



13 NOVEMBRE 2019

Il problema del sindacato
giurisdizionale sui provvedimenti
dell'AGCM in materia antitrust: un
passo in avanti, due indietro ... e uno
in avanti. Una proposta per superare
l'impasse

di Marco Cappai

Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia e dei consumatori
Università degli Studi di Roma Tre

Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'*impasse**

di Marco Cappai

Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia e dei consumatori
Università degli Studi di Roma Tre

Abstract: Viene nuovamente in rilievo il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti adottati dall'Agcm in materia antitrust. Occasione: l'ultima fermata della saga Roche-Novartis. Stavolta, l'atteggiamento del Consiglio di Stato è di rottura (non, si spera, nei rapporti di buon vicinato con la Cassazione e la Consulta). Ne esce fuori una sentenza coraggiosa e nobile nelle intenzioni, ma che non convince pienamente nell'impostazione concettuale di fondo e nelle possibili ripercussioni di sistema. Tant'è vero che, a nemmeno un mese di distanza, la Sesta Sezione ritorna sui propri passi. Si propone, dunque, una strada alternativa per conseguire il medesimo risultato (oggi non più procrastinabile) dell'innalzamento dei livelli di effettività della tutela giurisdizionale in questo peculiare campo del diritto amministrativo.

Sommario: 1. Premessa. 2. Le statuizioni del Consiglio di Stato sul caso Roche-Novartis. 3. Un passo avanti e due indietro? 3.1 Sull'opportunità giuridica del *revirement*. 3.2 Sul (non perfetto) sillogismo. 3.3 Sulla discrezionalità amministrativa (pura e tecnica) dell'Agcm. 3.4 Sul limite delle soluzioni "equivalenti" o "ugualmente attendibili". 3.5 Sulle possibili ricadute processuali dell'arresto. 4. Un passo in avanti, ma solo per tornare al punto di partenza. 5. Superare l'*impasse*: una proposta di ricostruzione alternativa.

1. Premessa

Torna in evidenza il tema, per il vero mai del tutto sopito, del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall'AGCM in materia antitrust. L'occasione, ghiotta, è l'ultimo episodio (almeno nelle intenzioni "cerchiobottiste" del Consiglio di Stato) della saga Roche-Novartis. Lo fa con tinte in parte attese e annunciate; in parte inedite ed inaspettate (§ II). Di qui un commento diviso, che saluta con favore l'approdo giurisprudenziale ma pone alcuni seri interrogativi in merito alla (pur raffinata e ricca di spunti) rotta argomentativa tenuta dal Supremo Consesso amministrativo per giungervi (§ III). Dubbi forse non peregrini, visto che la Sesta Sezione, ad appena due mesi di distanza, sembra essere tornata sui propri passi (§ IV). Tutto come prima, verrebbe dunque da dire. Un risultato che, però, non pare pienamente appagante, perché le preoccupazioni espresse dal Consiglio di Stato nel caso Roche-Novartis – s'è detto – colgono nel segno. La riflessione finale è quindi se non sia possibile avanzare i livelli di tutela

* Articolo sottoposto a referaggio.

giurisdizionale percorrendo un *iter* motivazionale dalle ricadute giuridiche meno problematiche. La risposta sembrerebbe affermativa. Una proposta di ricostruzione alternativa viene dunque formulata (§V).

2. Le statuizioni del Consiglio di Stato sul caso Roche-Novartis

Con provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014 (I-760) l'AGCM ha accertato che le società F. Hoffmann- La Roche Ltd e Novartis Ag, anche attraverso le controllate Novartis Farma S.p.A. e Roche S.p.A., hanno posto in essere, in violazione dell'art.101 TFUE, un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza volta ad ottenere una differenziazione artificiosa dei farmaci "Avastin" e "Lucentis", manipolando la percezione dei rischi dell'utilizzo *off-label* in ambito oftalmico del primo, sensibilmente più economico rispetto al secondo.

La decisione, di grande rilievo mediatico e interesse scientifico¹, ha resistito al primo grado di giudizio² e al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia disposto dal Consiglio di Stato³.

Con il primo gruppo di censure, le società appellanti hanno denunciato una certa lacunosità e debolezza nello scrutinio giurisdizionale svolto dal giudice di prime cure, reo di essersi "appiattito" sulle valutazioni compiute dall'Autorità e di aver rinunciato a esplorare compiutamente la ricostruzione alternativa allegata dalle parti.

Ricordata la natura devolutiva del giudizio di appello (che, ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., consentirebbe al giudice di secondo grado di rimuovere *errores in iudicando* di tal fatta)⁴, il Consiglio di Stato, prima di offrire uno scrutinio molto approfondito dei fatti di causa⁵, ha ritenuto opportuno fornire

¹ R. PARDOLESI, *Farmaco dedicato e farmaco "off-label", gruppi farmaceutici coordinati, obblighi di farmaco-vigilanza e informazioni distorsive: gli intrecci del caso Avastin-Lucentis*, in *Foro it.*, n. 4/2018, pp. 141 ss.; L. ARNAUDO, *The Strange Case of Dr. Lucentis and Mr. Avastin*, in *European Competition Law Review*, n. 35/2014, 7, pp. 347 ss. e, più recentemente, L. ARNAUDO - G. PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza. L'industria farmaceutica tra diritti e profitti*, Roma, 2019, pp. 112 ss.

² TAR Lazio, Sez I, 2 dicembre 2014, n. 12168.

³ Giudizio promosso da Cons. St, Sez VI, ord. 11 marzo 2016, n. 966 (su cui B. BERTAN, *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nel caso I760, "Roche/Novartis - Farmaci Avastin-Lucentis": la valutazione concorrenziale degli accordi di licenza e l'uso "off label" del farmaco nella definizione di mercato rilevante*, in *Riv. dir. ind.*, n. 2/2017, pp. 402 ss. e Colangelo M. – Maggiolino M., *Il caso Avastin-Lucentis alla prova della Corte di Giustizia*, in *Merc. Con. Reg.*, n. 2/2018, pp. 299 ss.) e definito da Corte di giustizia, Grande Sezione, 23 gennaio 2018, causa C-179/16.

⁴ In presenza di un'adesione puramente formale del TAR alle valutazioni tecniche dell'AGCM, senza che sia fornita la garanzia di un effettivo controllo giurisdizionale, la controversia non deve essere rimessa al giudice di primo grado ex art. 105 c.p.a., in quanto affetta da un *error in iudicando* che il giudice di secondo grado, in forza del principio devolutivo di cui all'art. 101, co. 2 c.p.a., è abilitato a eliminare (Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11; 9 settembre 2018, n. 14, su cui M.A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal TAR. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze*, in *federalismi.it*, n. 18/2018, pp. 1 ss.).

⁵ In questo senso L. ARNAUDO - R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, n. 10/2019, III, pp. 533 ss. È plausibile che questo approccio sia stato percorso anche per ridurre il rischio di possibili ricorsi

alcuni importanti chiarimenti sul tema dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità garante.

La problematica – è noto – involge la più ampia questione del rapporto tra diritto e tecnica, che, nel processo amministrativo, ha dal principio assunto colorazioni differenti dal giudizio civile e penale⁶, figlie della nozione (per il vero: a geometria variabile) di discrezionalità tecnica⁷.

Il Collegio ne ripercorre dunque i tratti salienti e le principali tappe evolutive.

In origine, la “*primigenia struttura cassatoria del processo amministrativo*” si rifletteva sull'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: siccome il giudice amministrativo conosceva dell’“atto” (mentre il “fatto” poteva dirsi precostituito, venendo esaminato per come mediato e descritto nel provvedimento controverso, anche in ragione del ridottissimo novero di poteri istruttori affidati al giudice di legittimità), l'autorità giudiziaria era solita conoscere delle valutazioni tecniche all'interno di una prospettiva critica del tutto estrinseca ed esterna rispetto alla fattispecie concreta (c.d. sindacato estrinseco o esterno)⁸.

in cassazione per “rifiuto di giurisdizione” ex art. 111, comma 8 Cost. (dove il riferimento in premessa a un intento “cerchiobottista” del Collegio).

⁶ Per comprendere, anche in chiave storica, l'impostazione “tradizionale” del problema, di estrema chiarezza V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1986, pp. 1 ss.

⁷ Sul tema, senza pretese di esaustività (e oltre agli Autori citati *infra*), cfr. O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, pp. 350 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano 1939; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, pp. 71 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, pp. 603 ss. La manualistica tende a individuare come sentenza “spartiacque” la decisione Cons. St., Sez IV, 9 aprile 1999, n. 601, con commento di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/1999, pp. 1179 ss.

⁸ In altri termini, in questa prima fase il giudice si limitava a verificare se “il provvedimento impugnato appa[r]isse logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito”, senza giungere a “sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'autorità, e a questa riservate” (così Cons. St., Sez VI, 14 marzo 2000, n. 1348; 20 marzo 2001, n. 1671 e 26 luglio 2001, n. 4118). Pertanto, il giudice si limitava ad appurare se la determinazione tecnica non fosse “manifestamente irrazionale o incongrua” (cfr. TAR Lombardia, Sez II, 8 febbraio 2002, n. 469). Tra le variegate giustificazioni teoriche di questa concezione, la sentenza in commento richiama “il carattere ancillare dell'apprezzamento tecnico rispetto alla valutazione sull'assetto di interessi pubblici, ovvero la sua riconducibilità al «merito» (la cui area veniva così estesa al di là delle scelte coinvolgenti la considerazione dell'interesse pubblico); la «logica» del sistema pubblico, secondo cui la scelta di valore insita nella valutazione tecnica complessa, proprio per la sua complessità e per gli interessi che coinvolge, deve essere riservata all'ente rappresentativo «dell'insieme del corpo sociale» più facilmente influenzabile e controllabile dai cittadini; i meccanismi di produzione degli effetti giuridici sostanziali, ordinati (anche in caso di discrezionalità tecnica) lungo la sequenza «norma-potere-effetto»”. In questo modo – commenta autorevolmente Travi (con particolare riferimento, sul punto, a Cons. St., Sez VI, 1° ottobre 2002, n. 5156) – veniva a crearsi una sorta di “presunzione di esattezza” a beneficio della p.A. (cfr. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2004, pp. 439 ss. e, in particolare, p. 443).

Rispondendo a un bisogno già indicato in dottrina⁹, il c.p.a. ha segnato il passaggio da un giudizio sull'atto a un giudizio sul "rapporto"¹⁰. Tale risultato – spiega il Consiglio di Stato – è stato conseguito “*dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediale «aperto» e conformato al bisogno differenziato di tutela dell'interesse evocato in giudizio*”¹¹.

⁹ M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, n. 12/2008, pp. 3533 ss., in cui si dà atto che “l'indirizzo favorevole alla [...] introduzione generalizzata [della c.t.u.] anche nel processo amministrativo trae origine dalla sentenza n. 601 del 1999 con la quale il Consiglio di Stato ha ammesso la sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti tecnico-discrezionali, palesando così la necessità di apprestare idonei strumenti istruttori. Infatti, una volta venuta meno l'equiparazione tra la discrezionalità tecnica e il merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. non è più circoscritto al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma può estendersi alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche eseguite per valutarne la correttezza, sia in ordine al criterio tecnico utilizzato che al procedimento applicativo, con la conseguenza che coerentemente il giudice deve poter utilizzare, per tale controllo di adeguatezza dei mezzi istruttori, sia il tradizionale strumento della verifica, che la c.t.u.” (per tale orientamento, si rimanda agli autori menzionati alla nt. 8 del lavoro citato). Invero, “l'introduzione dello strumento della consulenza tecnica segna [...] anche il riferito mutamento del tipo di sindacato rimesso al giudice da estrinseco a intrinseco”. Tuttavia – ammonisce correttamente l'A. – “ove vi siano apprezzamenti tecnici opinabili con soluzioni alternative, sulle quali opera la scelta discrezionale dell'amministrazione, la c.t.u. consente [...] un controllo limitato, operando al solo fine di individuare un ulteriore parametro cui comparare le scelte amministrative sotto i profili della correttezza e dell'attendibilità”. Così, nei giudizi aventi ad oggetto le valutazioni complesse assunte dalle Autorità indipendenti, lo strumento della c.t.u. potrebbe essere utilmente impiegato come strumento di “affiancamento”, configurando per tale via un sindacato che, dopo un'immersione totale nel fatto controverso, torna a giudicare, in via indiretta, sulla correttezza della attività di “mediazione” compiuta dall'Amministrazione.

¹⁰ Anche se – si notava ancora nel 2013 – la primigenia configurazione in termini non giurisdizionali della IV Sezione del Consiglio di Stato e la conseguente concezione del processo amministrativo come prosecuzione del procedimento ha prodotto un retaggio culturale tale per cui “ancora oggi si ritiene che la cognizione del giudice debba essere mediata dalla selezione dei fatti effettuata dall'amministrazione e dalla loro ricostruzione in sede procedimentale” (M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, p. 114).

¹¹ Il riferimento è alla pluralità di azioni codificate (anche implicitamente, come nel caso dell'azione – di condanna atipica – di adempimento) dal d.lgs. 104/2010 e alla possibilità per il giudice amministrativo, fatti salvi i limiti della discrezionalità tecnica, di conoscere della fondatezza della pretesa (cfr. artt. 31, comma 3 e 34, comma 1, lett. c c.p.a., oltre che 114, comma 4, lett. a): così Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in cui si riconosce come ciò abbia determinato “la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata”. Un recente arresto ha peraltro ammesso che il giudice dell'annullamento (nella fattispecie destinatario - secondo l'insegnamento di Cons. St., ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2 - di azione gradata di inottemperanza e annullamento), in caso di contestuale azione di condanna, potrebbe persino travalicare i limiti della discrezionalità tecnica, ordinando l'adozione del provvedimento favorevole laddove ne ravvisi un “esaurimento” o, che dir si voglia, “consumazione” cagionati dalla “*insanabile «frattura» del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri*” (così Cons. St., Sez VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che fa discendere la conclusione dal principio di effettività della tutela). Per un (convincente) commento critico a questo approdo giurisprudenziale, v. F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2019, pp. 499 ss., il quale, oltre a porre in dubbio la prevedibilità giuridica del criterio ermeneutico basato sulla frattura del rapporto fiduciario (chi ne stabilisce i confini?), rileva come nel caso di specie (vertente sulla reiterata negazione dell'abilitazione scientifica nazionale alla ricorrente) la condanna si sia per di più retta non, in positivo, sull'accertamento giudiziale della fondatezza della pretesa (previo esperimento di una C.T.U. o, secondo un

La descritta evoluzione – osserva il Collegio – si è saldata con la giurisprudenza elaborata dalla Corte Edu. Infatti, per costante orientamento della Corte di Strasburgo, il principio del giusto procedimento di cui all'art. 6 Cedu si applica anche alle sanzioni “quasi-penali”¹², cui le ammende antitrust sono pacificamente riconducibili. Portato di tale principio è che, quando la sanzione sia irrogata da un'autorità amministrativa (specie se non pienamente rispondente, in termini di imparzialità, alla nozione convenzionale di “tribunale”), il soggetto “punito” debba avere accesso a una successiva fase di “piena giurisdizione” o “*full jurisdiction*”, la quale consenta al giudice “*to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*”¹³.

Ebbene – seguita la decisione – proprio l'esigenza di assicurare un controllo di *full jurisdiction* sulle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust avrebbe “*spinto i giudici a connotare il processo amministrativo in termini di gravame «appellatorio» piuttosto che «cassatorio» di legittimità*”.

In particolare – si spiega – una volta superate alcune incertezze iniziali legate alla dicotomia “sindacato debole” - “sindacato forte”¹⁴, la giurisprudenza (pur con qualche perdurante inciampo) ha trovato un punto di equilibrio intorno a quello che viene definito come un “*sindacato di attendibilità tecnica*”.

Segnatamente, si è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione: l'unico limite in cui continuava a sostanzarsi l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa era quello per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità dava una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non era chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientrasse o meno nella

indirizzo più ardito, verifica), bensì – quasi in chiave “sanzionatoria” – sulla ravvisata irreversibile rottura, in negativo, del citato rapporto di fiducia amministrazione-amministrato.

¹² In base ai cc.dd. criteri *Engel*, rientrano nella *matière pénale ex art. 6 CEDU* tutte quelle misure che i) sono qualificate espressamente come tali nel diritto interno o che sono comunque ii) dirette a esercitare un effetto dissuasivo attraverso iii) l'imposizione di sanzioni a carattere afflittivo (tipicamente: misure privative della libertà o sanzioni pecuniarie). Tali criteri sono alternativi e non cumulativi. Quando, però, è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito *Grande Stevens e altri c. Italia*, Sez II, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94).

¹³ Corte EDU, Sez II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* cit., § 139, ove anche i richiami a *Chevol c. Francia*, ric. n. 49636/99, § 77; *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, ric. n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004.

¹⁴ Già ad es. Cons. St., Sez IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, e successivamente *id.*, 2 marzo 2004, n. 926, con commento di D. DE PRETIS, *Antitrust, valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Dir. e form.*, n. 7/2004, pp. 997 ss.

ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto¹⁵.

