altra questione dibattuta in giurisprudenza riguardava **l'applicabilità del rito speciale di cui all'art. 23-bis cit. agli atti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze delle *authorities***. La tesi dominante escludeva le relative controversie dall'applicabilità del rito accelerato: l'eccezionale introduzione di una disciplina processuale acceleratoria -si osservava- era finalizzata ad assicurare a talune tipologie di controversie una definizione in tempi più rapidi e nel rispetto di un rito peculiare. In altri termini, l'ambito di operatività della norma in parola, nella parte in cui riguardava alle controversie involgenti i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, sarebbe stato rivolto e limitato a taluni settori di contenzioso che si connotano per la natura degli interessi coinvolti, non presenti in altre tipologie di controversie assoggettate, invece, al rito ordinario. Tale diversità di trattamento processuale intanto poteva giustificarsi, restando esente da rilievi di irragionevolezza (anche costituzionale), in quanto la discrezionalità esercitata dal legislatore, in sede di identificazione delle controversie da ricondurre nella sfera di efficacia della disposizione citata, fosse orientata dalla valutazione della peculiare natura degli interessi coinvolti, che restano estranei ad altre tipologie di controversie assoggettate invece al rito ordinario. Pertanto, doveva ritenersi che il riferimento di cui all'abrogato art. 23-bis, l. Tar, alle controversie riguardanti i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti fosse da circoscrivere alle sole vertenze nelle quali è in contestazione l'esercizio delle funzioni che incidono sui settori alla cui vigilanza o regolazione gli organismi in questione sono istituzionalmente preposti e sui delicatissimi interessi negli stessi coinvolti. La stessa previsione risulterebbe invece difficilmente coniugabile con il richiamato canone di ragionevolezza – destinato ad orientare non solo le scelte legislative ma, a valle, anche l'attività interpretativa del giudice – se si dovesse ampliarne la portata fino a ricondurvi controversie relative alla ordinaria gestione del personale (**Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 212**). **Questa soluzione interpretativa è stata fatta propria dal legislatore del codice** che ha espressamente eccettuato, all'art. 119 comma 1, lett. b), le controversie relative al rapporto di servizio tra le Autorità ed i propri dipendenti.

In assenza di un'esplicita indicazione legislativa deve confermarsi la soluzione esegetica raggiunta sul testo dell'abrogato art. 23-bis, in ordine alle controversie che pur proposte avverso atti di Autorità amministrative indipendenti abbiano ad oggetto la contestazione del provvedimento di diniego (anche tacito) di accesso agli atti amministrativi da queste opposto. Queste fattispecie, nell'orientamento giurisprudenziale dominante, restano escluse dal rito accelerato per essere attratte da quello in materia di accesso agli atti disciplinato dall'art. 116 c.p.a. (**Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5840**).

8.1. *Le novità di carattere strettamente processuale*

A questo punto appare opportuno individuare, sia pure sommariamente, le novità a livello processuale introdotte dall'art. 119 rispetto al testo dell'art. 23-bis. La riforma non stravolge il rito, confermandone l'impianto fondamentale oltre che la *ratio* che lo anima. Restano pertanto, invariate le due caratteristiche fondamentali: a) la netta riduzione dei termini processuali (in genere dimezzati); b) un'architettura procedimentale eventuale di tipo abbreviato o accelerato. Quanto invece alle novità, uno dei meriti dell'art. 119 è senz'altro quello di ricondurre all'interno di un unico testo normativo tutte le materie assoggettate al rito speciale, che nelle previgenti discipline presentavano sia pure lievi differenze, ora eliminate a favore di un rito del tutto uniforme. Alcune controversie sono state ricondotte al rito ordinario (non sono state riproposte ad esempio quelle contenute nella lett. *g-bis* dell'art. 23-bis); altre invece vi sono state attratte, sottraendole così al rito specialissimo disciplinato dall'art. 120 del codice del

processo amministrativo. Nella ridefinizione delle regole, inoltre, vi è stato qualche ritocco che ha superato precedenti incertezze interpretative.

