

CAPITOLO VII

Concorrenza

SOMMARIO: 1. Nozione. – 2. Quadro generale. – 3. La tutela amministrativa della concorrenza: il cd. *public enforcement*. – 3.1. Procedimento amministrativo e potere democratico. – 3.2. Rapporto amministrativo e diritto di difesa. – 3.3. Difesa procedimentale e funzione giurisdicente. – 3.4. Difesa preventiva e discrezionalità tecnica: un binomio inscindibile. – 3.5. Contraddittorio, materia penale e funzione punitiva. – 3.5.1. Gli spazi di ulteriore potenziamento della tutela giurisdizionale. – 3.6. La matrice punitiva delle sanzioni rafforza la natura piena della giustizia procedimentale. – 3.6.1. Necessità di una connotazione *quasi judicial* del procedimento sanzionatorio. – 3.7. Violazione dei diritti di difesa e invalidità del provvedimento nella stagione del giudizio sul rapporto. – 4. Il *private enforcement*. – 4.1. Il rapporto di complementarità con il *public enforcement*. – 4.2. La necessità di fare acquisire ai soggetti lesi una maggiore consapevolezza delle potenzialità del *private enforcement*. – 4.3. La difficile cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza e le Corti. – 4.4. La possibilità per il giudice di chiedere assistenza all’Autorità nella quantificazione del danno. – 4.5. Efficacia vincolante delle decisioni dell’Autorità divenute definitive (articolo 7 comma 1). – 5. Conclusioni.

1. Nozione

La tutela della concorrenza (*Antitrust*) è assicurata dal Trattato comunitario, dal diritto comunitario derivato e dalle leggi nazionali. La concorrenza è presupposto della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.

Dette leggi mirano a garantire che le imprese si astengano dal porre in essere restrizioni artificiali al libero funzionamento del mercato. In particolare, sono vietati gli accordi tra le imprese che restringono la concorrenza, l’abuso del potere dominante da parte di imprese egemoni (abusi volti a escludere i concorrenti: *abusi escludenti*; o a esercitare un eccessivo potere a svantaggio dei consumatori o a danneggiare gli attori deboli: *abusi di sfruttamento*); in quanto le concentrazioni tra imprese dannose per acquirenti e consumatori volte a innescare un eccessivo incremento del potere di mercato. Il diritto *antitrust* è uno strumento che consente ai protagonisti del processo produttivo - imprese e consumatori - di agire in condizioni di uguaglianza, realizzando il massimo benessere e la massima utilità, in termini di riduzione di costi, di differenziazione dei prodotti, di migliore allocazione delle risorse. Si mira cioè a un regime competitivo che

*Fine generale
perseguito*

consenta il massimo accesso al mercato di nuovi competitori, in esplicitazione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost e l'affermazione degli agenti più virtuosi e capaci.

Le leggi americane di fine '800 Le prime leggi sono state varate in Canada nel 1889 e negli Stati Uniti nel 1890 con lo *Sherman Antitrust Act* (Sherman era un senatore dell'Ohio), poi entrata in vigore concretamente nel 1911.

Il modello europeo La tradizione americana ha influenzato profondamente l'Europa. Nel secondo dopoguerra furono varate legislazioni anti-monopolistiche nei principali Paesi industrializzati: in Germania e Gran Bretagna nel 1948, in Spagna nel 1963, in Francia con una legge riformata nel 1986.

Fu così che nel Trattato di Roma del 1957 furono disciplinate le fattispecie di intesa restrittiva e di abuso di posizione dominante (articoli 101 e seguenti) e, successivamente, con regolamento n. 4064/1989, le concentrazioni.

La normativa europea recata nel Trattato istitutivo del 1957, confermata dopo Lisbona, ha avuto inizialmente l'obiettivo del rafforzamento del mercato europeo, per poi integrarsi anche con una spiccata dimensione di protezione dei consumatori.