In termini figurati, al giudice amministrativo era consentito entrare nel cuore della vicenda, ricostruendo accuratamente il fatto e ripercorrendo analiticamente i singoli apprezzamenti tecnici compiuti dall'Autorità, se del caso affiancandovene di propri: in questo modo, egli otteneva una propria rappresentazione della realtà, formatasi in giudizio nel contraddittorio tra le parti. Tuttavia, una volta ottenuto questo “calco”, il giudice ne doveva uscire e, maneggiandolo dall'esterno, doveva tentare di sovrapporlo alla ricostruzione offerta dall'AGCM. Se il provvedimento combaciava perfettamente con la sagoma ricavata dal giudice, allora v'era piena sintonia tra questi e la p.A.; se alcune leggere differenze rendevano l'incastro meno fluido, si permaneva in una situazione di ragionevole scostamento tra valutazioni tecniche opinabili, non erodibile attraverso lo strumentario proprio della giurisdizione di legittimità; se le geometrie dei due volumi apparivano radicalmente difformi, allora il provvedimento soffriva un vizio ricostruttivo e doveva essere annullato. In sintesi, un sindacato intrinseco ma non sostitutivo.

Questa impostazione – prosegue il Consiglio di Stato – sarebbe stata avallata anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, laddove, con riferimento ai provvedimenti dell'Antitrust, hanno precisato che il giudice amministrativo “*non può esercitare un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza*”¹⁶. Tanto, anche in ragione del fatto che – nonostante alcune autorevoli voci critiche¹⁷ – l'ipotesi di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. è stata

¹⁵ In modo simile, v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2018, pp. 1207 ss.

¹⁶ Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, su cui L. BRANCACCIO, *The standard of judicial review of the ICA's decisions: the Italian Supreme Court rules on the Acea case*, in *Italian Antitrust Review*, n. 3/2014, pp. 241 ss.

¹⁷ In ambito euro-unitario (ma con considerazioni traslabili anche sul piano interno), M. SIRAGUSA – C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell'arte” dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, n. 2/2013, p. 456 hanno auspicato una “rifocalizzazione della giurisprudenza applicativa dell'art. 261 TFUE, interpretandosi correttamente la disposizione, come certamente consentito dal suo dato letterale, nel senso che il sindacato di merito in materia sanzionatoria non vada limitato al solo calcolo dell'importo dell'ammenda, ma esteso all'intero provvedimento impugnato, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale, mentre il controllo di mera legittimità ex art. 263 TFUE continuerebbe a essere esercitato sulle decisioni che non impongano sanzioni” (v., in particolare, 456). Una critica al modello bipartito del sindacato, (di legittimità) sull'an e (di merito) sul quantum sanzionatorio, è offerta anche in A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, in *federalismi.it*, n. 2/2016.

interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come riferita soltanto alla quantificazione della sanzione e non anche all'accertamento della sussistenza dei presupposti¹⁸.

Alcune novità legislative hanno tuttavia turbato questo stato di quiete apparente.

Nell'introdurre più efficaci meccanismi di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, il legislatore europeo ha previsto che una violazione del diritto della concorrenza definitivamente accertata deve essere considerata tale anche ai fini dell'azione per il risarcimento del danno c.d. *follow on* (proposta a valle di una violazione degli artt. 101 o 102 TFUE o delle corrispondenti norme nazionali)¹⁹.

Sul piano interno la previsione euro-unitaria è stata recepita nei seguenti termini: *“ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato [...], non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. [...] Quanto previsto [...] riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno”*²⁰.

In tale occasione, il legislatore nazionale ha *sua sponte* introdotto – senza che ciò fosse in alcun modo richiesto dalla direttiva né dalla legge delega – un inciso piuttosto criptico, a mente del quale *“il sindacato del giudice [amministrativo] comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”*²¹.

L'addizione – molto discussa in dottrina²² e accolta in giurisprudenza per lo più con piglio attendista²³ – viene a più riprese apostrofata nella sentenza in commento, vuoi come *“evidente imprecisione linguistica”*, vuoi come *“formula [...] involuta”*, vuoi, ancora, come *“espressione [...] incerta ed apodittica”*.

Ad ogni buon conto, la rilevanza normativa dell'enunciato viene di fatto sterilizzata attribuendo allo stesso *“una mera funzione didascalica”*.

¹⁸ *Ex multis*, Cons. St., Sez VI, 21 marzo 2018, n. 1821; 29 maggio 2018, n. 3197 e 10 luglio 2018, n. 4211.

¹⁹ Art. 9 § 1 della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

²⁰ Cfr. art. 7, comma 1, I e III periodo, del d.lgs. n. 3/2017.

²¹ V. art. 7, comma 1, II periodo, del d.lgs. 3/2017.

²² Solo per citarne alcuni (cui si aggiungono gli Autori richiamati *infra*), cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, pp. 1 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust cit.*; L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2018, pp. 1325 ss.

²³ Ad esempio, in Cons. St., Sez VI, 21 marzo 2018, n. 1821; 29 maggio 2018, n. 3197; 10 luglio 2018, n. 4211 e 12 ottobre 2017, n. 4733, richiamata la massima delle Sezioni unite del 2014, si è semplicemente affermato che quell'indirizzo sarebbe stato positivizzato dall'art. 7 del d.lgs. 3/2017.

Trasformato l'inciso in frase neutra, la Sesta Sezione ha dunque avviato una riflessione (costituzionalmente e convenzionalmente orientata) sulla colorazione che meglio le si addicesse, volgendo lo sguardo al principio della tutela piena ed effettiva e del rimedio utile. Tanto, tenendo a mente che un depotenziamento del sindacato del “giudice del ricorso” (che il maldestro enunciato legislativo quasi sembrerebbe suggerire) apparirebbe del tutto antistorico nel rinnovato contesto ordinamentale, in cui una decisione definitiva dell'AGCM è suscettibile di far stato in sede civile quanto all'esistenza dell'illecito. Più opportuno, allora, interrogarsi sulla possibilità di avanzare lo *standard* di tutela.

Chiave di volta dell'intero ragionamento è la ricostruzione affatto inedita che viene fornita della natura del potere esercitato dall'Agcm.

In linea teorica – osserva il Consiglio di Stato – il sindacato giurisdizionale è intimamente connesso al principio di legalità²⁴: tanto più la norma attributiva conforma l'esercizio del potere, quanto più il giudice amministrativo è chiamato a verificare che quei dettami siano stati osservati nell'azione della p.A.²⁵. Sempre in via generale, va osservato che il più delle volte il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. Quando la norma attributiva è così costruita, l'*agere* amministrativo presenta un tratto libero, che la p.A. riempie di contenuto attraverso una complessa attività di ponderazione di interessi. Operazione che esprime, appunto, discrezionalità amministrativa. In questi casi, costituisce prerogativa dei pubblici poteri delineare *in itinere* l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare. Conseguentemente – in ossequio al principio di separazione dei poteri – l'autorità giudiziaria può conoscere solo della patologia, mai della fisionomia, limitandosi a censurare, in negativo, eventuali eccessi di potere²⁶, attraverso una tecnica di sindacato che suole definirsi di logicità-congruità²⁷. L'intangibilità del nucleo “intimo” della decisione discrezionale consegue alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo. In questi casi, di regola la sentenza non può contenere

²⁴ In argomento, G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 15 ss.

²⁵ La relazione viene valorizzata in chiave critica in A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche* op. cit., p. 357, in cui si osserva: “la limitazione del sindacato del giudice urta, a mio giudizio, con una concezione rigorosa del principio di legalità, che non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza”. Secondo l'A. sarebbe preferibile che il legislatore precisasse esplicitamente i casi in cui intenda attribuire una riserva di potere discrezionale alla p.a. Nel silenzio della legge dovrebbe invece vigere la regola generale della sindacabilità dell'atto amministrativo, anche se incorporante valutazioni tecnico-discrezionali.

²⁶ F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 ss.; E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere*, in *Disg. disc. pubbl.*, I agg., 2012.

²⁷ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed. (a cura di F. FRACCHIA), Milano 2013, pp. 439-440.

l'accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita, ma può unicamente limitarsi che l'Amministrazione abbia fatto corretto governo della propria discrezionalità²⁸.

Donde il riferimento a un sindacato “non sostitutivo”²⁹.

Diverso discorso – prosegue la decisione – dovrebbe invece farsi al cospetto di norme attributive che disciplinano esaustivamente i presupposti del potere, predeterminando in astratto tutti gli elementi costitutivi della fattispecie giuridica che giustifica l'intervento amministrativo.

Tale sarebbe il caso del divieto di intesa restrittiva della concorrenza³⁰ (e, analogamente, di abuso di posizione dominante³¹).

In questi casi, infatti, *“gli elementi descrittivi del divieto [...], anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di «fatto storico» accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto «mediato» dall'apprezzamento dell'Autorità”*.

Dalla differente struttura della norma attributiva discende un diverso *standard* di controllo giurisdizionale, con la conseguenza che, in simili ipotesi, *“nulla si oppone a che sia il giudice a «definire» la fattispecie sostanziale”*.

Se così è, il giudice non deve allora limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dall'AGCM rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Al contrario, muovendosi in autonomia valutativa e istruttoria (ma pur sempre – va precisato – nei limiti della domanda), deve procedere ad una diretta disamina della fattispecie.

Infatti, se la valutazione tecnica opinabile è solo un incidente istruttorio, una parentesi funzionale all'accertamento del “presupposto” del potere, essa entra nel “fatto storico”, cui il giudice amministrativo, conoscendo del “rapporto”, ha pieno accesso³².

²⁸ Si noti che, nel porre le basi teoriche del ragionamento, la Sesta Sezione non ritiene di dover distinguere tra discrezionalità “pura” e discrezionalità “tecnica”.

²⁹ Da ultimo, v. Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058, in cui si rammentano i limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ma al contempo se ne condannano applicazioni “pigre”, in cui il giudice rinunci aprioristicamente a ripercorrere le singole valutazioni tecniche compiute dall'Amministrazione attingendo alle medesime scienze.

³⁰ Artt. 2 l. 287/1990 e 101 TFUE.

³¹ Artt. 3 l. 287/1990 e 102 TFUE.

³² Non può fare a meno di notarsi l'affinità della pronuncia con il pensiero espresso in F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, 6 giugno 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, pp. 6-7: posto che “il fatto non appartiene mai alla sfera del merito amministrativo”, “se il giudice è «signore del fatto» – con la precisazione che per fatto si intende quello portato in giudizio sulla base degli enunciati delle parti (provvedimento amministrativo e contestazioni dei ricorrenti) – e se il fatto non è dato ma costruito nel giudizio, ne discende che il giudice non potrà che avere accesso ad esso attraverso la valutazione piena e autonoma delle circostanze”. In altri termini, “la conoscenza del fatto e la sua «qualificazione» ai fini del decidere entrano strutturalmente nel giudizio amministrativo; e ciò dà garanzia di «pienezza» della tutela”.

In sostanza, saremmo in presenza di un potere a due teste, in cui l'opinabilità atterrebbe esclusivamente all'individuazione dei presupposti applicativi (perché è la scienza economica a essere inesatta, non l'interesse pubblico da curare), ma, una volta che questi siano stati tutti assommati (anche, appunto, ad esito di apprezzamenti tecnici controvertibili), non residuerebbe un reale spazio di valutazione in capo al potere pubblico, che potrebbe unicamente attivare – qui il commento è libero ma, sembrerebbe, consequenziale – la reazione ordinamentale al comportamento illecito tipizzato.

Interessante, sul punto, il riferimento esemplificativo alla nozione di “mercato rilevante”, da sempre “totem” della discrezionalità tecnica. Anche in questo caso, infatti, si tratterebbe di *“attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto «libero» dell'apprezzamento tecnico si limiterebbe a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche”*.

A riprova della bontà del ragionamento, la Sesta Sezione adduce la circostanza che nelle azioni risarcitorie c.d. *stand alone* il giudice civile – sia pure incidentalmente – è chiamato a verificare in via diretta ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che vi sia stata una previa intermediazione di potere pubblico.

Il punto di caduta di questa nuova prospettiva è che la stessa struttura della norma attributiva del potere – avendo optato per un'estensione massima del principio di legalità sostanziale – abiliterebbe una *“piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)”*.

Il problema del controllo giurisdizionale “sostitutivo” sarebbe a ben vedere frutto di un equivoco concettuale di fondo e, a rigore, non dovrebbe trovare cittadinanza in questa materia: difettando un tratto libero nella modellazione dell'interesse pubblico, già interamente scolpito dal legislatore, non vi è nulla da “sostituire”, ma tutto da “controllare”.

Donde la transizione da un *“sindacato (non sostitutivo) di «attendibilità»”* a un *“sindacato pieno di «maggiore attendibilità»”*.

Conclusione che (oltre ad essere stata prospettata – con variegate sfumature e percorsi argomentativi comunque differenti da quello seguito dalla Sesta Sezione – in diversi contributi dottrinali molto ben posizionati in materia³³ e oltre a trovare conforto, almeno secondo il Collegio, negli orientamenti della

³³ F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo* op. cit., 11-12; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *federalismi.it*, n. 8/2018, p. 27; R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in www.giustizia-amministrativa.it, 6 aprile 2017, p. 8; R. GIOVAGNOLI, *Judicial review of antitrust decisions: Q&A*, in *Rivista italiana di Antitrust*, n. 1/2015, p. 146. Secondo M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, pp. 15-16, il criterio del sindacato di “maggiore attendibilità” sarebbe utile ma non sufficiente, da solo, a garantire il diritto

Corte di giustizia³⁴) era stata in qualche modo già anticipata, sia pure in termini meno compiuti e con domanda aperta, in un recente parere dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato³⁵. Va però detto che, in modo forse più equilibrato, né il parere né i sopra richiamati contributi dottrinali hanno ancorato la proposta evolutiva a una riconsiderazione della natura del potere esercitato dall'Antitrust.

A questo punto, la Sezione ritiene prudente circoscrivere la portata innovativa del *revirement*, precisando che lo stesso non deve considerarsi traslabile alla generalità dei campi del diritto dell'economia affidati al governo dalle Autorità indipendenti.

a un *fair trial* ai sensi dell'art. 6 della Cedu, permanendo – ad avviso dell'A. – “quattro criticità: a) l'effettiva separazione tra gli uffici istruttori e il Collegio decidente; b) l'accesso al fascicolo istruttorio; c) la possibile integrazione dell'impianto accusatorio iniziale; d) la mancata individuazione nella comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) del *quantum* sanzionatorio”.

³⁴ Questa la visione della Sesta Sezione, che richiama in proposito Corte di Giustizia, Sez III, 11 settembre 2014, C-382/12, § 156: “*il Tribunale [UE] non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*”. E tuttavia – non può fare a meno di notarsi – solo con una certa forzatura ermeneutica la decisione europea richiamata pare accostabile al modello di sindacato di “maggiore attendibilità” elaborato dalla sentenza in commento, essendo espressamente riconosciuta, lì, l'esistenza di un potere “discrezionale” dell'autorità di concorrenza.

³⁵ UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, p. 26: “Resta da chiedersi se, a prescindere dagli obblighi imposti dalla Cedu (ad oggi già soddisfatti) sia preferibile passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad un tipo di sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata”.

Per quanto concerne la regolazione economica, infatti, non vi sarebbe ragione di abbandonare il sindacato (certo pervasivo³⁶, ma pur sempre non sostitutivo) di “attendibilità”³⁷, giacché, in quel campo, il potere pubblico “concorre a «definire», talvolta finanche anche a «creare», il fatto economico”³⁸.

Al contrario, il sistema antitrust attuerebbe una forma di “garanzia amministrativa” che affida a un soggetto neutrale la missione di vigilare sulle “condizioni di contesto” (il rispetto delle regole del gioco concorrenziale) all’interno delle quali i rapporti interprivati possono legittimamente esplicarsi; esso sarebbe pertanto sprovvisto del “livello di politicità” proprio della regolazione economica e assumerebbe una connotazione “arbitrale” tra interessi privati contrapposti, volta all’accertamento della corretta applicazione delle norme di legge³⁹. Più in generale – osserva il Collegio – questo carattere accomunerebbe tutte le sanzioni

³⁶ V. ad es. Cons. St., Sez VI, 19 gennaio 2016, n. 165 (con commento di M. FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016, pp. 684 ss.), che, pronunciandosi su una delibera dell’AEEGSI (oggi ARERA), ha così statuito: “la scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell’attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l’utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell’esercizio della regolazione”. A fronte di valutazioni tecnicamente complesse, ammonisce lo stesso giudice, il sindacato giurisdizionale deve, dunque, avvenire “con gli occhi dell’esperto”, ovvero “riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall’Autorità: senza confondere il piano della difficile intelligibilità con quello della irragionevolezza o dell’inadeguatezza della motivazione dell’atto dell’Autorità”. Sempre con riferimento agli atti di regolazione dell’(ex) AEEGSI, cfr. anche Cons. St., Sez VI, 12 giugno 2015, n. 2888 e 9 agosto 2016, n. 3552. In materia di comunicazioni elettroniche, si veda poi Cons. St., Sez VI, 18 luglio 2016, n. 3173, in cui, con riferimento a una delibera regolatoria dell’AGCom, si è evidenziato che “qualora residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, la valutazione compiuta dall’Autorità non può ritenersi viziosa se la stessa, attraverso le motivazioni esposte, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative”. Sul tema del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione e di concorrenza, si rimanda a F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione e tutela davanti al giudice amministrativo*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, pp. 353 ss. Come spiegato in G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2011, pp. 677 ss., la trasformazione dello Stato-imprenditore in Stato-regolatore, con contestuale istituzione delle *authorities*, ha determinato l’emersione in termini sempre più nitidi di un “giudice dell’economia”. Invero, “il crescente ruolo svolto dal giudice amministrativo quale arbitro di ultima istanza del funzionamento dei mercati appare direttamente legato alle più generali trasformazioni del diritto pubblico dell’economia, segnate, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, dall’affermazione dello Stato regolatore. [...] Oggetto di contesa è spesso l’insieme delle partite economiche in gioco tra i diversi operatori coinvolti, su cui inevitabilmente il giudice finisce per allargare il proprio sguardo. In questa prospettiva, il buon funzionamento del sistema giurisdizionale diventa una componente fondamentale dello stesso buon funzionamento del mercato”.