Una prima notazione di carattere generale va fatta a livello sistematico, dovendosi registrare un avvicinamento tra rito ordinario e rito abbreviato, se si confronta il reale peso degli strumenti di accelerazione con la dinamica del rito ordinario. Il rito abbreviato, in particolare, si avvale di tre misure per ottenere un'effettiva accelerazione: a) il dimezzamento dei termini processuali "interni" del giudizio; b) la previsione di un giudizio accelerato di merito eventuale derivante dall'accoglimento dell'istanza cautelare; c) la pubblicazione anticipata del dispositivo su istanza di parte. Di tali misure, solo il dimezzamento dei termini processuali interni appare produrre una sia pure modesta accelerazione, giacché il chiaro dettato dell'art. 119, superando ogni questione sorta sul precedente testo dell'art. 23-*bis*, ha escluso la riduzione dei termini relativi alla notifica del ricorso principale, di quello incidentale e di quello per motivi aggiunti. Pertanto, l'unica riduzione dei termini che conduce ad un'effettiva contrazione dei tempi processuali concerne il deposito del ricorso, che deve essere effettuato entro quindici giorni. Il secondo crivello acceleratorio risiede nella rapida fissazione dell'udienza di merito nel caso di fondatezza dell'istanza cautelare. Si tratta, tuttavia, di una previsione estesa a livello generale dall'art. 55, comma 10, c.p.a. in relazione al rito ordinario, sia pure in forma facoltativa: nella prassi, dunque, l'effetto acceleratorio del rito ex art. 119 c.p.a. è identico, sotto tale profilo, a quello ordinario, con il conseguente superamento della differenza di maggior rilievo tra rito ordinario e rito abbreviato comune. L'ultimo strumento acceleratorio, infine, concerne la pubblicazione anticipata del dispositivo, prevista non oltre sette giorni dalla decisione della causa su istanza di almeno una parte. Rispetto al testo dell'art. 23-*bis* si registrano due novità: a) il termine decorre non più dall'udienza, ma dalla decisione (che potrebbe non essere adottata il giorno dell'udienza): si introduce così un elemento di incertezza sull'effettiva durata del termine di pubblicazione del dispositivo, potendo variare il *dies a quo*; b) la pubblicazione del dispositivo avviene solo su istanza di parte, a differenza di quanto accade nel rito ex art. 120 c.p.a., nel quale la pubblicazione del dispositivo avviene d'ufficio.

9. Autorità trasversale e autorità di settore: l'Adunanza Plenaria disegna i confini di competenza tra AGCOM e Antitrust

Di particolare interesse appare una recente e importante evoluzione giurisprudenziale in tema di autorità indipendenti relativa al riparto di competenze, della quale è quindi opportuno dare atto.

Come noto, si è soliti distinguere, all'interno del *genus* autorità amministrative indipendenti, due *species*: le autorità di settore e le autorità trasversali. In tale direzione, assume rilievo discreto l'ambito di operatività delle varie autorità: mentre le prime riferiscono il proprio *agere* a problematiche afferenti un singolo comparto, le seconde, nell'esercizio delle funzioni loro conferite *ex lege*, sono proiettate entro dimensioni operative più generali.

Si ponga mente al garante della concorrenza come prototipo dell'ultimo tipo. L'autorità in questione, infatti, è chiamato a vegliare sull'esatta osservanza delle regole concorrenziali, di genesi comunitaria oltre che nazionale, in qualsivoglia ambito economico, fatte salve talune riserve espressamente previste dalla legge.

Entro la prima categoria, invece, è possibile iscrivere l'autorità sui servizi pubblici vincolate a operare entro un preciso ambito di riferimento.