Non legge delle imprese ma del mercato La normativa di protezione della concorrenza, come ribadito a più riprese dalla giurisprudenza europea e nazionale, *non è la legge degli imprenditori* (quale invece è la normativa civilistica sulla concorrenza sleale), *ma le legge del mercato*, in tutte le sue componenti. È una normativa rivolta, cioè, a tutti i soggetti del mercato, ossia a tutti coloro che hanno interesse alla conservazione di un mercato competitivo e conteso. A sostegno della considerazione milita il rilievo che un funzionamento corretto del mercato produce effetti benefici non solo per gli imprenditori virtuosi non sottoposti alla tagliola di barriere d'ingresso e di condotte abusive e discriminatorie, ma anche per i consumatori che ottengono un miglioramento quantitativo, qualitativo ed economico in caso di prodotti e servizi forniti da imprenditori che operino secondo logiche competitive e non siano indotte dal monopolio o dall'oligopolio patologico a pratiche di *predatory pricing* e di indifferenza al benessere del consumatore. Per non dire dell'interesse pubblico allo sviluppo dell'economia e del benessere innescato dall'effetto espansionistico di un mercato competitivo.

Per questa ragione anche i consumatori sono legittimati a rivolgersi al giudice ordinario per il danno da comportamenti e intese violativi della normativa *antitrust*¹ e a contestare anche attraverso gli organismi associativi, atti, omissioni e comportamenti dell'Autorità che non ne proteggano adeguatamente le ragioni.

Va aggiunto che il *diritto antitrust non è posto a tutela del diritto oggettivo di iniziativa economica ma anche, in modo diretto, degli interessi soggettivi dei singoli operatori*. Per questa ragione le imprese lese da un provvedimento

¹ Cass., sezioni unite 2207/2005.

assolutorio e non adeguato sul piano sanzionatorio dell'autorità possono agire davanti al giudice amministrativo per fare valere la violazione della loro sfera di interesse.

Il carattere primario del valore concorrenziale è alla base della sua qualificazione come materia trasversale di competenza esclusiva dello Stato *ex art. 117, comma 1, lettera e), Cost. e della prevista legittimazione dell'Autorità Antitrust a impugnare, ex art. 21, comma 1-bis, della legge 287/1990, i provvedimenti di altre amministrazioni lesivi degli interessi relativi alla concorrenza e del mercato, in relazione alla ritenuta inopportunità della delega completa della protezione di tali beni essenziali all'iniziativa dei singoli consociati.*

Art. 117, comma 1, lett. e), Cost. e art. 21-bis L. 287/1990

2. Quadro generale

Sul piano europeo, come detto, gli articoli 101 e 102 del Trattato vietano, rispettivamente, le intese anti-concorrenziali e l'abuso di posizione dominante.

Sul piano interno la legge 10 ottobre 1990, n. 287 contiene norme dal contenuto analogo che recano divieti assimilabili a quelli comunitari, per la tutela nazionale della concorrenza e del mercato.

Il rapporto tra le due normative è definito dall'articolo 1 della legge 287, secondo cui la legge nazionale si amplia a intese e abusi che incidono sul territorio statale (con conseguente radicarsi della competenza dell'Autorità Antitrust ossia l'autorità garante della concorrenza e del mercato), mentre la disciplina europea si applica a comportamenti che incidono nel territorio europeo, valicando confini nazionali (con competenza delle autorità europee e, soprattutto, della Commissione europea).

Rapporto tra normativa nazionale ed europea

Sul versante nazionale, il *public enforcement* è assicurato da provvedimenti sanzionatori dell'Autorità Antitrust, impugnabili davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (articolo 133, comma 1, lettera L, c.p.a.).

Public enforcement

Sono vietate e sanzionate dagli atti dell'Autorità nazionale le seguenti condotte:

- a) le *intese restrittive della concorrenza* (articolo 2), da distinguere tra "intese per oggetto" e "intese per effetto", a seconda che esse abbiano un oggetto di per sé vietato o che sia necessario verificare in concreto gli effetti causati nel mercato;
- b) le *pratiche concordate* (articolo 2), che si distinguono dagli accordi in quanto si realizza in esse una forma di coordinamento fra imprese senza arrivare all'attuazione di un accordo, in modo da sostituire una consapevole collaborazione ai rischi della concorrenza;
- c) l'*abuso di posizione dominante* (articolo 3), ossia lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato interno, al fine di realizzare profitti sovra-competitivi (*abuso di sfruttamento*) o l'estromissione dei concorrenti, con l'aumento dei costi di ingresso sul mercato o la preclusione di sbocchi e approvigionamenti con intenti monopolistici (*abusi di esclusione*).