³⁷ La differenza qualitativa è colta anche in A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche* op. cit., 358, secondo cui “una cosa è l’attribuzione all’amministrazione di una potestà regolatoria, altra cosa è l’assegnazione di una competenza a provvedere in un caso concreto alla stregua di cognizioni tecnico-scientifiche”.

³⁸ Si porta come esempio l’esperienza dei “mercati virtuali” individuati nel campo delle comunicazioni elettroniche dall’AGCom.

³⁹ Per questa posizione, v. tra gli altri G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Padova, 1999, pp. 13 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. St.*, n. 2/2000, pp. 541 ss. e, più di recente, F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia*, in *Il dir. dell’econ.*, n. 3/2018, p. 728. Sembra interessante notare che in precedenza la Sezione aveva a più riprese escluso la natura para-giustiziale dell’AGCM (Cons. St., Sez VI, nn. 652/2001 e 2199/2002).

amministrative in senso stretto, le quali vengono inflitte dalla p.A. nell'esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa (che presuppone una ponderazione di interessi) e che, sul piano funzionale⁴⁰, si manifesta come “*potere equivalente a quello del giudice penale*”⁴¹.

A chiusura del ragionamento, il Consiglio di Stato si è dunque preoccupato di verificare che il *revirement* non possa dare adito in futuro a sconfinamenti dai limiti esterni della giurisdizione.

Qui il Supremo Consesso amministrativo sembra mettere da parte le sorti del caso *sub iudice*⁴² e, proiettandosi in un futuro prossimo, prefigurarsi la possibilità (certo non inverosimile, anche alla luce delle ultime posizioni assunte in materia⁴³) che la Corte regolatrice, sollecitata dall'Antitrust in altro giudizio, possa trovarsi a non condividere l'impostazione ricostruttiva proposta nella decisione in commento. In particolare, la Corte di cassazione potrebbe continuare a ravvisare un margine di discrezionalità (amministrativa e/o tecnica) nelle decisioni dell'AGCM e, su queste diverse basi, giungere ad accertare un eccesso di potere giurisdizionale ad opera del giudice amministrativo⁴⁴.

⁴⁰ È plausibile che, nel limitare l'equivalenza tra i due binari sanzionatori al piano “funzionale”, il Consiglio di Stato intendesse tenere a mente quelle posizioni che, pur ammettendo l'affinità funzionale tra sanzione penale e sanzione amministrativa, ne hanno nondimeno sottolineato alcune significative divergenze da un punto di vista “strutturale”: M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, pp. 14-15 (secondo cui le sanzioni amministrative mirano a ripristinare l'ordine amministrativo, mentre quelle penali l'ordine generale della società civile); M. SIMONCINI, *I ricorsi dinanzi alle Autorità Amministrative Indipendenti: garanzie di tutela*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007, pp. 291 ss.; M. CLARICH, *I ricorsi innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON - B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, Napoli 2015, pp. 130 ss., richiamati in F. APERIO BELLA, “*Ceci n'est pas une note de jurisprudence*”: riflessioni critiche a margine del tentativo dell'Agcm di farsi giudice a quo, in *Dir. soc.*, n. 2/2018, p. 320, nt. 89 e nt. 90.

⁴¹ È del resto frequente l'affermazione secondo cui la spinta unificatrice e sostanzialista proposta in materia “penale” dalla Corte di Strasburgo rifletterebbe l'approccio teorico kelseniano, che riconduce le ragioni del doppio binario a una matrice essenzialmente storica: “la separazione tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa si spiega in primo luogo sul terreno storico. Fra i vari motivi che in tutti gli stati moderni hanno condotto a questo sviluppo c'è stato, fra l'altro, probabilmente, anche il fatto che in quelle materie la cui concretizzazione giuridica è stata affidata ai tribunali l'interesse dei sudditi era più forte di quello dei principi assoluti. Si tratta di ciò che viene chiamato diritto penale e civile, cioè della tutela della vita, dell'onore e della proprietà privata. Per il resto, il confine tra questioni giudiziarie e questioni amministrative è più o meno un arbitrio storico. Per ciò che riguarda specificamente la separazione tra questioni giudiziarie e questioni amministrative penali, queste ultime sono delitti insignificanti e quindi non si tratta di pene infamanti. Neppure qui, tuttavia, è possibile tracciare una linea di demarcazione concettuale” (così H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 97).

⁴² A fronte della piena conferma giudiziale del provvedimento Roche-Novartis, l'Autorità garante difetterebbe a rigore di un concreto e attuale interesse a ricorrere in Cassazione (fatta salva la poco plausibile volontà di provare a ottenere da subito una irrituale pronuncia nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*).

⁴³ Oltre alle già citate Sezioni unite n. 1013/2014, viene in rilievo Cass., Sez. un., ord. 7 maggio 2019, n. 11929, che – per il vero in modo abbastanza preoccupante – evoca “*ambiti di discrezionalità tecnica riservati in via esclusiva all'Autorità*”.

⁴⁴ V. ad es. Cass., Sez. un., ord. 17 febbraio 2012, n. 2312, con commento adesivo di F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, n. 3/2013, pp. 694 ss. e riflessioni (parzialmente) critiche di A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in G. COSTANTINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 609 ss.

Per escludere una simile evenienza, il Consiglio di Stato – sottolineando l'importanza della leale collaborazione istituzionale – propone una lettura molto rigorosa della giurisprudenza costituzionale in materia⁴⁵, tale per cui, anche in caso di disallineamento teorico tra Supremo Consesso amministrativo e Corte regolatrice in ordine alla natura del potere esercitato dall'AGCM, una ipotesi di “sconfinamento” non potrebbe comunque trovare spazio⁴⁶.

3. Un passo avanti e due passi indietro?

Come anticipato in premessa, la decisione in commento lascia divisi.

Non v'è dubbio che essa risponda a un bisogno di (servizio pubblico) giustizia storicamente molto sentito in ambito antitrust e che lo faccia con un tempismo impeccabile.

Il caso Roche-Novartis, infatti, si segnala per la rilevanza tecnico-scientifica delle questioni affrontate (non solo economiche, ma anche terapeutiche, reggendosi l'intera accusa sul rapporto di sostituibilità tra i farmaci “Avastin” e “Lucentis”), per le pesantissime sanzioni irrogate alle parti e per le altrettanto gravose conseguenze che è lecito attendersi sul piano del *private enforcement*⁴⁷.

Insomma, il clima di incertezza sorto all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 7 del d.lgs. 3/2017 non poteva protrarsi oltre.

Appare felice, a tale proposito, l'intuizione secondo cui i recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali non tollererebbero un (quasi paradossale) affievolimento dello *standard judicial review* sui provvedimenti dell'Antitrust, il quale richiede, al contrario, una riflessione in ordine a possibili margini di potenziamento. Ciò detto, le stimolanti considerazioni del giudice amministrativo lasciano più di un dubbio quanto all'itinerario argomentativo seguito per raggiungere questo pur pregevole risultato. Tale percorso, infatti, viene tracciato su un terreno che sembra piuttosto scivoloso.

⁴⁵ Corte cost., sentenze nn. 6 del 2018 e, prima, 204 del 2004 e 77 del 2007.

⁴⁶ Nella citata sentenza n. 8 del 2018 la Consulta ha infatti ritenuto non conforme a Costituzione l'interpretazione “evolutiva” e “dinamica” del concetto di giurisdizione prospettata nell'ordinanza di rimessione, in cui ci si chiedeva se la Cass. potesse sindacare non solo le norme che individuano “*i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale*”, ma anche – in presenza di sentenze “*abnormi*”, “*anomale*” ovvero di uno “*stravolgimento*” delle “*norme di riferimento*” – quelle che stabiliscono “*le forme di tutela*” attraverso cui la giurisdizione si estrinseca. A tutto concedere – prosegue il Consiglio di Stato – l'esperimento del descritto sindacato “di maggiore attendibilità” non intaccherebbe “*i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale*”, in quanto si tratterebbe “*semplicemente di fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria ad opera del giudice chiamato alla sua interpretazione*”. In argomento, v. F. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2018, pp. 635 ss.

⁴⁷ All'esclusivo fine di valutare la gravità degli effetti dell'intesa (ma con esercizio che potrà tornare indirettamente utile, quantomeno in forma di *assist* alla parte pubblica lesa, anche nelle aule di giustizia della Corte d'Appello), l'Autorità, senza pretese di perfezione istruttoria (assai complicata in questa materia), ha tentato di quantificare il danno subito dal SSN in conseguenza dell'intesa accertata (§§ 150-151 e 239-240).

Al di là delle eleganti formule impiegate – le quali, a onor del vero, nella loro complessa articolazione non giungono mai a statuirlo in termini espliciti – sembra di poter affermare che l’arresto in commento, ove portato a logiche ed estreme conseguenze, potrebbe segnare, pur tra le righe, un cambiamento copernicano, involgente la intima natura del potere esercitato dall’Antitrust in materia di intese restrittive della concorrenza e di abusi di posizione dominante.

Secondo una lettura libera e particolarmente vigorosa, si tratterebbe, infatti, di attività pubblica “a rime obbligate”, in cui l’Amministrazione, sprovvista di reali spazi di discrezionalità, si limiterebbe ad accertare la sussistenza dei presupposti di legge (taluni di questi – riconosce il Consiglio di Stato – di particolare complessità) e con la quale verrebbero a raffrontarsi, in un procedimento di natura “arbitrale” tenuto da un’autorità “di garanzia”, posizioni di diritto soggettivo (sia verticali, nei rapporti con l’Autorità; sia orizzontali, nei rapporti inter-privati con i concorrenti, i consumatori e gli utenti che a vario titolo partecipino, anche in forma associativa, al procedimento istruttorio).

Posizioni che, contrariamente a quanto ritenuto dalle Sezioni unite⁴⁸, non appaiono allora dissimili da quelle dei soggetti destinatari di una qualsivoglia ordinanza-ingiunzione (non casuale, in sentenza, il richiamo alla legge n. 689 del 1981⁴⁹) – la cui opposizione, come noto, si propone davanti al giudice ordinario. E allora, aggiungiamo qui, in questa prospettiva il giudice amministrativo sarebbe titolato a conoscere dei provvedimenti dell’Agcm solo in virtù della giurisdizione esclusiva⁵⁰ ad esso devoluta in materia dall’art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a.⁵¹. Per assurdo, si potrebbe persino giungere fino a dubitare

⁴⁸ Cass., Sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882, secondo cui “*nell’ambito coperto dalla legge antitrust la P.A. agisce come Autorità ed i provvedimenti da essa adottati, qualora non fosse prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ricadrebbero 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 di interessi pubblici*”, con commento di P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2006, pp. 179 ss.

⁴⁹ È del resto opinione comune che “l’emanazione delle sanzioni di cui alla legge n. 689/1981 non sembra comportare l’esercizio di poteri discrezionali in senso proprio” (tra i molti, E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997).

⁵⁰ Proprio l’assenza di una simile copertura normativa ha portato la Corte costituzionale a dichiarare l’illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, degli articoli 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c), e 134, comma 1, lett. c), c.p.a. 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 Consob, nonché dell’art. 4, comma 1, n. 19) dell’All. 4 al c.p.a. (sentenza n. 162 del 2012) e degli stessi articoli del codice 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 Banca d’Italia (sentenza n. 94 del 2014). In mancanza di un’espressa copertura normativa, infatti, il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi al diritto vivente, a mente del quale la potestà sanzionatoria attribuita alla Banca d’Italia ai sensi dell’art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993, al pari di quella conferita, alla stessa Banca d’Italia e alla Consob, dall’art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, ha natura vincolata ed è retta dai principi generali dettati in materia dalla l. 689 del 1981, nella quale non trova spazio l’esercizio di discrezionalità amministrativa (*inter alia*, Cass., Sez. un., nn. 2980 del 2005, 13709 del 2004 e 16577 del 2010).

⁵¹ Fino a questo arresto si sosteneva, anche sulla scorta delle citate Sezioni unite del 2005, che l’art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. delineerebbe una ipotesi di “giurisdizione esclusiva che opera solo sulla carta perché non riguarda le

della legittimità costituzione della suddetta lett. l), se davvero si volessero escludere completamente dal gioco posizioni di interesse legittimo⁵².

Due ordini di ragioni sembrano militare a favore di questa radicale lettura della pronuncia in commento. La prima, di contorno, è che tale ricostruzione pare trovare (almeno) un illustre precursore teorico⁵³.

varie materie di intervento ([...] la concorrenza, ecc.) bensì le controversie sui provvedimenti dell'Autorità e siccome tali provvedimenti sono atti autoritativi discrezionali di fronte ai quali non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo la giurisdizione esclusiva finisce per essere una sorta di competenza per materia sugli interessi legittimi" (così F. SCALFANI, *La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2017, p. 10).

⁵² Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale in base al quale al legislatore è fatto divieto di procedere al riparto per "blocchi di materie" (sent. n. 204 del 2004: "*il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie» nelle quali «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie*"). Questa seconda conclusione è ai limiti del provocatorio, in quanto il Consiglio di Stato è ben consapevole della duplice finalità, sanzionatoria e ripristinatoria, dei provvedimenti dell'Agcm e, con ogni probabilità, ha semplicemente deciso, nella sentenza in commento, di porre maggiore enfasi sulla prima, plausibilmente al fine di rendere più fluido il ragionamento.

⁵³ F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, n. 2/2008, pp. 257 ss. che prende le mosse da una pronuncia particolarmente audace per lo spirito del tempo (Cons. St., Sez VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in cui si attribuiva al g.a. il compito di "*verificare – senza alcuna limitazione – se il potere [...] attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato*", avente quale "*unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità*"), giungendo a fornire una ricostruzione che, almeno negli esiti finali, sembra presentare tratti non dissimili alla pronuncia qui in commento. Vale la pena riportare per esteso i principali snodi logici seguiti dall'A., per coglierne la straordinaria attualità: "[con gli atti delle Autorità di vigilanza] non vengono perseguiti interessi pubblici specifici, né vengono attuati indirizzi di politica amministrativa: tali atti non sono definibili come discrezionali in senso proprio. [...] Il mio convincimento è che i provvedimenti delle Autorità neutrali, e, in particolare dell'AGCM, sono atti che incidono su diritti soggettivi (e non su interessi legittimi)[:] si può pensare che il provvedimento amministrativo sia tale soltanto nella forma, ma non nella sostanza, e che, nel giudizio, venga ad emergenza non tanto l'atto (la legittimità dell'atto) quanto direttamente la situazione soggettiva, che ha natura, come si è detto, di diritto soggettivo[:] da tale campo d'indagine [deve dunque] essere esclusa qualsiasi attenzione al merito dei provvedimenti impugnati, non come limite al sindacato giurisdizionale, ma perché non può esserci merito nei provvedimenti [*recte* – precisa l'A. – "decisioni"] dell'AGCM. [...] La duplice scelta legislativa di affidare al Giudice amministrativo (e va ricordato che in altri Stati, appartenenti al mercato comune europeo, sono state preferite soluzioni diverse) la cognizione delle controversie sui provvedimenti dell'AGCM, e di qualificare (e disciplinare) questa giurisdizione come giurisdizione esclusiva, induce a ritenere che l'intenzione del legislatore fosse quella di fondere la tutela di diritti soggettivi con la struttura (con i presupposti, gli strumenti e i caratteri) del processo impugnatorio. [È] possibile (almeno in via teorica) che il sindacato giurisdizionale esercitato sia totalmente pieno, trattandosi di accertare i fatti e di valutarli alla luce di disposizioni legislative: non ostano a tale tipo di giudizio ragioni né di natura normativa né di sistema. Quel che si intende sostenere, dunque, è che non possono esservi scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate all'Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti, e la loro incidenza su diritti soggettivi. Correlativamente, quello che viene qualificato come un giudizio di legittimità, si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza, o, se si vuole, di persuasività sul piano tecnico delle decisioni delle Autorità. [...] A mio avviso, [l]e valutazioni tecniche, anche se non possono essere considerate totalmente estranee alla *quaestio iuris*, attengono principalmente (o comunque in misura molto maggiore) alla *quaestio facti*. [I]l controllo giudiziario è necessario proprio perché funzionale ad impedire che l'Autorità [- esterna ai "circuito democratico" -] sviluppi una sua politica della concorrenza, travalicando la sua funzione di controllo neutrale, e proponendo un proprio modello «politico», o se si vuole, di indirizzo della concorrenza. [N]on basta affermare che la tesi posta a fondamento del provvedimento

La seconda, teorica, è che parte della dottrina⁵⁴ e della giurisprudenza⁵⁵ sono inclini a ritenere che il potere pubblico, quando privo di discrezionalità (e, dunque, vincolato), si raffronta con posizioni di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in base al criterio del *petitum* sostanziale (art. 103 Cost.)⁵⁶.