Ovviamente, quanto astrattamente enunciato, se tradotto in una dimensione pratica, può presentarsi in termini problematici. Si pensi, ad esempio, al caso scolastico dell'imprenditore operante nel settore delle telecomunicazioni di cui si lamentino atteggiamenti anticoncorrenziali. Ebbene, in ipotesi siffatte si discute circa l'individuazione dell'autorità effettivamente competente, potendo venire in rilievo tanto l'ambito di competenza tanto dell'organismo trasversale garante della concorrenza, quanto quello dell'*authority* di settore di riferimento.

Al fine di sopire dispute e contrasti in fatto di competenze convergenti di più autorità, il Legislatore è intervenuto nell'ambito dei rapporti tra Banca d'Italia e Autorità garante della concorrenza. Infatti, il comma 11 dell'art. 19 della L. 262/2005, abrogando i commi 2, 3 e 6 dell'art. 20 della L. 287/1990 ha sottratto qualsivoglia competenza alla Banca d'Italia in materia di concorrenza nel settore bancario, attribuendola all'autorità *Antitrust*.

Ancora, i successivi commi 12 e 13 dello stesso articolo prevedono *ex novo* procedure

congiunte nell'adozione di taluni provvedimenti: ci si riferisce all'autorizzazione delle acquisizioni di cui all'art. 19 del T.U.B. e alle concentrazioni che riguardino banche.

Non poche sono le perplessità originate dalla riforma, derivando dall'operato congiunto inevitabili problemi di coordinamento dell'*agere* delle due *authorities* e, come opportunamente sottolineato, «una parcellizzazione della responsabilità tra le due autorità di vigilanza, la quale appare inopportuna in un settore così delicato».

Espressione delle difficoltà evidenziate sono i numerosi contrasti interpretativi sorti sul punto. Tali incertezze fondano **i recenti interventi del Consiglio di Stato, resi in sede di Adunanza Plenaria, (sentenze n.11, 12, 13, 14, 15, 16 del 2012) onde stabilire i confini di competenza tra le differenti Autorità**. In particolare, con sentenza **dell'11 maggio 2012, n. 11**, (le cui argomentazioni sono analoghe a quelle svolte in occasione delle citate pronunce successive) l'Adunanza Plenaria si è pronunciata in ordine ai confini di competenza di Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Autorità *Antitrust* in materia di servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet. Applicando **il principio di specialità** sulla base del confronto tra settori coinvolti, il Consiglio di Stato ha affermato la competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a stabilire regole, vigilare e sanzionare chi violi le disposizioni concernenti la ricarica nei servizi di telefonia mobile, la trasparenza e la libertà di recesso dai contratti, con esclusione di una competenza concorrente della Autorità per la concorrenza nel mercato. Tale conclusione è apparsa in linea con il **principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.**: in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità, e si consente, inoltre, che si dettino indirizzi univoci al mercato, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Come è stato efficacemente osservato, l'Adunanza Plenaria, nella sua storia, ha pronunciato sentenze di vario tipo, che possono essere sostanzialmente ricondotte a due principali categorie: a una prima categoria di sentenze vanno riferite quelle pronunce con cui sono stati posti principi e regole in maniera definitiva, proponendo soluzioni interpretative che per decenni hanno orientato l'attività giurisprudenziale successiva; a una seconda categoria di sentenze vanno invece ricondotte quelle decisioni con le quali sono state prospettate regole e indicazioni destinate a essere chiarite e sviluppate dall'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza successive. L'Adunanza Plenaria n. 11 dell'11 maggio 2012, e insieme le successive sentenze, fino alla n. 16 del 2012, di identico contenuto, possono essere ricondotte, secondo la migliore impostazione, alla seconda categoria. Secondo una lettura interpretativa che merita condivisione, dunque, la prospettiva tracciata dal Supremo Consesso dovrà essere arricchita dall'apporto dell'attività interpretativa futura: dottrina e giurisprudenza avranno il compito di attuare la soluzione proposta, verificandone le implicazioni di fondo, alla luce dei superiori principi che, in un sistema teleologicamente orientato al rispetto dei valori costituzionali, rappresentano ineludibile referente per l'interprete.

Malgrado in ordine alla pronuncia in esame siano rilevabili diversi profili di criticità, con particolare riferimento all'applicazione del principio di specialità come concretamente prospettata dal Supremo Consesso, l'argomentazione svolta dal Consiglio di Stato risulta apprezzabile per il riferimento costante ai principi fondanti l'ordinamento: va valutato positivamente, in primo luogo, il richiamo al canone costituzionale di *buon andamento dell'amministrazione*, tracciato all'art. 97 Cost.; si fa inoltre riferimento al *principio di proporzionalità*, che verrebbe violato in ipotesi di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità; è infine condivisibilmente richiamato il *principio di collaborazione* tra le due autorità, che può esprimersi, secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato, sia attraverso segnalazioni di *Antitrust* all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima, a garanzia della uniformità della loro azione.

10. Responsabilità civile delle Autorità per omessa vigilanza

Il superamento del dogma dell'irresponsabilità della pubblica amministrazione per la lesione degli interessi legittimi non poteva non spiegare i suoi effetti anche in fatto di autorità indipendenti.

In questa sede si intende puntare i riflettori su una forma, in particolare, di responsabilità civile della P.A., quella da omessa attività, in cui, quindi, non rileva un provvedimento, ma ci si duole della sua mancata adozione.

10.1. *La giurisprudenza afferma il principio di piena responsabilità: luci e ombre*

In particolare, il tema in esame viene in rilievo, nella materia delle a.i., con riferimento alla configurabilità di una responsabilità da omessa vigilanza in capo alle autorità indipendenti (e segnatamente in capo alla Consob).

La questione è stata oggetto di una lunga riflessione giurisprudenziale. In particolare, assai significative appaiono due risalenti -ma rilevanti- decisioni della Cassazione, alle quali si è poi uniformata tutta l'elaborazione pretoria successiva.

In un primo caso, definito con sentenza n. 3132 del 2001 della Corte suprema, si discuteva della responsabilità della Consob per aver tenuto una colpevole condotta omissiva, non avendo correttamente vigilato su una data operazione finanziaria, *recte* sulla correttezza e sulla completezza di una serie di informazioni relative alla stessa.

Il riconoscimento della responsabilità della Consob ex art. 2043 c.c. rappresenta un indubbio progresso, essendosi in passato esclusa la sussistenza in capo ai privati di posizioni giuridiche suscettibili di lesione a fronte di comportamenti omissivi dell'autorità.

Con la citata questione si inverte la rotta, avendo la Corte ritenuto configurabile a favore dei ricorrenti un diritto soggettivo all'integrità patrimoniale cui l'atteggiamento colposamente inerte dell'autorità ha recato nocumento; diritto tutelabile innanzi al G.O..

Tanto detto sui passaggi salienti della sentenza della Cassazione, alla sentenza possono essere mossi i seguenti rilievi, anche sulla scorta della formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. I), del codice del processo amministrativo:

a) appare forzata la riconduzione della posizione dei risparmiatori nei binari del diritto soggettivo, a fronte dell'esplicazione di un'attività autoritativa e discrezionale, volta primariamente al perseguimento dell'interesse pubblico nel settore di riferimento: il privato, a fronte di una norma di azione, non può che essere titolare di una posizione di interesse; peraltro la qualificazione in termini di diritto al risarcimento non appare rilevante se solo si pensi all'impostazione data dall'art. 7, comma 4, del codice del processo amministrativo;

b) anche ai fini della giurisdizione la soluzione del problema diritto-interessi, nel settore di riferimento, non apparirebbe praticamente significativa, se si considera che il controllo sul credito e sul mercato mobiliare rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi del nuovo dettato dell'art. 133, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo e che, pertanto, la giurisdizione spetterebbe sempre al G.A. anche in caso di lesione di diritto. Diverso discorso va condotto naturalmente per i danni da omessa vigilanza in settori diversi da quelli per i quali è dipinta dal legislatore la giurisdizione esclusiva del G.A., dovendosi indagare al riguardo l'estensione della giurisdizione esclusiva a favore del g.a. operata dall'art. 133, comma 1, lett. I), all'uopo verificando se il riferimento alle controversie relative ai provvedimenti concerne anche la mancata adozione degli stessi;