In campo antitrust – osserva il Consiglio di Stato – “il tratto «libero» dell’*apprezzamento tecnico* si limit[erebbe] a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche”, le quali rientrerebbero, però, nel perimetro di una fattispecie astratta che, strutturalmente, appare interamente pre-costituita, sul piano della sintesi dell’interesse tutelato, dal legislatore.

Qui il lettore potrebbe non cedere alla suggestione e obiettare che il Consiglio di Stato non avrebbe in realtà inteso riconoscere l’esistenza di posizioni di diritto soggettivo. Semmai – si potrebbe proseguire in tale linea di critica – la pronuncia in commento avrebbe implicitamente aderito a quelle posizioni intermedie che hanno qualificato il potere delle autorità indipendenti come “vincolato, ma vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche”, di modo da non far comunque venir meno “la sequenza norma-potere-fatto”⁵⁷.

dell’AGCM risulta convincente, ma occorre spingersi sino a verificare che essa è la più convincente, tra quelle presenti in giudizio. [L]’unico limite che incontra il sindacato giurisdizionale è quello della sostituzione formale della sentenza del Giudice al provvedimento dell’Autorità, dato che il processo rimane un processo di solo annullamento”.

⁵⁴ Così, a proposito della discrezionalità tecnica, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Vol. II. *Atti e ricorsi*, Milano, 1989, 10: “nella discrezionalità tecnica la facoltà di apprezzamento dell’autorità non viene eliminata, onde sarebbe erroneo identificare gli atti di discrezionalità tecnica con quelli vincolati e ritenere che tutti gli atti di discrezionalità tecnica incidono su diritti soggettivi e come tali rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario”. Specificamente sull’argomento, e con considerazioni piuttosto *tranchant*, F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3/2000, pp. 469 ss. Il tema è approfondito in L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 148 e P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Torino, 2001, pp. 298 ss.

⁵⁵ *Inter alia*, TAR Lazio, Sez I-ter, 18 aprile 2019, n. 5034.

⁵⁶ Tra le molte, Cons. St., Sez III, 27 maggio 2019, n. 3438: “allorché sono controversi beni della vita non investiti dal potere amministrativo, la tutela è affidata al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi (Corte cost. n. 204 del 2004)”.

⁵⁷ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 181 ss. Più nel dettaglio, l’A. ritiene che quando viene in rilievo un “diritto fondamentale” – quale sarebbe, perlomeno a partire dall’entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001, quello di iniziativa economica *ex art.* 41 Cost. (cui l’art. 117, comma 1 Cost. avrebbe di fatto abrogato il comma 3) – “la preminenza del diritto fondamentale esig[erebbe] che il potere amministrativo non sia discrezionale, bensì disciplinato *in toto* dalla legge e che la disciplina della legge avvenga rispettando *in toto* l’essenza del diritto fondamentale”. Ciò non osterebbe, tuttavia, alla configurazione di una posizione (anche) di interesse legittimo in capo all’amministrato. Infatti, muovendosi lungo la “sequenza norma-potere-fatto”, l’Autorità eserciterebbe un potere vincolato, ma pur sempre espressivo di un margine di giudizio, giacché “vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche”. Invero, “l’utilizzo di [simili] concetti [darebbe] luogo a valutazioni complesse di tipo probabilistico, e perciò non esclusive, ma compatibili con altre valutazioni complesse formulabili con riferimento allo stesso concetto giuridico indeterminato e/o alla stessa norma tecnica”. Per converso, con riferimento ai profili strettamente sanzionatori sarebbe invece possibile ravvisare un “rapporto norma-fatto”.

Per il vero, la decisione in parola non sembrerebbe autorizzare una simile lettura, descrivendo in più passaggi una chiara sequenza norma-fatto (o, che dir si voglia, norma-effetto). E infatti non si tratterebbe, secondo il Consiglio di Stato, di sindacare un “fatto «mediato» dall’appreramento dell’Autorità”, bensì, sulla falsariga di quanto avviene nelle azioni civili cc.dd. *stand alone*, di titolare il giudice amministrativo a “verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell’illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico”.

Ad ogni buon conto, per sgomberare il campo da possibili dubbi residui sembra utile soffermarsi brevemente su un ulteriore profilo.

Consideriamo l’orientamento delle Sezioni unite secondo cui, ai fini del riparto di giurisdizione, l’assenza di discrezionalità può rilevare come mero indice sintomatico di una posizione di diritto soggettivo, perché il potere pubblico può rimanere tale anche se vincolato e, dunque, a esser decisiva è la contestuale non funzionalità del suddetto potere al perseguimento di un interesse pubblico⁵⁸.

Ebbene, anche in questa prospettiva la conclusione raggiunta non cambierebbe.

Nella visione del Consiglio di Stato, le norme che disciplinano l’azione dell’Antitrust sono infatti volte a governare i rapporti tra p.A. e cittadini (*recte*: attori del mercato) e, soprattutto, tra singoli attori. Trattasi, pertanto, di norme di relazione, non di azione, le quali, in questo specifico caso, non sarebbero affatto funzionali alla realizzazione dell’interesse pubblico (o meglio, lo sarebbero, ma l’Antitrust non sarebbe portatrice di quell’interesse, che apparterrebbe a tutti gli attori del mercato, cittadini o non, senza bisogno di mediazione alcuna).

⁵⁸ Cass., Sez. un., 19 aprile 2017, n. 9862.

Così ragionando, si finisce in ultima analisi per sgomberare dal campo le nozioni intermedie di “discrezionalità tecnica”⁵⁹ e di “accertamento tecnico”⁶⁰ per ricondurre le valutazioni tecniche compiute dall’Agcm a un’attività di sussunzione (delle circostanze concrete nei concetti giuridici indeterminati) strutturalmente ricompresa nel potere di “accertamento di situazioni di fatto”⁶¹ di cui essa è titolare.

Invero, il Consiglio di Stato non nega che l’Agcm svolga complesse valutazioni tecnico-economiche.

Tuttavia – nel proporre un raffronto con il giudice penale e nel delineare un’attività di “garanzia” avente ad oggetto il rispetto delle “condizioni di contesto” nei legami “inter-privati”⁶² – il Supremo Consesso Amministrativo finisce implicitamente per escludere che l’Autorità garante, operando in modo “arbitrale” (e, dunque, “neutrale”), possa essere portatrice di un interesse pubblico proprio. Tornando all’inizio del ragionamento svolto dal Consiglio di Stato, si tratterebbe, in definitiva, di un’attività di “*decodificazione*” funzionalmente equiparabile a quella svolta da un’autorità giudiziaria, affidata a un soggetto pubblico su cui grava “*la responsabilità istituzionale di estrapolare la norma dalla disposizione*”.

⁵⁹ Cui farebbe fronte una posizione di interesse legittimo, concretandosi questa in un complesso giudizio di sintesi “interno” all’interesse pubblico curato, da eseguire alla stregua di criteri scientifici e non proteso, come la discrezionalità c.d. pura, alla ponderazione “esterna” dell’interesse primario con interessi secondari (in questo senso F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2008, pp. 791 ss.), giacché, in questi casi, fatto salvo il caso della discrezionalità mista, “la scelta (sul comportamento da tenere) fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore” (così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Napoli, 1984, XIV ed., p. 574, in cui si aggiunge come “una volta compiuta [una] valutazione [che esprime discrezionalità tecnica], l’autorità amministrativa è poi vincolata (salvo che disponga anche di discrezionalità amministrativa [c.d. “discrezionalità mista”]) a provvedere in quel certo modo che l’ordinamento prevede per l’ipotesi che l’apprezzamento tecnico contribuì a far riconoscere”). Per delle ipotesi di discrezionalità mista, si consideri, ad esempio, “*in tema di V.I.A., il giudizio di compatibilità ambientale, in quanto implica una valutazione anticipata finalizzata alla tutela preventiva dell’interesse pubblico, non si risolve in un puro e semplice giudizio tecnico, ma presenta comunque profili elevati di discrezionalità amministrativa e, pertanto, si parla di discrezionalità mista, a fronte della quale il sindacato giurisdizionale è ristretto ai casi di illogicità manifesta, errore di fatto, difetto di istruttoria e di motivazione*” (TAR Veneto, Sez II, 14 giugno 2010, n. 2512). Oppure, per fare un altro esempio, se in materia di appalti le valutazioni sulle offerte tecniche svolte dalla Commissione di gara esprimono senz’altro elevata discrezionalità tecnica (Cons. St., Sez III, 10 settembre 2019, n. 6127), non altrettanto può dirsi per la successiva decisione della stazione appaltante se aggiudicare o meno quella gara (Cons. St., Sez V, 27 novembre 2018, n. 6725).

⁶⁰ IB., in cui si chiarisce come l’accertamento tecnico si risolva in un “accertamento di un fatto verificabile in modo indubbio in base a conoscenze e a strumenti tecnici di sicura acquisizione (p. es. constatazione della gradazione alcoolica di un liquore ai fini della determinazione dell’imposta di fabbricazione o del dazio doganale)”. L’accertamento tecnico richiede un “calcolo” o, come piace, una “misurazione”, il cui incontrovertibile risultato costituisce il solo presupposto dell’azione o inerzia, potendo dunque sfociare, a seconda della natura del potere “servito”, indifferentemente in posizioni di interesse legittimo o diritto soggettivo.

⁶¹ Testualmente, R. VILLATA - G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996, in cui si aggiunge che “all’accertamento di un fatto, non alla ponderazione di interessi, sono finalizzati anche i procedimenti sanzionatori, quelli afflittivi per le sanzioni pecuniarie, interdittive e disciplinari”. In tali casi l’accertamento esaurisce la sequenza procedimentale e non si richiede una vera e propria interposizione della p.A. – se non meramente attuativa o esecutiva – tra norma attributiva e soggetto amministrato, scontrandosi dunque con diritti soggettivi.

⁶² In dottrina ha sposato tale tesi A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, p. 107. In particolare, l’A. ha ravvisato nella svolta verso il c.d. *more economic approach* registratasi nel diritto della concorrenza europeo intorno agli anni ‘70-‘80 un ritorno alla originaria concezione inter-privatistica della concorrenza, cui farebbe fronte un “potere vincolato” dell’Antitrust (p. 121).

Così ricostruita – pur con alcune licenze interpretative, che però paiono a onor del vero obbligate – l'essenza del *decisum*, possono ora evidenziarsene le fragilità.

La critica si articola su cinque livelli: una questione preliminare di opportunità giuridica; la non perfetta congruenza del sillogismo proposto; la ritenuta natura non discrezionale del potere esercitato dall'Antitrust; il limite incontrato dal giudice davanti alle “soluzioni equivalenti”; le ricadute processuali che questo orientamento, ove portato a estreme conseguenze, potrebbe sortire.

3.1 Sull'opportunità giuridica del *revirement*

Quanto al profilo dell'opportunità giuridica, ci si limita a rilevare come il tentativo (pur nobile) di riconsiderare, dopo anni di costante giurisprudenza, la struttura della norma sostanziale attributiva del potere difficilmente può giustificarsi sulla base di un fattore, per quanto rilevante, comunque esogeno rispetto a quella norma, ossia la sopravvenuta entrata in vigore della direttiva sul *private enforcement*. Il lettore ha l'impressione di assistere a un'operazione cosmetica certamente elegante, ma postuma e tardiva. In altri termini, una forzatura concettuale teleologicamente orientata – come in linea teorica condivisibile – a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale. Ma, pur sempre, una forzatura concettuale.

3.2 Sul (non perfetto) sillogismo

Dal punto di vista del sillogismo, va detto che qualcosa non torna.

Tra le premesse maggiori del ragionamento, grande spazio ed enfasi vengono attribuiti alla natura “quasi-penale” delle sanzioni antitrust e alla portata precettiva dell'art. 6 Cedu, aspetti che addirittura avrebbero segnato, da soli, l'evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto⁶³.

⁶³ Questa affermazione sembra per il vero sovradimensionare l'impatto della problematica del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Agcm sul processo amministrativo: l'evoluzione del sindacato ha investito tutte le aree del diritto amministrativo e si sarebbe con ogni probabilità registrata a prescindere dalla problematica in questione (che certamente può aver accelerato il corso degli eventi). Non sono mancati, del resto, autorevoli studi che hanno auspicato un sindacato pervasivo a tutto campo sull'agire amministrativo: V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 ss.; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 1101 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003 (più recentemente l'A., agganciandosi all'impostazione di A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche* op. cit., ha osservato che “la nozione di discrezionalità, grazie al comune *medium* linguistico, si è estesa anche alle premesse di fatto della decisione, portando all'idea che attenga al merito, e perciò non sia sindacabile se non per macroscopici vizi di illogicità la valutazione di quelle applicative di clausole generali”, aggiungendo altresì che “lo scivolamento di questioni cognitive sul piano giuridico, verso il confine del controllo sulla decisione, e il rifiuto di un confronto diretto col fatto appare perciò la principale ragione dell'estensione abnorme della tecnica del controllo di eccesso di potere, con l'uso di strumenti di logica formale (principio di non contraddizione, di rilevanza, ecc.) con cui è costruito quel vizio, posti agli antipodi di un reale accertamento del fatto”: cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti*

Tuttavia, l'intero discorso successivo si regge sulla struttura della norma attributiva del potere.

Ora, se è vero che è la stessa fattispecie giuridica ad autorizzare, per come costruita, un sindacato “di maggiore attendibilità”, giacché contempla la vicenda complessa nella prospettiva del fatto storico, allora, pare, non v'è ragione di scomodare la Cedu per conseguire un simile risultato, che è mera proiezione, sul piano processuale, dell'istituto sostanziale⁶⁴.

3.3 Sulla discrezionalità amministrativa (pura e tecnica) dell'Agcm

È ora possibile focalizzarsi sulle basi teoriche del ragionamento proposto dalla Sesta Sezione.

Qui, a dare nell'occhio è anzitutto l'“illustre” assenza, nell'articolato motivazionale della pronuncia in commento, del recente arresto con cui la Corte costituzionale ha negato la legittimazione dell'Agcm a sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale⁶⁵. Buona parte di quella decisione, che non viene neanche richiamata⁶⁶, si è infatti fondata proprio sulla “*natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*”. Secondo la Consulta, l'Agcm, “*al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale*”⁶⁷.

di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati, in *federalismi.it*, n. 11/2018, pp. 7 e 11).

⁶⁴ È possibile, allora, che nell'ambito di questa sentenza “didattica” il richiamo alle Cedu sia stato compiuto più per completezza di riferimenti e per rafforzamento dell'impianto argomentativo che per esigenze di continuità logica del ragionamento.

⁶⁵ Cfr. sentenza n. 13 del 2019, resa sull'ordinanza di rimessione dell'AGCM n. 1 del 3 maggio 2018 (cfr. A. D'URBANO, *Perché l'Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l'insufficienza del contraddittorio “verticale”*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3/2019, pp. 95 ss.). Per un commento critico all'ordinanza di rimessione, si veda F. APERIO BELLA, “*Ceci n'est pas une note de jurisprudence* cit., nonché il monotematico su *federalismi.it*, nn. 14 e 15/2018. Per un'apertura all'accesso incidentale alla Corte costituzionale dell'Agcm, si vedano G. AMATO, *Conclusioni* al Convegno internazionale “La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali”, Roma, 20-21 novembre 1995, collana *Temi e problemi*, disponibile alla pagina <http://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01PR.PDF> e A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, in AA.VV., *Atti del Convegno di Roma – Tar Lazio, 1° marzo 2006, su Politica, Economia, Giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia*, Quaderni della Rassegna forense, 7, Milano, 2007, pp. 131 ss. Assai meno possibilista, sul punto, il Presidente del TAR del Lazio: C. VOLPE, Intervento alla V conferenza AAI, *Recenti sviluppi nell'antitrust italiano ed europeo*, sessione del 23 maggio 2019.

⁶⁶ La notazione – si badi – è puramente extra-giuridica: resta fermo che un *obiter dictum* di una sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale non vincola in nessun modo il giudice amministrativo.

⁶⁷ Così è stato sostenuto da attenta dottrina con riferimento al potere di sollecitazione di cui all'art. 21-bis l. 287/1990, come noto suscettibile di legittimare l'Antitrust, in ultima istanza, ad agire in giudizio avverso altre Amministrazioni (titolari di altri interessi pubblici): cfr. Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *federalismi.it*, n. 12/2012; ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.astrid-online.it; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso*

Non sembra, per il vero, una posizione agevolmente conciliabile con le statuizioni del Consiglio di Stato. Anzi, la distanza appare ragguardevole, giacché da un lato si afferma la titolarità di una discrezionalità amministrativa “pura”, dall’altro si nega persino l’esistenza di una discrezionalità tecnica (o meglio, la si spoglia della propria funzionalità a realizzare l’interesse pubblico curato, equiparandola al margine di apprezzamento di un giudice).

Per il vero, l’Autorità è titolare di poteri dei quali il giudice, penale o civile che sia, non dispone. Poteri cui fanno fronte, secondo un convincimento oramai risalente, posizioni di interesse legittimo⁶⁸.