c) la sentenza segna invece un condivisibile progresso, coerente con l'affermazione del principio della piena responsabilità della P.A. sancito con la sentenza delle Sezioni Unite n. n. 500/1999, rispetto alla tradizionale impostazione che addirittura, nelle esplicazioni più di retroguardia, considerava il risparmiatore alla stregua di un mero *quisque de populo*, negandogli la titolarità anche della posizione di interesse legittimo;

d) altrettanto convincente è l'evoluzione rispetto ad una giurisprudenza in passato disposta ad ammettere la configurazione della responsabilità della P.A. in materia di vigilanza con riferimento quasi esclusivo ai comportamenti positivi concretatisi nella diffusione di notizie false e non alla condotta omissiva;

e) resta, infine, e soprattutto, da verificare la portata della pronuncia in esame in rapporto all'intensità del sindacato del Giudice, non in sede di giurisdizione, come nella specie, ma ai fini della decisione del merito della controversia, sull'omissione di vigilanza. In altri termini, in applicazione del principio sancito dalla nota decisione n. 500/99 che esclude la responsabilità della P.A. in caso di difetto di colpa, ovvero di errore scusabile, occorre verificare, alla prova dei fatti, se l'obbligo di verifica della Consob sarà limitato alla verifica della completezza degli atti comunicati (ossia alla loro rispondenza a quelli da comunicarsi ai fini dell'autorizzazione dell'operazione) ovvero se si estenda anche alla veridicità contenutistica dei singoli dati. In caso di adesione alla tesi estensiva, occorre verificare fino a che punto, in applicazione dei ricordati canoni in punto di discrezionalità tecnica, il G.A. si spingerà nel vaglio delle attività tecnico-discrezionali espletate in sede di controllo delle operazioni in esame.

10.2. *Le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice ordinario per il contenzioso*

relativo ai danni da omessa vigilanza della Consob su operazioni e operatori

A distanza di due anni la Corte di legittimità, questa volta a Sezioni Unite, è tornata sul punto, giungendo alle medesime conclusioni (Cass. Sez. Un. 6719/2003).

In breve, la Corte ha nuovamente ravvisato gli estremi della responsabilità aquiliana per aver omesso, Consob e Banca d'Italia, la dovuta vigilanza su talune operazioni finanziarie. Anche questa volta si è battuta la via del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, rifuggendo la tentazione di fa ricorso alla figura dell'interesse legittimo.

Anche in fatto di giurisdizione si ritiene devolvibile la controversia al giudice ordinario, per quanto sia necessario percorrere un differente sentiero ermeneutico.

Si è infatti ritenuto che le controversie *de quibus* siano inscrivibili tra quelle meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o alle cose eccettuate, ex art. 33, comma 2, lett. e), dalla giurisdizione esclusiva del G.A.. Dunque, essendosi sviluppato l'evento lesivo nel vigore delle nuove norme sulla giurisdizione esclusiva, all'affermazione della competenza del plesso ordinario è dato addivenire non attraverso l'ordinario gioco del riparto, ma facendo leva su una interpretazione estensiva, quanto discutibile, dell'eccezione appena menzionata.

A tali risultati ermeneutici le Sezioni Unite pervengono attraverso una meticolosa indagine, da un lato dell'avverbio "meramente", dall'altro della espressione "danno alla cosa o alla persona".

Quanto alla prima locuzione, essa viene intesa alla stregua di «solamente» o «esclusivamente», arrivando a considerare meramente risarcitorie quelle controversie aventi ad oggetto esclusivo *ex se*, e non per il tipo di tutela richiesto in concreto, un risarcimento dei danni. *Rebus sic stantibus*, si dà la stura ad una limitata competenza del G.A. in materia risarcitoria: il potere di condanna al risarcimento è da considerarsi complementare a quello principale di annullamento, con la conseguenza che, laddove non si sia -come nel caso di specie- in presenza di semplici comportamenti omissivi o di un provvedimento da eliminare, non vi sarà la possibilità di conoscere questioni risarcitorie. Delineato in tal modo il concetto di "controversie meramente risarcitorie", la Corte procede ad individuare l'esatto contenuto dell'espressione «danno alla cosa o alla persona» che, lungi dall'intendersi in modo letterale, va interpretato in modo più ampio, anche a scapito dell'estensione della giurisdizione esclusiva del G.A..

La sentenza, precedente alla riscrittura dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 operata dalla sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, espone il fianco a considerazioni critiche nella misura in cui:

- a) interpreta in modo ingiustificatamente restrittivo il concetto di vigilanza, facendo riferimento ad una relazione diretta con il vigilato non prevista dalla legge;
- b) qualifica in modo dubbio la posizione dell'investitore come titolare di un diritto di credito piuttosto che come titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di vigilanza;
- c) è infine lontana dal dato positivo la lettura delle controversie meramente risarcitorie per danno a cose e persone intesa come relativa ad ogni bene inciso. Infatti, se tale fosse stato il suo intento, il legislatore avrebbe potuto (e dovuto) fare riferimento alle controversie risarcitorie *tout court*, senza aggiungere il richiamo a cose e persone, che ha un evidente effetto limitativo dello spettro dei risarcimenti sottratti al G.A. esclusivo.

Tale conclusione, a peraltro, va rimeditata alla luce della sentenza della Consulta n. 204 del 2004 che, nel tentativo di ridimensionare l'ambito della giurisdizione esclusiva, oggetto negli ultimi anni di un'inaccettabile ipertrofia, ha cassato il secondo comma dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998. Così facendo, tuttavia, ha finito per eliminare anche la riserva giurisdizionale a favore del giudice ordinario di cui alla lettera e): ne discenderebbe l'inclusione di tutta una serie di controversie, quali quelle risarcitorie di cui si discorre, nell'alveo della giurisdizione esclusiva del G.A..

L'ineccepibilità della conclusione sembra dimostrata dalla ricorrenza di quei requisiti, indicati dalla Corte delle leggi e ribaditi dalla dottrina, in presenza dei quali la scelta della giurisdizione esclusiva si fa opportuna: a) incidenza su situazioni soggettive circoscritte in un ambito determinato e connotate da un'effettiva presenza di interessi legittimi; b) esistenza e apprezzabilità nel settore ritagliato in sede esclusiva per il giudice speciale, di una diffusa manifestazione di autorità (la vigilanza, appunto) avente caratteri funzionali omogenei.

Nonostante i rilievi sin qui evidenziati, la giurisprudenza si è uniformata in modo pressoché costante al *diktat* delle Sezioni Unite: così, ad esempio, Cass. Civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, secondo cui la controversia avente ad oggetto la domanda di

risarcimento del danno proposta da risparmiatori nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul mercato mobiliare è devoluta al G.O., non rientrando tra le controversie in materia di pubblici servizi attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A., in quanto detta giurisdizione esclusiva presuppone che la P.A. agisca esercitando il suo potere autoritativo, ovvero avvalendosi della facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del predetto potere. Rispetto ai "soggetti abilitati", l'Autorità di vigilanza esercita una serie di "poteri" diretti ad assicurare che i loro comportamenti siano "trasparenti e corretti" e la loro gestione sia "sana e prudente" (art. 5 e 91 d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58), onde le posizioni di tali soggetti nei confronti dell'Autorità si configurano come interessi legittimi; viceversa, nei confronti dei risparmiatori la Consob non esercita alcun "potere", trattandosi dei soggetti che essa è tenuta a tutelare, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi nei confronti dell'Autorità di vigilanza assume la consistenza del diritto soggettivo: diritto che – proprio perché non collegato ad alcuna relazione di potere con la P.A. – deve essere tutelato innanzi al G.O., e ciò tanto più quando (come nel caso di specie) l'azione proposta trovi il suo fondamento in un preteso "comportamento" illecito della P.A. e sia diretta a conseguire il risarcimento dei danni subiti. Il venire meno dell'esclusione dalla giurisdizione esclusiva delle questioni risarcitorie e quelle relative all'utenza individuale non ha infatti rilievo, posto che l'espunzione del comma 2 dell'art. 33 va letta in combinazione con il ridimensionamento, in senso pubblicistico, del comma 1, che, da solo, impedisce l'attrazione di tale contenzioso nell'alveo della giurisdizione amministrativa.