A prescindere dalle peculiarità – correttamente richiamate dalla Consulta – del potere di sollecitazione *ex* art. 21-*bis* legge n. 287/1990, in cui l’Autorità mostra di essere portatrice di un interesse proprio (viceversa si ricadrebbe in una ipotesi di giurisdizione oggettiva di dubbia legittimità costituzionale), giova svolgere alcune brevi riflessioni sulla conformazione originaria della legge istitutiva, al fine di dimostrare che l’Agcm è nata, sin dal principio, come soggetto pubblico dotato di elevata discrezionalità⁶⁹.

Il discorso porterebbe molto lontano ed è stato oggetto di analitici studi che meglio e *funditus* si sono occupati della questione⁷⁰.

ed individuazione dell’interesse alla sollecitazione del sindacato, in www.giustamm.it, 2012, p. 10. In giurisprudenza, tale posizione è stata accolta sin da TAR Lazio, Sez III-*bis*, (non definitiva) 15 marzo 2013, n. 2720; TAR Lazio, Sez II, 6 maggio 2013, n. 4451; nonché, sia pure in termini più impliciti, già in Corte cost., sentenza n. 20 del 2013 (in argomento sia concesso il rinvio a M. CAPPALÀ, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Il Foro amm. TAR*, n. 5/2013, pp. 1607 ss.).

⁶⁸ In dottrina, v. già M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, pp. 115 ss. In giurisprudenza, l’affermazione si rinviene sin da TAR Lazio, Sez I, 5 maggio 1994, n. 652.

⁶⁹ In dottrina, variegata tesi hanno accompagnato la conformazione del potere dell’Antitrust. Solo per richiamarne i principali macro-prototipi (e, dunque, senza pretese di esaustività), si rimanda ad A. POLICE, *Teoria della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, che intravede anche spazi di discrezionalità pura (l’idea attraversa l’intero tomo, ma v. in particolare pp. 246-251); a M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 43 e a F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo* op. cit., nt. 4, in cui si conclude per la riconducibilità delle decisioni dell’Antitrust alle valutazioni tecnico-discrezionali (che il secondo A. ritiene, così come la “discrezionalità pura”, assimilabili al “merito”, da cui queste si discosterebbero unicamente per il fatto di guardare a un unico interesse); per delle posizioni mediane, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001, pp. 369 ss., in cui si descrive la funzione antitrust come attività amministrativa “secondaria” di autotutela “esecutiva” in senso ampio, che lascerebbe in capo all’Autorità un “margine di valutazione che tuttavia non attiene alla determinazione «normativa» (discrezionale in senso stretto) dell’assetto di interessi, ma alla «regolazione della riduzione in pristino»”, nonché F. CARDARELLI, *Commento agli artt. 145-151*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2004, p. 634, il quale riconosce negli atti delle autorità indipendenti l’esistenza di una “discrezionalità (non amministrativa in senso pieno)”, precisando che si tratterebbe non di esercizio “di discrezionalità amministrativa, né merito amministrativo, ma esercizio di discrezionalità legata alle opzioni interpretative riguardanti le norme di legge e la loro interpretazione, ed una discrezionalità tecnica «legata alla necessità di integrare il parametro normativo con la tecnica dei concetti giuridici indeterminati»”.

⁷⁰ Oltre a M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri* op. cit., in modo particolare A. POLICE, *Teoria della concorrenza* op. cit.

Molto e bene è stato infatti scritto in ordine ai margini di discrezionalità sottesi alle decisioni con impegni *ex art. art. 14-ter* legge n. 287/1990⁷¹, al potere di adottare programmi di clemenza *ex art. 15*, comma 2-*bis* legge n. 287/1990⁷², latore di una scelta di politica sanzionatoria di fondo, e al potere di autorizzazione in deroga (*recte*: “dispensa”⁷³) delle intese restrittive *ex art. 4* legge n. 287/1990.

Alcune considerazioni meno battute sembrano poter essere utilmente aggiunte in questa sede con riferimento al carattere discrezionale degli atti posti ai due estremi della catena procedimentale: l’atto di avvio e il provvedimento finale. Ricordando che, secondo un risalente insegnamento, la discrezionalità amministrativa può ricadere sull’*an*, sul *quid*, sul *quomodo* e sul *quando* dell’agire⁷⁴.

Partiamo dall’inizio: l’atto di avvio.

È argomento condivisibile che questa fase sia connotata da una lata discrezionalità sull’*an*⁷⁵, e, dunque, pura⁷⁶. In questo stadio embrionale, infatti, si programma e disegna la politica della concorrenza, nel senso che la decisione se avviare o meno un’istruttoria è fortemente influenzata dall’“idea del mercato” che il Collegio ha maturato in un determinato contesto socio-politico-economico e della conseguente “agenda” delle priorità, in termini di campi e condotte cui assegnare una corsia preferenziale, anche al fine di meglio orientare – se si crede – la politica della concorrenza alla realizzazione di finalità “macro-economiche” e “redistributive”. Davvero significative, al riguardo, le parole del Presidente uscente Pitruzzella, ove si sottolinea come gli obiettivi di *fairness* e riduzione delle diseguaglianze che, almeno nella visione della sua

⁷¹ Pure troppo estesi, secondo F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l’uso e l’abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 447 ss. Per una trattazione a tutto tondo sul tema, si rimanda all’itinerario di studi L. DE LUCIA - V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, 2011, pp. 509 ss. e *Poteri amministrativi sanzionatori e impegni dei privati nella legislazione italiana a tutela della concorrenza*, in A. SADDY - A. LINARES MARTÍNEZ (a cura di), *Direito das infraestruturas. Um estudo dos distintos mercados regulados*, Rio de Janeiro, 2011, pp. 1089 ss.; V. MINERVINI, *Le “decisioni con impegni” nella disciplina dei mercati regolamentati*, in D. CORLETTI (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012, pp. 201 ss. e *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Conc. e merc.*, 2013, pp. 163 ss.

⁷² V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1/2007, pp. 201 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L’esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, pp. 61 ss.; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, pp. 389 ss.; J. BERTONE - M. MAGGIOLINO, *L’introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1370 ss.

⁷³ Perché l’autorizzazione è regola, la dispensa eccezione: v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 101, cui aderisce A. POLICE, *Teoria della concorrenza* op. cit., p. 199, ravvisando un “ampio margine discrezionale quanto alla sussistenza dei presupposti per la concessione della dispensa”.

⁷⁴ Mutuando il vocabolario di P. VIRGA, *Diritto amministrativo* op. cit., p. 7.

⁷⁵ A. POLICE, *Teoria della concorrenza* op. cit., p. 163, ma così anche F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Il dir. dell’econ.*, n. 1/2010, pp. 23 ss. e F. APERIO BELLA, *Ceci n’est pas cit.*, p. 299, che, in controluce con l’art. 112 Cost., pone l’accento sulla non obbligatorietà dell’azione amministrativa dell’Agcm.

⁷⁶ Argomento *a contrario* *ex* P. VIRGA, *Diritto amministrativo* op. cit., p. 10, in cui si spiega che nei casi di discrezionalità tecnica “l’autorità amministrativa dispone sempre di un margine di apprezzamento in ordine a qualcuno degli oggetti della discrezionalità (*quid*, *quomodo*, *quando*)”.

presidenza, l'Antitrust mira a realizzare non si raggiunga tanto in corso di procedimento con l'utilizzo (forzato e distorto) della "cassetta degli attrezzi" di cui è dotata l'Autorità, quanto piuttosto nella fase embrionale di genesi dell'istruttoria, con l'accorta scelta dei campi economici in cui, anche in un contesto di risorse scarse, programmare gli interventi⁷⁷.

Fino ai recenti (e altalenanti) sviluppi in ordine all'applicabilità dell'art. 14 legge n. 689/1981 ai procedimenti antitrust⁷⁸, per l'atto di avvio poteva parlarsi anche di discrezionalità nel *quando*⁷⁹.

Ma soprattutto – si aggiunge qui – la forma di discrezionalità più consistente attiene al *quomodo*.

Prendiamo il caso, più comune di quanto si possa pensare, in cui una legge o un atto amministrativo finiscano per permettere, facilitare o addirittura imporre alle imprese la tenuta di un comportamento anticoncorrenziale.

È oramai acquisito che, se il quadro normativo-amministrativo nazionale lascia alle imprese un margine di autonomia nella condotta, queste ultime restano pur sempre perseguibili alla stregua delle norme, sia euro-unitarie (artt. 101-102 TFUE) che nazionali (artt. 2-3 legge n. 287/1990), di tutela della concorrenza per gli illeciti eventualmente commessi. Al contrario, laddove la condotta venga imposta all'impresa, questa non può essere sanzionata⁸⁰, conformemente ai principi di diritto interno vigenti in materia⁸¹.

In questi casi, se contesta, in qualità di amministrazione decentralizzata per l'attuazione del diritto europeo⁸², la violazione di norme euro-unitarie⁸³, l'Autorità nazionale è chiamata a disapplicare le norme nazionali (o regionali) incompatibili con il Trattato, secondo l'insegnamento del caso CIF⁸⁴ (più discussa, invece, è

⁷⁷ “Certamente le politiche di contrasto alle disuguaglianze riguardano settori e attori politico-istituzionali diversi dalle Autorità della concorrenza. Tuttavia, anche un efficace *enforcement* antitrust ha un ruolo da giocare. Infatti, l'attuazione del diritto della concorrenza riduce le rendite di posizione, che equivalgono a un'appropriazione di risorse da parte di chi ha un elevato potere di mercato, togliendole agli altri. Quando il *market power* è incontrastato, si realizza un incremento del *surplus* del produttore che aumenta la ricchezza degli azionisti e dei *top manager*, cioè di coloro che si trovano nella parte alta della distribuzione dei redditi. Per questa ragione un filone di pensiero autorevole – da Stiglitz a Piketty, da Fox a Baker e Salop – proprio negli anni della crisi ha auspicato il rinvigorimento dell'intervento antitrust come mezzo efficace per contrastare le disuguaglianze. Queste finalità hanno inciso [...] sulla scelta delle priorità e sulle *policies* concretamente seguite negli ultimi sette anni” (cfr. Relazione annuale AGCM 2017, Presentazione del Presidente Giovanni Pitruzzella, p. 5).

⁷⁸ In argomento, C.B. CALINI, *Procedure antitrust in Italia*, Milano 2018, pp. 48 ss.

⁷⁹ A. POLICE, *Teoria della concorrenza* op. cit., p. 169.

⁸⁰ V. *inter alia* Tribunale UE, Sez III, 30 Settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e al. C. Commissione UE*, § 1130.

⁸¹ Art. 4 l. 689/1981.

⁸² Cons. St., Sez VI, 21 marzo 2005, n. 1113 evidenzia come il Regolamento CE n. 1/2003 “*qualific[hi] a tutti gli effetti l'autorità nazionale come organo nazionale operante in funzione comunitaria*”.

⁸³ Lo stesso non può a rigore avvenire quando l'Agcm contesti la violazione di norme interne, come riconosciuto anche da G.M. ROBERTI nell'intervento al Convegno “L'Antitrust come Giudice *a quo*?”, Roma, 18 Luglio 2018.

⁸⁴ Corte di Giustizia, causa C-198/01, Sezioni riunite, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (C.I.F.) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, su cui B. NASCIMBENE, *The European Court of Justice and the Powers of the Italian Antitrust Authority: the CIF Case*, in *European Public Law*, n. 10/2004, 4, pp. 623 ss. e, in senso critico, M. ESPOSITO, *Il potere di disapplicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tra atto politico e misure interdittali*,

stata la sorte degli atti amministrativi viziati da illegittimità-euro-unitaria⁸⁵, aspetto sul quale la giurisprudenza amministrativa ha implicitamente fornito, *in subiecta materia*, una risposta affermativa⁸⁶.

Come evidente, l'individuazione, ad opera di Agcm, della (assai labile) linea di confine che separa atto "dovuto" e atto "voluto" può tradursi in un accertamento molto complesso e ampiamente questionabile⁸⁷.

Ma non è questo il profilo che preme evidenziare in questa sede.

in *Giustamm*, n. 4/2004. Il giudice del rinvio ha dunque preso atto del fatto che "rientra nelle competenze istituzionali dell'Autorità «il potere-dovere di verificare la compatibilità delle norme legislative nazionali con le regole del diritto comunitario della concorrenza, e di disapplicare le prime nell'eventualità di accertato conflitto con le seconde»" (TAR Lazio, Sez I, 6 ottobre 2004, n. 10325).

⁸⁵ Tale potere è stato ad es. negato in P.G. MARCHETTI - L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza (antitrust, concorrenza sleale, pubblicità, marchi, brevetti, diritto d'autore)*, Padova, 1997, pp. 2004 ss. e, con campo di indagine più ampio rispetto al diritto antitrust, N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, n. 4/2008, pp. 3635 ss., in cui si sottolinea come la "disapplicazione amministrativa" rappresenti un rimedio "abnorme" (richiamando sul punto Cons. St., Sez II, 15 febbraio 2006, n. 4381 e *Id.*, Sez V, 10 gennaio 2003, n. 35, ove si afferma che "il primato del diritto comunitario, pur costituendo il parametro di legittimità dell'atto amministrativo interno non snatura l'atto stesso che resta efficace ed esecutivo fino al suo annullamento"). F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2003, pp. 43 ss. dà conto che nel caso *Ciola* è stato sancito l'obbligo del giudice nazionale (austriaco) di disapplicare un provvedimento sanzionatorio per illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo (puntuale e concreto) presupposto (Corte di giustizia, 29 aprile 1999, causa C-224/97). Ivi si sottolinea come da tale orientamento possa derivare una sorta di reviviscenza giudiziaria del provvedimento amministrativo oramai inoppugnabile. In materia antitrust, si sono mostrati favorevoli alla possibilità di disapplicazione M. DE VITA, *Misure normative e applicabilità alle imprese della legge antitrust*, in *Temi e Problemi*, 5, <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tp005.PDF>, luglio 1997, p. 29 ("qualora sia la misura amministrativa ad introdurre direttamente una regolamentazione restrittiva, quest'ultima potrebbe essere considerata inidonea ad offrire alle imprese cui si rivolge una valida copertura rispetto all'applicabilità nei loro confronti della l 287/90 e essere quindi disapplicata nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento di un singolo caso di specie") e, più approfonditamente, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, p. 355 (secondo cui "va richiamato il principio di disapplicabilità anche nel contesto del regime di invalidità degli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario. In tal senso, la disapplicabilità risulta un potere/dovere generale esercitabile nei confronti degli atti amministrativi nazionali contrastanti con qualsiasi atto comunitario immediatamente applicabile [...]. Se tali effetti, rapportati ai caratteri degli atti normativi, sono oramai pacificamente accolti per le leggi malgrado lo stravolgimento che ciò comporta per il sistema costituzionale delle fonti ed il relativo processo costituzionale, per coerenza deve riconoscersi che lo stesso regime non può non valere anche per gli atti amministrativi").

⁸⁶ Nel provv. Agcm n. 15310 del 29 marzo 2006 sul caso A365 – *POSTA ELETTRONICA IBRIDA* l'Autorità ha accertato l'incompatibilità del decreto del Ministero delle Comunicazioni del 18 febbraio 1999 con gli artt. 10, 82 e 86 TCE. Nondimeno, nel caso di specie la disapplicazione non si è resa in concreto necessaria per la sopravvenuta abrogazione del suddetto decreto ad opera del successivo decreto del 17 febbraio 2006. Il TAR Lazio non ha compiuto rilievi sul punto, interamente confermando il relativo capo del provvedimento controverso (Sez I, 9 gennaio 2013, n. 12, non appellata).

⁸⁷ Significativo, di recente, il provv. Agcm n. 27359 del 25 settembre 2018, sul caso A508 - *SLAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE*, in cui da un lato l'Autorità ha ritenuto che "le condotte contestate [a SIAE] in merito alla delegittimazione di Soundreef (e più in generale dei concorrenti) innanzi agli organizzatori di eventi musica dal vivo [...] e alle emittenti TV [...], appaiono riconducibili ad un'attività sistematica di indebite pressioni nei confronti degli utilizzatori, che si è spinta fino alla minaccia di possibili conseguenze di natura penale e civile, piuttosto che limitarsi ad un'affermazione o difesa della riserva ex art. 180 LDA" (§ 259), di cui si era ipotizzata la disapplicazione per contrarietà al diritto europeo in sede di avvio del procedimento; dall'altro, ha irrogato una sanzione simbolica di 1.000 euro, complice l'incertezza del quadro normativo di riferimento.

L'aspetto che sembra davvero significativo è che, anche nei casi in cui il contesto normativo-regolamentare si limiti semplicemente a permettere, facilitare o incentivare un determinato comportamento illecito, poi effettivamente tenuto da una o più imprese, l'Autorità resta pur sempre libera di dosare il proprio intervento, optando, a seconda dei casi, per l'avvio di un'istruttoria nei confronti dell'operatore interessato, per l'esercizio di uno dei propri poteri di *competition advocacy* nei confronti del potere pubblico⁸⁸ o, ancora, per entrambe le soluzioni (oltre che – s'è visto – per un'archiviazione, laddove, nel contesto di risorse scarse e di pianificazione dell'agenda in cui opera la p.A., il settore colpito non risulti in priorità).

Si tratta di una valutazione ampiamente discrezionale, che involge, a ben vedere, i principi di corretto impiego delle risorse pubbliche e, soprattutto, di proporzionalità⁸⁹.

⁸⁸ Così, in presenza di una legge dagli effetti anticoncorrenziali, l'Autorità potrà inviare una segnalazione alla P.d.C.M. o alla Regione oppure, più ritualmente, segnalare i propri rilievi nella proposta di legge annuale sulla concorrenza. Nel caso in cui gli atti in questione presentino natura amministrativa, l'Autorità potrà invece attivare i poteri di segnalazione, parere e sollecitazione di cui agli artt. 21, 22 o 21-bis l 287/1990. Per una più esaustiva rassegna sui poteri di *competition advocacy* dell'Agcm, si rinvia ad A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2012; G. FONDERICO, *Le segnalazioni dell'Autorità antitrust e la politica della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2009, pp. 83 ss.; A. SCHETTINO, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di "advocacy"*, in *Il dir. un. eur.*, n. 3/2014, pp. 521 ss. A proposito delle origini sociali del fenomeno della c.d. regolazione distorsiva, v. A. CATRICALÀ – A. LALLI, *L'antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, p. 118, secondo cui "il contenuto di simili discipline sovente coincide con la tutela degli interessi di alcuni gruppi particolari a scapito di quelli della collettività [...]. È noto infatti come i gruppi d'interesse più piccoli, come in generale quelli delle imprese di un determinato settore, riescano molto più efficacemente dei gruppi più grandi, come in particolare quello dei consumatori, a individuare la regolazione per essi più conveniente e conseguentemente a organizzare un'azione di pressione sul decisore politico".

⁸⁹ In argomento, cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Secondo M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2015, p. 154, il principio di proporzionalità costituisce specificazione di un principio ancora più generale, di natura in realtà pre-giuridica, ossia il principio di ragionevolezza. La violazione del principio di proporzionalità, come noto, può essere dedotta come eccesso di potere e/o che come violazione di legge. Le interferenze tra il vizio-motivo dell'eccesso di potere, il principio di proporzionalità e i limiti al sindacato sulle scelte discrezionali sono ben colte in E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere* op. cit.: "Il terreno in cui più si coglie il mutamento qualitativo del sindacato giurisdizionale è quello che vede nel processo il luogo di emergenza della regola idonea ad orientare la condotta successiva dell'amministrazione. E forse, alla luce di quanto osservato in ordine alla indistinzione tra gli stati invalidanti, è questo il terreno a cui propriamente, se non esclusivamente, è riferibile concettualmente l'eccesso di potere rispetto alla violazione di legge. L'indirizzo ampliativo dell'eccesso di potere si delinea attraverso una serie di accorgimenti volti a ricostruire tramite inferenze «i limiti della discrezionalità». Ciò avviene attraverso la elaborazione del «presupposto» su cui si fonda l'esercizio del potere, e - per meglio dire - per il tramite dell'individuazione di quanto è richiesto sul piano dell'azione amministrativa per la identificazione delle situazioni di fatto idonee a dar vita all'esercizio di quel (determinato tipo di) potere. [...] L'obbligo di valutazione di soluzioni alternative implica - oltre alla realizzazione dell'interesse normativo - anche la soddisfazione o il minor sacrificio dell'interesse privato. Secondo il «principio di proporzionalità» assunto dalla «legge generale sull'azione amministrativa» tra «i principi generali dell'attività amministrativa» l'ipotesi alternativa deve presentare, ai fini della doverosità di valutazione, requisiti di equivalenza con l'ipotesi elaborata dall'amministrazione". Secondo D.U.

Utilizzando la tripartizione propria del *test* di proporzionalità accolto, sulle radici dell'esperienza tedesca, dalla giurisprudenza nazionale, sembra che nella fase genetica del potere grande spazio sia riconosciuto all'Agcm con riferimento al requisito della "idoneità" (cui, come noto, seguono quelli di "necessarietà" e di "adeguatezza" o "proporzionalità in senso stretto"⁹⁰).

Non si tratta, si badi, di un caso di scuola.

In funzione di giudice (di merito) dell'ottemperanza, il Consiglio di Stato è stato investito della questione se, laddove il giudice dell'annullamento abbia annullato l'archiviazione di un esposto per abuso di posizione dominante, disponendo la sollecita riedizione dell'attività di accertamento e nominando, a tal fine, un commissario *ad acta* (nella persona del Segretario generale dell'Antitrust)⁹¹, e laddove la conseguente rieffusione di potere abbia portato l'Agcm a determinarsi per la trasmissione di un parere *ex art. 22* legge n. 289/1990 verso l'autore pubblico della "regolazione distorsiva"⁹² in luogo dell'avvio di un'istruttoria, ciò possa determinare una violazione o elusione di giudicato.

Ebbene, in riforma della sentenza di primo grado⁹³, il Consiglio di Stato, dopo aver ristretto il perimetro del *dictum* ottemperando (da intendersi, nella specie, come limitato al solo obbligo di esperire più approfonditi accertamenti pre-istruttori), vestendo nuovamente i panni del giudice (di legittimità)

GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 172, "l'applicazione del principio di proporzionalità [...] ha reso il sindacato del nostro giudice amministrativo più «sostanziale», poiché si tratta di uno strumento che consente, attraverso l'indagine tendenzialmente trifasica che esso implica, un esame ben più stringente dell'uso fatto, da parte della amministrazione, della propria discrezionalità". Nondimeno – è noto – la giurisprudenza tende a individuare un limite invalicabile alla esplicazione del *test* di proporzionalità, in quanto "*l'applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il suo corollario in campo disciplinare rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio, non consentono in via ordinaria al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, nondimeno un siffatto sindacato ab externo risulta comunque possibile quante volte le determinazioni dell'Amministrazione presentino profili di palese incongruità*" (*ex multis*, Cons. St., Sez VI, 12 novembre 2008, n. 5670).

⁹⁰ Invero, il principio di proporzionalità richiede "*che l'azione amministrativa sia conforme non solo al criterio di idoneità (secondo cui il mezzo impiegato deve essere suscettibile di conseguire il fine perseguito), ma anche al criterio di necessità (per il quale l'obiettivo deve essere raggiunto attraverso il minimo sacrificio degli interessi configgenti) e di adeguatezza (che comporta che il potere amministrativo venga esercitato nella giusta misura)*" (Cons. St., Sez IV, 1° ottobre 2004, n. 6410).

⁹¹ TAR Lazio, Sez I, 9 settembre 2015, n. 11132 (non appellata).

⁹² Segnalazione AS1265 - *ATTIVITÀ DI CONTROLLO PER LE DENOMINAZIONI DI ORIGINE PROTETTA E LE INDICAZIONI GEOGRAFICHE PROTETTE NEL SETTORE VINOICOLO*, 17 marzo 2016, indirizzata al Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, al Ministro per lo sviluppo economico, al Presidente di Unioncamere e al Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome. Nelle more del doppio grado di giudizio, l'Autorità aveva dovuto avviare un'istruttoria per possibile violazione dell'art. 3 della l. 287/1990 (prov. n. 26214 del 17 ottobre 2016, di avvio del caso A501 - *CAMERE DI COMMERCIO-MERCATO DEI SERVIZI DI CERTIFICAZIONE DEI VINI DI QUALITÀ*), successivamente conclusa con provvedimento, successivo alla sentenza di appello, di non luogo a provvedere (Prov. n. 26564 del 27 aprile 2017). Per delle riflessioni concorrenziali sui contenuti della Politica agricola comune nel comparto vitivinicolo, si veda, proprio a partire dalla segnalazione qui richiamata, L. ARNAUDO, *In vino auctoritas. L'industria vinicola tra consorzialismo e co-opetition*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2/2016, pp. 313 ss.

⁹³ TAR Lazio, Sez I, 5 luglio 2016, n. 7732, su cui v. M. FILICE, *Il problematico confine fra i poteri dell'Agcm e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2017, pp. 389 ss.

dell'annullamento ha in termini assai nitidi affermato che “*resta [...] discrezionale [la scelta] sia delle modalità di acquisizione istruttoria delle informazioni [...], sia dell'apprezzamento della rilevanza giuridica delle notizie così ottenute [...], sia, infine, della configurazione di infrazioni alle regole della concorrenza*”.

Di più. Addentrandosi nel cuore della questione, il Consiglio di Stato non ha rinunciato a esperire un sindacato, per quanto estrinseco (e, forse, persino eccedente i limiti della domanda, una volta ridefinita la portata del giudicato), sulla “idoneità” dello strumento scelto per curare l'interesse pubblico⁹⁴. Invero, in quella sede il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la “*funzione di Advocacy [...] lungi dall'integrare un'iniziativa solo formale e inefficace, obbedisce proprio all'esigenza di correggere le distorsioni del funzionamento concorrenziale del mercato di riferimento, per mezzo della rappresentazione delle criticità regolative alle Autorità competenti a rimuoverle e a rettificarle e, se rettamente utilizzato, costituisce uno strumento estremamente efficace e utile per emendare il mercato dalle distorsioni riscontrate (Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818). La segnalazione non può, quindi, essere derubricata a rimedio «minore» o, addirittura, inutile, ai fini che qui rilevano, costituendo, al contrario, a fronte di distorsioni competitive originate da criticità regolative, lo strumento più efficace a ricondurre il mercato di riferimento alle sue corrette dinamiche concorrenziali*”.

Una volta negata l'esistenza di supposte gerarchie normative tra i poteri alternativamente esercitabili dall'Antitrust, è evidente che l'opzione per uno o per l'altro risponderà a una scelta squisitamente discrezionale, come tale di regola non censurabile dal giudice amministrativo, salvi casi limite. Del resto, l'ordinamento attribuisce all'Autorità garante diversi poteri, ma non pone norme di diritto positivo preordinate a regolarne l'interazione e i rapporti. Minore l'estensione del principio di legalità, minori gli spazi di sindacato.

Ora, sembra che la discrezionalità sull'*an* e sul *quomodo* riservata all'Agcm nella fase embrionale della propria azione sia difficilmente accostabile a un modello giurisdizionale.

Arriviamo così *per saltum* alla chiusura del procedimento.

Attenta dottrina ha posto nella corretta luce la natura (non solo sanzionatoria, ma anche e) soprattutto ripristinatoria dell'azione antitrust.

In particolare, nel commentare la natura mista del provvedimento finale con cui l'Agcm accerta l'illecito anticoncorrenziale, si è sottolineato – richiamando sul punto il consolidato orientamento delle Sezioni unite⁹⁵ – come questo, di regola, non si risolva nella sola irrogazione di una sanzione pecuniaria, ma

⁹⁴ Cons. St., Sez. VI, 12 aprile 2017, n. 1708.

⁹⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, secondo cui il potere sanzionatorio dell'Autorità “*ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*”.

contenga anche una diffida *ex art. 15*, comma 1 legge n. 287/1990 (*recte*: un “potere d’ordine”⁹⁶). Diffida che, il più delle volte, non esaurisce i propri effetti con la mera cessazione delle condotte illecite, ma richiede l’implementazione di misure rimediali comportamentali o finanche strutturali ad opera dell’impresa sanzionata.

Di modo che “non [si] tratta[...] di sanzione meramente punitiva, ma di carattere prevalentemente ripristinatorio e reintegratorio dell’interesse pubblico violato (nella specie, la tutela della concorrenza e del mercato)”⁹⁷.

Ora, anche in questo caso una notazione più radicale sembra poter essere aggiunta alle utili e corrette acquisizioni registratesi in materia.

L’affermazione secondo cui l’Autorità, al pari della funzione giurisdizionale, si limita ad “applicare” la legge, sconta un peccato originario ben più grande: le legge, infatti, non chiarisce *cosa è la concorrenza*.

Senza spingersi oltreoceano, già solo a livello euro-unitario si registra una prima importante spaccatura nella modellazione di quel che suole definirsi “costituzione economica” dell’Unione, storicamente divisa tra interventismo francese e approccio ordoliberal di area germanica. Ne è risultato un complesso compromesso politico, il cui spirito riposa nelle pieghe dei Trattati, dove coesistono “*elements of ordoliberal and social market economic conceptions*”⁹⁸.

Inevitabile, allora, che anche l’idea stessa di concorrenza – tassello fondamentale della costituzione economica europea – risentisse di queste correnti.

Il punto di equilibrio viene riposizionato su basi cicliche, a seconda del variare delle condizioni macro-economiche e socio-culturali di contesto⁹⁹.

⁹⁶ Giacché la diffida o intimazione di regola importa l’obbligo di un *facere* specifico, che discende immediatamente dalla legge o da un precedente provvedimento; mentre in questo caso la fonte dell’obbligo è il provvedimento stesso che reca la “diffida”: cfr. A. POLICE, *Teoria della concorrenza* cit., 167 ss.

⁹⁷ Così G. GRECO, *L’accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2016, pp. 999, che ne trae il corollario in base al quale “la posizione dell’operatore privato assoggettato al relativo potere sarebbe di interesse legittimo e non di diritto soggettivo”, richiamando sul punto anche S. TOSCHEI, *La giurisdizione nelle sanzioni amministrative*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F.F. TUCCARI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, p. 1059 e TAR Toscana, Sez II, 11 novembre 1915, n. 1546.

⁹⁸ A. HATJE, *The Economic Constitution within the Internal Market*, in A. VON BOGDANDY – J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2011, p. 592, in cui si aggiunge: “however, a closer view shows that even the explicit choice in favour of a market economy is qualified by opposite principles and powers of intervention, so that the direct consultation of certain economic models as a means of interpretation is not an option”.

⁹⁹ Efficacemente descritte come “oscillazioni del pendolo” del diritto pubblico dell’economia: cfr. l’Introduzione di E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, III ed., 2014.

Non è dunque casuale il fatto che “né l’ordinamento europeo, né quello italiano, né [...] gli altri ordinamenti [...], nel tutelare la concorrenza, si preoccupino di dare una definizione normativa di questo concetto¹⁰⁰”.

Così è stato possibile che, a norme primarie invariate¹⁰¹, intorno agli anni ‘90 la Commissione europea decidesse di abbandonare l’approccio “strutturalista” fino ad allora seguito (che guardava anche agli effetti delle condotte sulla conformazione del mercato, nell’idea che l’oligopolio fosse male da prevenire, giacché succedaneo dell’illecito antitrust) per mutuare il *more economic approach* diffuso in area statunitense dalla Scuola di Chicago¹⁰², giungendo in tal modo a proporre un modello di concorrenza incentrato su criteri di efficienza economica e di *consumer welfare*, in cui il prioritario *benchmark* della legittimità del comportamento diviene la sua proiezione in termini di volumi, prezzi e, sia pure con minor spazio, qualità offerti ai consumatori finali¹⁰³. Allo stesso modo, è stato pure possibile riscontrare un non perfetto allineamento, sul tema, tra Commissione europea e Corte di giustizia¹⁰⁴, cui hanno fatto seguito anche proposte dottrinali provocatoriamente a favore di un *less economic approach*¹⁰⁵ o, comunque, favorevoli a una maggiore attenzione per la struttura del mercato ed il pluralismo¹⁰⁶.

I fini di questo lavoro non consentono di approfondire oltre il dibattito.

Quel che qui interessa rimarcare è che, anche in questo caso, la questione non è solo teorica.

¹⁰⁰ M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza* op. cit., p. 3.

¹⁰¹ Il diritto della concorrenza, con le sue categorie concettuali a maglie larghe, è stato definito come una spugna in grado di assorbire dall’esterno: A. EZRACHI, *Sponge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, n. 5/2017, 1, pp. 49 ss.

¹⁰² R. BORK, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978; R.A. POSNER, *Antitrust Law: an economic perspective*, Chicago, 1976.

¹⁰³ La tensione tra visioni diverse è sintetizzata in A. POLICE, *Teoria della concorrenza* op. cit., p. 7 in una visione unitaria: “la funzione della disciplina antitrust è proprio quella di conciliare due obiettivi fondamentali ma non coincidenti e ciò presuppone appunto l’assunzione di scelte «politiche» per il bilanciamento di esigenze fortemente contrapposte”: da un lato, far emergere i migliori, con “uscita” dal mercato delle imprese meno efficienti; dall’altro, sostenere quelle imprese che si sono distinte per meriti, innovazione, elevata capacità competitiva e, dunque, la cui permanenza sul mercato può portare benefici alla struttura concorrenziale). Ma v. anche ID., pp. 177-178, in cui si aggiunge che “la tutela della concorrenza [...] è stata caratterizzata da poteri apparentemente neutrali, come appunto il potere di irrogare sanzioni amministrativo-pecuniarie, non (sol)tanto per assicurare l’equilibrio dell’ordine naturale del mercato, quanto piuttosto per esercitare funzioni «politiche» di indirizzo del mercato medesimo, di «regolazione» pubblica della concorrenza”.

¹⁰⁴ Dove la seconda si è dimostrata più incline a rammentare l’importanza della struttura del mercato per il diritto della concorrenza europeo: A.C WITT, *Public policy goals under EU competition law. Now is the time to set the house in order*, in *European Competition Journal*, n. 8/2012, 3, pp. 443 ss.

¹⁰⁵ J. DREXL, *Competition Law as part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY – J. BAST (a cura di), *Principles* op. cit., pp. 659 ss.