A tale posizione posso essere estesi i rilievi mossi al precedente delle Sezioni Unite, irrobustiti dalla scarsa persuasività di una distinzione tra destinatari e fruitori della vigilanza, dalla quale si trae il corollario secondo cui il potere sarebbe esercitato solo verso i soggetti esposti a vigilanza, mentre i risparmiatori sarebbero titolari (non già dell'interesse legittimo al corretto esercizio del potere bensì) del diritto a pretendere l'espletamento di una attività di piena e corretta vigilanza. Detto discrimine non persuade se si considera che la funzionalizzazione del potere a beneficio del consumatore non si appalesa incompatibile con la qualificazione della posizione, in capo a costui, in termini di interesse legittimo. Si pensi al caso simile dell'interesse legittimo all'esercizio dell'attività di vigilanza o repressione delle altrui iniziative edificatorie lesiva della propria sfera giuridica.

Sul tema, merita menzione anche la decisione delle Sezioni Unite che, con riferimento ai provvedimenti adottati dall'Autorità Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria e, in particolare, in relazione a quelli che contengono un ordine di rettifica diretto ai concessionari di reti televisive, ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario (nelle controversie promosse anteriormente alle modifiche relative alla giurisdizione, introdotte dall'art. 1, comma 26, legge n. 249 del 1997 e dall'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998), atteso che l'art. 10 della legge n. 223 del 1990 fa espressamente salva la competenza del G.O. a tutela dei diritti soggettivi, e pertanto tali provvedimenti sono di per sé suscettibili di ledere il diritto del concessionario alla libera manifestazione del pensiero e della iniziativa economica, incidendo sulla formazione del palinsesto televisivo, onde la possibilità di proporre l'azione risarcitoria ex art. 2043 nei confronti della P.A. (**Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1143**).

Va soggiunto, per completezza, che con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo molti argomenti sui quali la Suprema Corte ha costruito la giurisdizione del g.o. nella materia in esame sembrerebbero cadere. Innanzitutto nella riscrittura dell'ipotesi di giurisdizione esclusiva da parte dell'art. 133, comma 1, lett. c), non è possibile argomentare in alcun modo circa i rapporti individuali d'utenza, mentre il rimedio risarcitorio appare riconosciuto nel "dna" del g.a., quale strumento ordinario di tutela delle posizioni giuridiche rimesse alla sua cura all'interno di un processo che deve ispirarsi all'effettività della tutela giurisdizionale ed alla concentrazione, per quanto possibile, dell'erogazione della stessa dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale. **L'impianto complessivo del codice del processo amministrativo**, quindi, sia nella parte in cui descrive le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. anche alle fattispecie in tema di vigilanza (e quindi anche della relativa omissione), sia nella parte in cui tratteggia l'azione risarcitoria quale strumento di tutela normalmente utilizzabile anche in via autonoma dinanzi al g.a., **militerà nel senso del superamento dell'impostazione offerta dalla Suprema Corte**. E tuttavia, come si è detto, la giurisprudenza è rimasta fedele all'impostazione fornita dalle Sezioni Unite del 2003: non resta che attendere la futura evoluzione pretoria per verificare se, ed in che misura, recepirà le indicazioni di segno opposto che sul punto sembra offrire il codice del processo.