¹⁰⁶ Tale visione di fondo sembra influenzare, se non altro con riferimento ai mercati regolati (che per definizione coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici), F. BASSAN, *Potere dell’algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Rubbettino, 2019. In termini espliciti, v. S. MANNONI – G. STAZI, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nell’era digitale*, Napoli, 2018, con richiami alla ricostruzione offerta, anche in una prospettiva storica, in G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997.

Aderire a l'una o all'altra concezione del diritto della concorrenza può infatti incidere sulla stessa sussistenza dell'illecito.

Prendiamo il caso dei prezzi personalizzati. Gli studi in materia evidenziano gli esiti opposti cui si giunge adottando uno *standard consumer welfare* o un *total* (o *overall*) *welfare*: solo nel primo caso, infatti, il c.d. *surplus* potrebbe ritenersi, ricorrendone le condizioni, abusivamente drenato dall'impresa in posizione dominante¹⁰⁷.

Prendere una strada o l'altra può dunque impattare la stessa esistenza dell'illecito. E la prima parola, in Italia, spetta all'Agcm.

In un caso, si guarda al benessere dei soli consumatori; nell'altro, a quello del mercato nel suo insieme. Non è forse, questa, una precisa scelta di campo? Una diversa ponderazione degli interessi in gioco, realizzata a monte del procedimento, attraverso la definizione, in concreto, del perimetro oggettivo e soggettivo dell'interesse primario da tutelare¹⁰⁸?

Concludendo questa rapida analisi, l'impressione finale è che negli atti dell'Agcm ricorrano, in definitiva, i tre tratti che connotano "l'attività intesa a realizzare i fini descritti [dalla legge, la quale] costituisce, *in senso obiettivo*, la pubblica amministrazione": "concretezza", "spontaneità" e "discrezionalità"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ In argomento, v. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e Concorrenza*, in *Conc. e merc.*, n. 23/2016, pp. 111-116 e 123-124 (da cui sembrerebbe trasparire una preferenza per il *total welfare*); oltreoceano, per una posizione a favore del *consumer welfare*, v. R.A. WOODCOCK, *Big Data, Price Discrimination, and Antitrust*, in *Hastings Law Journal*, n. 68/2017, 6, pp. 1371 ss.

¹⁰⁸ Né il vincolo *ex art. 1*, comma 4 l. 287/1990 di interpretazione della disciplina nazionale in senso conforme al diritto europeo, comprensivo dell'*acquis communautaire* formato dalla prassi decisionale della Commissione e dagli arresti del Tribunale e della Corte di giustizia UE (Cons. St., Sez VI, 1189 del 2001), sembrerebbe di ostacolo a una simile conclusione. Primo, in qualità di organismo decentrato dello *European Competition Network* l'Agcm concorre alla formazione della politica europea della concorrenza. Secondo, la politica della concorrenza euro-unitaria è tutt'altro che lineare, mostrando al proprio interno continue irrequietudini che concedono all'interprete sazio di manovra. Terzo, il diritto europeo non osta in ogni caso all'introduzione di regimi statali di maggior rigore (art. 3, § 2 Reg. CE n. 1/2003), come dimostra il recente caso del *Bundeskartellamt* contro Facebook, in cui, applicando il diritto nazionale, sono state sperimentate *theories of harm* innovative, basate sull'intreccio tra *privacy* e concorrenza e sottintendenti una concezione della concorrenza quale strumento per guardare, in una dimensione non esclusivamente economica, anche alla *fairness* dei comportamenti sul mercato (in argomento, per un raffronto US-UE-Cina, v. S. MARCO COLINO, *The Antitrust F Word: fairness considerations in competition law*, in *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law, Research Paper No. 2018-09*, disponibile, nella versione di ottobre 2018, alla pagina <https://ssrn.com/abstract=3245865>); per maggiori approfondimenti sull'istruttoria tedesca, cfr. la decisione del 16 febbraio 2019 sul caso B6-22/16 (comunicato stampa in inglese disponibile alla pagina https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_k.html). Per un commento critico all'impostazione dell'ipotesi accusatoria, v. già G. COLANGELO - M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the privacy-antitrust interface: insights from the Facebook case*, in *International Data Privacy Law*, n. 8/2018, pp. 224 ss. e, poi, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook?*, in *World Competition*, n. 42/2019, 3, pp. 355 ss. Con decisione del 29 agosto 2019 sul caso VI-Kart 1/19 (V), la Corte distrettuale di Düsseldorf ha sospeso l'efficacia esecutiva del provvedimento, concentrandosi soprattutto sui profili di *fumus* dell'impugnazione.

¹⁰⁹ G. LANDI - G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1969, p. 11.

3.4 Sul limite delle soluzioni “equivalenti” o “ugualmente attendibili”.

Oltre a non apparire immune da critiche di fondo, il *revirement* proposto dal Consiglio di Stato potrebbe correre il rischio di non essere nemmeno risolutivo.

Potrebbe infatti registrarsi il caso, tutt'altro che inverosimile, in cui il giudice amministrativo, percorso un analitico e pervasivo sindacato, si convinca che la soluzione prospettata dal ricorrente sia “equivalente” – o, se si preferisce, “ugualmente attendibile” – rispetto a quella dell'Autorità.

La scienza economica, invero, può talvolta prestarsi a risultati ambivalenti, di modo da lasciare l'interprete a metà del guado.

Fino ad oggi, in questi casi il criterio guida è stato quello del rispetto dell'operato della p.A.

Persino le posizioni dottrinali che hanno autorevolmente perorato effettivi avanzamenti di tutela nell'esercizio della funzione giurisdizionale sulle controversie tecnico-scientifiche hanno riconosciuto quella delle soluzioni equivalenti come una zona franca per l'Amministrazione¹¹⁰.

Ora, anche accedendo alla tesi della Sesta Sezione secondo cui in materia antitrust, difettando spazi di discrezionalità, non si porrebbe un reale problema di “sostituzione”, resterebbe pur sempre fermo l'elevato tecnicismo che l'Agcm, come Istituzione, esprime nelle proprie decisioni.

Aspetto che potrebbe ben giustificare un limite (giuridico o di opportunità istituzionale) di fronte al quale arrestare il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Antitrust: quello delle “soluzioni equivalenti” o “ugualmente attendibili”. Lo stesso Consiglio di Stato, del resto, ha richiamato l'insegnamento della Corte Edu secondo cui in presenza di “*scelte amministrative [...] che necessitano di specifiche competenze tecniche il sindacato giurisdizionale [potrebbe] considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione*”, purché risultino rispettati i crismi del giusto procedimento ex art. 6 Cedu.

3.5 Sulle possibili ricadute processuali dell'arresto

Da ultimo, si è fatto altresì cenno alle ricadute processuali che l'orientamento proposto nella sentenza in commento è suscettibile di produrre ove portato a sue estreme conseguenze.

Tanto, da un duplice punto di vista: dell'articolazione della fase istruttoria e del contenuto della pronuncia giurisdizionale.

Iniziamo dal primo aspetto.

¹¹⁰ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche* op. cit., p. 459, secondo cui “nel caso di controversia tecnico-scientifica, è ragionevole che il giudice non interferisca con l'operato dell'amministrazione solo se essa abbia adottato una delle soluzioni finali ‘equivalenti’”. L'A. – va precisato – affronta la problematica del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica in una prospettiva più ampia rispetto al lavoro che ci occupa, non focalizzandosi, pertanto, sui provvedimenti di natura sanzionatoria.

Come visto, secondo il Consiglio di Stato la fattispecie anticoncorrenziale viene riguardata dall'Autorità (e dal giudice amministrativo) nella prospettiva del fatto storico interamente contemplato dalla norma attributiva del potere.

Ebbene, ciò avrà delle ripercussioni anche sull'estensione oggettiva della prova.

Infatti, se il perimetro del mezzo istruttorio è intimamente connesso alla fattispecie concreta, e se quest'ultima è stata intesa come proiezione fattuale della fattispecie astratta¹¹¹, è evidente che dilatando le maglie del “fatto storico” (o, che dir si voglia, della “fattispecie concreta”) e ricomprendendo al suo interno, come propone la Sesta Sezione, anche le valutazioni tecniche demandate all'Autorità, anche queste ultime divengono potenziale oggetto di prova (in senso stretto o lato, come nel caso della c.t.u.¹¹²). E qui, però, un rischio di aggravamento istruttorio potrebbe forse profilarsi, soprattutto in relazione allo strumento della c.t.u.¹¹³.

Aderendo alla lettura proposta dal Consiglio di Stato nella decisione in commento, a rigore non vi dovrebbe essere limite alla ricerca della soluzione tecnica migliore ad opera del giudice, poiché essa – s'è detto – è parte della fattispecie concreta (o fatto storico).

¹¹¹ Come osservato in L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 64 C.P.A.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, III ed., pp. 662-663 “il giudice nel processo (e l'amministrazione nel procedimento) non identifica il fatto che intende conoscere, ma lo trova definito dalla norma sostanziale che, pertanto, delimita i fatti principali nel giudizio. [L]a prova, quindi, è intesa a dimostrare che si sia o meno verificata la fattispecie concreta [...]. Il giudice (diversamente dallo storico o dallo scienziato) non indaga il fatto per conoscerne le cause, né per farlo oggetto di una valutazione o giudizio; il suo scopo è quello di verificare se in concreto si sia determinata una fattispecie corrispondente a quella astrattamente già predeterminata dalla norma, con le conseguenze giuridiche fissate dall'ordinamento. La descrizione del fatto preesiste all'accertamento [...]”.

¹¹² Come chiarito in Cass., Sez VI civ., 15 dicembre 2017, n. 30218, “*la consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche conoscenze*”.

¹¹³ Artt. 63, comma 4 e 67 c.p.a.

In questo rinnovato contesto, vista anche la rilevanza della posta in gioco, la parte privata potrebbe avere maggiore incentivo a non accontentarsi del ricorso alla “scienza propria” da parte del giudice¹¹⁴ e a richiedere l’esperimento di una c.t.u.¹¹⁵ su specifiche questioni controverse¹¹⁶.

Aumenta insomma il rischio che, conclusa l’istruttoria procedimentale, ne inizi una nuova davanti al giudice amministrativo.

¹¹⁴ Così, ad esito di una rassegna delle pronunce giurisdizionali che hanno variegatamente rivendicato un sindacato vigoroso in campo medico-sanitario omettendo al contempo di disporre una c.t.u., A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche* op. cit., p. 444. Sia consentita, su questo ultimo punto, una nota di colore. Il caso Roche-Novartis si fonda su un ritenuto rapporto di sostituibilità terapeutica tra due farmaci. Nessuna c.t.u. è stata disposta e questo – si badi – nonostante il sindacato esercitato dal TAR sul punto apparisse effettivamente di mera ragionevolezza (TAR Lazio, Sez. I, n. 12168/2014 cit., § 4.3 in diritto). Al di là della curiosità della notazione, va detto che tale “mancanza” sembrerebbe poter essere spiegata da quanto emerso nel corso del parallelo giudizio pendente dinanzi alla Terza Sezione, definito, in senso sfavorevole alle parti private e dopo un ulteriore rinvio pregiudiziale (Corte di giustizia, Sez I, 21 novembre 2018, causa C-29/17), con sentenza n. 4967 del medesimo giorno (15 luglio 2019). Su queste basi, valutati gli atti di causa, le evidenze empiriche, la corrispondenza interna acquisita in sede ispettiva e gli studi scientifici (anche dell’OMS nell’aprile 2013) richiamati dall’Autorità, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, date le circostanze, “non occorre[ss]e, al fine di integrare l’illecito, la prova scientifica dell’equivalenza terapeutica dei due farmaci sotto ogni profilo in ambito oftalmico”. In altri termini, ai fini antitrust è stato sufficiente il fatto che le parti private, pur dopo aver paventato rischi per la salute dei pazienti, non siano riuscite a dimostrare le controindicazioni che l’utilizzo *off-label* di un farmaco avrebbe effettivamente sortito sui pazienti medesimi.

¹¹⁵ In linea di principio, tale possibilità è ammessa in giurisprudenza sin da Cons. St., VI, n. 5156 del 2002. Quel che cambierebbe nel “nuovo corso”, dunque, è l’enfasi e l’importanza dell’istituto, che, per quanto di conoscenza, ad oggi non risulta mai essere stato impiegato nei giudizi di impugnazione di provvedimenti antitrust.

¹¹⁶ Resta inteso che l’ordinanza collegiale con cui si dispone la c.t.u. deve indicare puntualmente i quesiti (art. 67, comma 1 c.p.a.) e che, nell’assolvimento della propria funzione ausiliaria, il consulente non può compiere indagini esplorative, ricercando elementi, fatti o circostanze non provati dalle parti (Cass., VI civ., n. 30218/2017 cit.; nel processo amministrativo: TAR Campania, Napoli, Sez V, 3 giugno 2019, n. 2989; TAR Lombardia, Milano, Sez II, 16 novembre 2017, n. 2183; TAR Campania, Napoli, Sez VII, 8 aprile 2011, n. 2000), pena la violazione del principio dispositivo (art. 64, comma 1 c.p.a.).

Si potrebbe obiettare che, in materia antitrust, nella quasi totalità dei casi l’applicazione del divieto di consulenza esplorativa potrebbe di fatto finire per privare la suddetta c.t.u. di una reale utilità.

Si nomini un esperto economista indipendente e gli si chieda di verificare se, nel mercato “A”, lo scambio delle informazioni “X” e “Y” nel tempo “Z” possa sortire l’effetto di distorcere la concorrenza (ovviamente, detto scambio non dovrebbe investire dati così sensibili da consentire di configurare un’intesa per oggetto, nel qual caso un problema di effetti neanche si porrebbe). Per fornire una risposta realmente alternativa all’Autorità, questi dovrà costruire un proprio modello. Per concepire, prima, e testare, poi, il suddetto modello, l’economista avrà bisogno di informazioni. Buona parte di queste informazioni risulteranno già acquisite al fascicolo istruttorio e agli atti di causa. Molte altre, però, andranno rielaborate e riorganizzate a partire da quelle presenti o, più realisticamente, andranno reperite sul mercato (ad es. con apposite interviste).

Facoltà che – potrebbe proseguire chi muove la critica – potrebbe risultare consistentemente limitata dal suddetto limite della consulenza esplorativa.

Tuttavia, la Cass. ha recentemente temperato il proprio indirizzo in materia di c.t.u., precisando che il divieto di consulenza esplorativa può essere derogato in via eccezionale le quante volte l’accertamento di determinate situazioni di fatto non possa effettuarsi che con l’ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo, in questo caso, consentito al consulente di acquisire anche ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, a condizione che si tratti di fatti accessori e rientranti nell’ambito strettamente tecnico della consulenza (Cassazione, Sez I civ., n. 15774 del 15 giugno 2018). Il nuovo orientamento potrebbe dunque venire in soccorso, limitando i descritti ostacoli all’esperimento di una c.t.u. in materia antitrust.

Con il rischio collaterale che l'Autorità possa essere in qualche modo tentata di “forzare” il proprio regolamento di procedura e di impostare la fase procedimentale in chiave “inquisitoria”, con il retropensiero, più o meno consapevole, che il proprio provvedimento costituirà, nei fatti, un semplice “rinvio a giudizio” soggetto a una successiva “fase dibattimentale” davanti al giudice amministrativo. Non ne uscirebbe fuori un bel quadro: da un lato il provvedimento sanzionatorio è immediatamente esecutivo e produce da subito conseguenze assai gravi (si pensi solo al grave illecito professionale *ex art.* 80, comma 5, lett. *c* Cod. app.); dall'altro lato la Sezione specializzata del TAR Lazio non sarebbe probabilmente pronta, salvo modifiche di struttura e organico, a sperimentare il nuovo corso (mette conto evidenziare che davanti all'Agcm le istruttorie più complesse durano anni); dall'altro lato ancora, sarebbe lecito dubitare della razionalità del sistema delineato, anche in termini di corretto impiego delle risorse pubbliche.

Svolti questi cenni sulle possibili ripercussioni del *revirement* sulla fase istruttoria del giudizio, veniamo dunque al profilo dei contenuti che può assumere la parte dispositiva della pronuncia giurisdizionale.

La decisione in commento – si è tentato di dimostrare – delinea un potere di natura neutrale a carattere para-giurisdizionale, in cui le valutazioni tecniche compiute dall'Agcm si assumono avulse dalla cura dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, di cui l'Autorità non sarebbe depositaria. Aggiunge, altresì, che la norma attributiva del potere contempla, nella prospettiva del fatto storico, tutti gli elementi costitutivi della fattispecie astratta.

Se così è, in potenza non dovrebbero sussistere limiti di sorta per l'esplicazione del potere giurisdizionale, se non quello, formale, della non estensione al merito della giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Antitrust.

Ragionando in questa prospettiva, dunque, non si vedrebbero significativi ostacoli concettuali a che il giudice amministrativo, già in sede di annullamento, finisca per pronunciarsi, in caso di contestuale azione di adempimento del ricorrente¹¹⁷, sulla fondatezza della pretesa, ordinando all'Amministrazione (non già la semplice rieffusione del proprio potere discrezionale, che discrezionale non sarebbe, bensì) direttamente l'adozione del provvedimento domandato¹¹⁸.

Un esito che, in casi limite, potrebbe persino finire per riscrivere il modello di *public enforcement* per cui ha optato il legislatore italiano (... sconfinamento nel potere legislativo?).

¹¹⁷ Come chiarito da Cons. St., Sez VI, 14 giugno 2004, n. 3865, il segnalante, ove anche controinteressato in senso sostanziale, è titolare di un interesse pretensivo al corretto esercizio del potere inibitorio, sanzionatorio e ripristinatorio da parte dell'Agcm.

¹¹⁸ Difettando di una giurisdizione estesa al merito, il giudice amministrativo non potrebbe invece procedere alla rettifica del provvedimento direttamente in sentenza, essendo pur sempre richiesta un'attività provvedimentale dell'Agcm, ancorché, nella specie, meramente formale e svuotata di autonomia contenutistica.

Si pensi, solo per fare un esempio astrattamente possibile, all'ipotesi in cui il Collegio dell'Autorità, facendo seguito alla contestazione dell'illecito da parte degli Uffici (formalizzata alle parti con la CRI), si determini a adottare una decisione finale di non accertamento dell'infrazione¹¹⁹.

Se si accede alla ricostruzione della Sesta Sezione, il segnalante potrebbe virtualmente impugnare tale decisione e formulare contestuale azione di adempimento¹²⁰, argomentando che l'adozione di un provvedimento di accertamento dell'infrazione deve ritenersi dovuto, già sulla base della lettura degli atti acquisiti al fascicolo procedimentale e giudiziale, magari anche all'esito di una c.t.u. Se non ritenesse necessarie ulteriori attività istruttorie, nel compiere queste valutazioni il giudice amministrativo non incontrerebbe infatti il limite della discrezionalità amministrativa (che, appunto, si assume inesistente). Ove convinto delle ragioni di parte ricorrente, difficilmente il giudice amministrativo potrebbe dunque negare la tutela e, a rigore, dovrebbe disporre l'obbligo di adozione del provvedimento di accertamento dell'infrazione¹²¹.

Sembrano, francamente, tutti esiti piuttosto forti e, forse, indesiderabili per lo stesso giudice amministrativo, il quale – preme ribadire – fino ad oggi ha preferito interpretare l'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. come norma attributiva di una giurisdizione estesa al merito solo sul *quantum* sanzionatorio, e non anche sui presupposti della sanzione. Forse, proprio perché persuaso da quelle posizioni che riconoscono quale tratto qualificante della giurisdizione di merito la facoltà del giudice di “provvedere”¹²² (piuttosto che la possibilità di sindacare valutazioni di opportunità¹²³).

¹¹⁹ Recentemente, v. provv. n. 26519 del 30 marzo 2017, sul caso I791 - MERCATO DEL NOLEGGIO AUTOVEICOLI A LUNGO TERMINE.

¹²⁰ Come noto, “il controinteressato [...] può sempre proporre, congiuntamente all'azione di annullamento del diniego [...], la c.d. azione di adempimento, tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento” (Cons. St., Sez VI, 29 agosto 2018, n. 5072).

¹²¹ Come chiarito in Cons. St., Sez IV, 25 gennaio 2017, n. 293, “l'azione di adempimento è ammessa solo nelle controversie su interessi pretensivi a completamento della tutela costitutiva o di accertamento avente ad oggetto rispettivamente l'illegittimità del diniego o dell'inerzia e quando la fondatezza della pretesa sia il portato di un'attività vincolata e che comunque non richiede adempimenti istruttori (art. 34 comma 1, lettera c), in combinato disposto con l'art. 31, co. 3, c.p.a.)”. Ancora, v. Cons. St., Sez V, 21 febbraio 2018, n. 1098, in cui qualifica l'azione di adempimento come “azione di accertamento, consentita soltanto «in caso di attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»”.

¹²² Recentemente, A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della “giurisdizione propria” del Consiglio di Stato*, in *P.A.*, n. 2/2018, pp. 263 e ss.

¹²³ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Parte II, Torino, 2003, pp. 297 ss.; R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, 16 febbraio 2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

4. Un passo in avanti, ma solo per tornare al punto di partenza

A distanza di pochi mesi la Sesta Sezione, con una serie di sentenze ravvicinate¹²⁴, è tornata al punto di partenza, di fatto obliterando la portata innovativa della pronuncia n. 4990/2019.

In tutti questi casi, il Consiglio di Stato ha fatto espresso richiamo alla decisione n. 4990/2019. Tuttavia, ha limitato il richiamato alla parte ricognitiva delle precedenti acquisizioni (sindacato “non sostitutivo” di “attendibilità tecnica” o “ragionevolezza tecnica”), estromettendo quella che ha proposto il *revirement* in senso ampliativo (sindacato “pieno” di “maggiore attendibilità”).

Il discostamento è implicito ma ugualmente incisivo.

Non si tratta – si noti – di meri stilemi e clausole di stile. Il cambio di paradigma è palpabile e si può apprezzare in modo particolare lì dove si contesta la definizione del mercato rilevante¹²⁵.

5. Superare l'*impasse*: una proposta di ricostruzione alternativa

In queste pagine, sulla scorta di una lettura libera e volutamente “zelante”, si è tentato di mettere a nudo gli esiti inappaganti cui il *revirement* proposto (e poi ritrattato) dal Consiglio di Stato potrebbe condurre.

Il che, tuttavia, non equivale a dire che le preoccupazioni espresse dalla Sesta Sezione nel caso Roche-Novartis siano peregrine o infondate.

Tutt'altro.

¹²⁴ Cfr. Cons. St., Sez VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564 e nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032, 6065 (tutte sul Provv. Agcm n. 25038 del 17 luglio 2014, I783 - *ACCORDO TRA OPERATORI DEL SETTORE DEL VENDING*); 23 settembre 2019, n. 6314 (sul Provv. Agcm n. 25401 del 25 marzo 2015 sul caso I772 - *MERCATO DEL CALCESTRUZZO FRIULI VENEZIA GIULIA*); nonché, in materia di criteri e modalità applicative per la valutazione del “valore di rimborso” spettanti ai concessionari degli impianti di distribuzione del gas (e depurando la massima dai riferimenti all'Agcm), 23 settembre 2019, n. 6315: “*Il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente - superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato “debole” e “forte” - ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Tale sindacato è stato definito di «“attendibilità tecnica” e “non sostitutivo”» (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.)*”.

¹²⁵ Cfr. ad es. Cons. Stato, VI, n. 6314/2019 cit.: “*La individuazione del mercato, sul piano geografico e merceologico, è espressione del potere di valutazione tecnica che può essere sindacato solo quando viola il principio di ragionevolezza. Nella fattispecie in esame l'Autorità ha esercitato il suo potere discrezionale in modo conforme a tale principio*”.

In quella decisione il Consiglio di Stato ha colto alla perfezione come, specie all'indomani del recepimento della direttiva sul *private enforcement*, l'effettività della tutela giurisdizionale, intesa come ricerca della "verità", debba necessariamente costituire un ideale verso il quale tendere in questa materia, stanti le gravissime conseguenze che il provvedimento antitrust è suscettibile di produrre (anche in sede civile). Interrogarsi sugli spazi di potenziamento del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Antitrust sembra, dunque, un esercizio certamente utile.

Quel che è lecito chiedersi, a questo punto, è se un simile risultato non possa essere raggiunto per altra via.

Va preliminarmente chiarito che esulano dall'oggetto della presente proposta sia le (oggettive) criticità che si registrano nel punto di congiuntura tra *public* e *private enforcement*¹²⁶, sia ipotetiche riflessioni che potrebbero essere utilmente svolte sul crinale dell'adeguatezza del regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante¹²⁷.

Si tenterà, per spirito di conservazione, di ragionare a legislazione invariata.

L'assunto di partenza – forse poco ambizioso – è che per risolvere un problema processuale sembra preferibile intervenire all'interno del processo piuttosto che ridisegnare, non senza forzature concettuali, l'istituto sostanziale.

In un recente studio, cui ci si permette di rinviare¹²⁸, si è proposto, anche all'esito di una lettura orientata della sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019, di valorizzare la presunzione di innocenza di cui

¹²⁶ Numerosi sono i profili critici. Si pensi, solo per fare un esempio, alle interferenze che possono sussistere tra la nozione di intesa continuata, unica e complessa – collante logico assai utile in sede di *public enforcement*, poiché consente di assommare comportamenti eterogenei e frammentati nel tempo e nello spazio, conferendo una matrice unitaria a condotte che hanno conosciuto anche arresti, discontinuità e rimpasti: v. Corte di giustizia, Sez VI, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione europea c. Anic Partecipazioni S.p.A.*; D. BAILEY, *Single, Overall Agreement in EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, n. 47/2010, 2, pp. 473 ss.) – e art. 7, comma 1, III periodo d.lgs. 3/2017, in forza del quale l'efficacia vincolante del provvedimento antitrust in sede civile investe la "*portata materiale, personale, temporale e territoriale*" della "*violazione*". In argomento, cfr. M.J. FRESE, *Civil Liability for Single and Continuous Agreements*, in *World Competition*, n. 41/2018, 2, pp. 179 ss. Ancora, si pensi all'ipotesi, *supra* esaminata, della condotta anticoncorrenziale facilitata o addirittura imposta da una "regolazione distorsiva" e che culmini in un provvedimento di accertamento dell'infrazione antitrust con irrogazione di un'ammenda simbolica o senza irrogazione di sanzione alcuna. Nel secondo caso, il difetto dell'elemento soggettivo dell'illecito sembrerebbe dover ostare all'imputazione di una responsabilità oggettiva in sede civile, in quanto l'art. 2043 c.c. richiede la sussistenza del dolo o della colpa. *Quid iuris* nel secondo caso? Una colpa giudicata "lieve" in sede amministrativa si trasforma *ex lege* e senza possibilità di temperamento alcuno nella colpa della responsabilità aquiliana davanti al giudice civile? Si ricordi che sia nel diritto antitrust (comb. disp. artt. 31 l. 287/90 e 3 l. 689/1981) che nella concorrenza sleale (art. 2600 c.c.) una volta accertati gli atti illeciti nella loro materialità oggettiva la colpa si presume (art. 2600 c.c.).

¹²⁷ In argomento, v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, pp. 507 e ss.

¹²⁸ M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Dir. soc.*, n. 4/2018, pp. 703 ss.

all'art. 6, § 2 Cedu quale parametro di costituzionalità interposto in grado di orientare l'interpretazione dell'art. 15, comma 1 l. 287/1990¹²⁹ (e dell'art. 7, comma 1, II periodo d.lgs. 3/2017).

Rimanendo all'interno di una giurisdizione di legittimità e senza andare dunque a snaturare la natura demolitoria del giudizio amministrativo di annullamento, si titolerebbe in questo modo il G.a. ad accogliere la censura di violazione o falsa applicazione di legge in tutti quei casi in cui, specie con riferimento all'attività di contestualizzazione dei concetti generali al caso concreto e di applicazione della norma contestualizzata al fatto concreto, la parte sia riuscita a fornire una spiegazione "attendibile" dei propri comportamenti incorrendo nondimeno in una sanzione.

Al contempo – onde non rendere di fatto impossibile la persecuzione di condotte socialmente deplorevoli da parte dell'Agcm – si è proposto di temperare l'operatività del principio di presunzione di innocenza, distribuendo l'"onere argomentativo" sulla "attendibilità" a seconda del peso e della rilevanza delle evidenze probatorie ed empiriche raccolte.

Così – in modo non dissimile da quanto avviene in materia di pratiche concordate¹³⁰ – in difetto di prove o elementi indiziari gravi, precisi e concordanti in grado di confortare l'esistenza dell'illecito, sarebbe sufficiente che la parte adducesse difese semplicemente "attendibili"; al contrario, in presenza di un simile corredo probatorio, quest'ultima sarebbe onerata di fornire difese "maggiormente attendibili" o, sembrerebbe pure sufficiente¹³¹, "ugualmente attendibili" rispetto all'Autorità.

Per fare questo, il giudice non è affatto chiamato a sostituirsi alla p.A., ma semplicemente ad applicare la legge, affidandole l'unico significato compatibile con il quadro costituzionale e convenzionale (artt. 117, comma 1, Cost. e 6, § 2 Cedu).

In questo modo – si potrà obiettare – si finirebbe per autorizzare il giudice amministrativo a intrudersi in scelte che, s'è tentato di dimostrare¹³², sono espressione di discrezionalità¹³³.

¹²⁹ "Se a seguito dell'istruttoria [...] l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria".

¹³⁰ *Ex multis*, v. TAR Lazio, Sez I, 12 giugno 2018, n. 6525.

¹³¹ Si precisa che il riferimento alle difese "ugualmente attendibili" costituisce migliore esplicitazione di un pensiero implicito al precedente lavoro cui ci si è permessi di rinviare (*supra* nt. 128) ma in quella sede non adeguatamente evidenziato e valorizzato.

¹³² *Supra* § III.3.

¹³³ Resta fermo che la tecnica di sindacato qui proposta, incentrata sulla valorizzazione del principio di presunzione di innocenza, non dovrebbe applicarsi indistintamente a tutti gli atti adottati dall'Agcm, ma solo a quelli che si connotano per una dimensione immediatamente afflittiva. Pertanto, essa non dovrebbe trovare spazio per quei provvedimenti che, di per sé considerati, non determinano una lesione immediata dell'interesse (oppositivo o pretensivo) della parte. Così, ad esempio, il giudice amministrativo non dovrebbe poter incidere sul *quomodo* dell'avvio (e, men che meno, sull'*an*) o sul rigetto di una proposta di impegni più di quanto non sia oggi consentito dalla giurisprudenza amministrativa formata sulle scelte discrezionali della p.a. Solo l'effettivo accertamento della infrazione autorizzerebbe, infatti, il ricorso a uno *standard judicial review* più stringente e rigoroso. E lo stesso discorso

L'obiezione non pare invincibile.

Anzitutto, il rispetto della presunzione di innocenza è un vincolo normativo. Come tale, esso non riverbera mai in valutazioni di opportunità (ammesso che questo costituisca il reale spartiacque con la giurisdizione di merito). E ciò potrebbe essere ancor più vero se, al fine di tutelare la certezza giuridica, si elaborasse (sulla falsariga di quanto avvenuto per il principio di proporzionalità) un “*test* di attendibilità”, magari graduato, come proposto, sul peso delle evidenze probatorie acquisite¹³⁴.

In secondo luogo, occorre comunque tenere a mente che le scelte dell'Agcm, anche quando discrezionali, non presentano mai un immediato collegamento con la base sociale, visto il carattere indipendente dell'Istituzione, lontana, per patrimonio genetico, dai circuiti di legittimazione democratica.

In terzo luogo, nella richiamata pronuncia n. 13/2019 la Consulta ha incidentalmente riconosciuto l'inadeguata separazione tra funzioni istruttorie e decisorie all'interno dell'Autorità. Aspetto che, almeno fino a quando il d.p.r. n. 217/1998 non venga modificato, rende necessario assicurare, più che mai, una *full jurisdiction* nella successiva fase di controllo giurisdizionale dell'atto¹³⁵.

In conclusione, attraverso la lettura qui proposta sembrerebbe possibile “prendere il meglio” dalle pronunce del Consiglio di Stato qui analizzate, evitando poco desiderabili intrusioni del giudice amministrativo nella *pars construens* della politica della concorrenza e potenziando al contempo l'esercizio della funzione giurisdizionale nella *pars destruens*, valicando anche il muro delle valutazioni “ugualmente attendibili”. Qualsiasi scelta diversa – si è cercato di dimostrare – rischierebbe di mettere in discussione le stesse radici del modello di *public enforcement* per il quale ha scientemente optato il legislatore italiano nell'ambito della lata discrezionalità che gli è affidata in materia¹³⁶ e meriterebbe, allora, una riforma normativa¹³⁷ più che un *revirement* giurisprudenziale.

Una strada meno tortuosa e forse anche più efficace per innalzare i livelli della tutela giurisdizionale in materia antitrust sembrerebbe però esistere¹³⁸. Tanto vale provare a percorrerla.

dovrebbe valere quando, come invero normale, tali atti prodromici vengono impugnati unitamente alla decisione finale che accerta l'illecito.

¹³⁴ Questo aiuterebbe il giudice amministrativo a muoversi sul suo terreno d'elezione, entrando nelle viscere del fatto per poi giudicarlo attraverso un approccio formale (ma ugualmente incisivo).

¹³⁵ *Grande Stevens e altri c. Italia* cit., § 139.

¹³⁶ Cfr. artt. 35, § 2 Reg. CE n. 1/2003 e 2, § 1, n. 1 direttiva UE n. 1/2019.

¹³⁷ Non si dispone certo degli strumenti, dello spazio e delle conoscenze per formulare proposte meritevoli di attenzione. Da un punto di vista strettamente giuridico, può solo notarsi che non sembra possibile abbracciare una concezione puramente inter-privatistica della concorrenza in presenza di perduranti spazi di discrezionalità dell'Autorità nella modellazione dell'interesse pubblico curato.

¹³⁸ Di ciò beneficerebbe l'intera collettività. Infatti, “a seconda del grado di intensità del sindacato, varia non soltanto l'apprezzamento del singolo caso, ma anche l'effetto conformativo sull'azione futura dei poteri pubblici. Più il sindacato è intrusivo, maggiore è l'incentivo ad aumentare le risorse investite nell'attività istruttoria” (così G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso* op. cit.).