Le condotte sanzionate

L'Autorità gode di un'ampia discrezionalità tecnica nell'individuazione degli elementi costitutivi degli illeciti, caratterizzati dall'applicazione di norme in-

Ampia discrezionalità spettante all'Autorità

complete di carattere specialistico. Spiccata si presenta questa discrezionalità anche nella verifica del mercato rilevante (ossia l'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta in modo lesivo e dannoso la condotta incriminata), che nell'intesa è successiva alla verifica dell'accordo, mentre nell'abuso è uno dei presupposti dell'infrazione.

I provvedimenti amministrativi dell'Autorità sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo esclusivo (articolo 133, comma, 1 lettera L) che ha giurisdizione di merito ai fini della misura della sanzione pecuniaria (articoli 134 cpa, in combinazione con gli artt. 31 della legge n. 287/1990 e 11 della legge n. 689/1981).

Private enforcement

I singoli privati danneggiati da condotte illegittime possono agire davanti al giudice ordinario per ottenere tutela risarcitoria o specifica. Ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 3/2017 il giudice ordinario è tuttavia vincolato dal definitivo accertamento operato dall'Autorità con provvedimento non impugnato o confermato dal giudice amministrativo. Al giudice ordinario compete anche la giurisdizione sulla nullità delle intese *antitrust* (art.33, legge n. 287/1990, che stabilisce la competenza, sia per il risarcimento che per la nullità, del Tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 168/2003).

Vedi, sul punto, parr. 4 e seguenti.

3. La tutela amministrativa della concorrenza: il cd. *public enforcement*

Tanto detto in merito ai profili generali della materia e al quadro normativo di riferimento, si passerà ora ad esaminare la disciplina della tutela pubblicistica (*public enforcement*) della concorrenza attraverso i poteri amministrativi esercitati dall'Autorità per la Tutela della Concorrenza e del Mercato e il conseguente sindacato del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

In seguito si affronterà la tutela civilistica dei valori concorrenziali, assicurata davanti al giudice civile attraverso il cd. *private enforcement*.

Il potere trasparente è democratico

3.1. Procedimento amministrativo e potere democratico

Parlare di potere amministrativo significa parlare, essenzialmente di procedimento.

È noto l'insegnamento di Norberto Bobbio secondo cui *un potere trasparente è solo per questo democratico, mentre un potere invisibile è solo per questo autoritario*. Un'attività amministrativa ispirata al principio di controllabilità è espressione di un public power vicino al cittadino, come tale democraticamente legittimo e legittimato. Si può dire, con Calvino, che la lingua del potere, troppo spesso abituata a nascondere, deve invece spiegare al cittadino il significato del suo dipanarsi; e, con Claudio Magris, che la chiarezza è la premessa indispensabile dell'onestà. Il diritto deve essere al servizio dei cittadini, strumento del mestiere del vivere, luogo dell'uomo, non sfera riservata a un potere impenetrabile e autoreferenziale (RODOTÀ).

Fattore essenziale della *transparency* è la democrazia procedimentale, ossia l'elabora-

zione di un procedimento che ripudi i canoni ottocenteschi di imperscrutabilità e segretezza, per consentire ai soggetti interessati, a titolo pretensivo e oppositivo, di prendere parte alla procedura fornendo i propri apporti e facendo valere i propri punti di vista.

Solo un potere procedimentalizzato è, quindi, un potere democratico.

Il procedimento presenta così una dimensione bi-funzionale, di garanzia dei diritti e degli interessi dei cittadini da un lato; di regolazione, dall'altro, del potere al fine di garantire l'efficacia e l'effettività dell'azione amministrativa². Cosicché si è verificata, nei rapporti cittadino-Stato, *“una vera e propria rivoluzione copernicana, portando a considerare il rapporto governanti-governati non più ex parte principis, bensì ex parte populi, cioè dal punto di vista dei singoli che di essa debbono avvantaggiarsi, cioè nell'ottica del cittadino cui dovrebbero sempre essere riconosciute pretese a titolo individuale nei confronti dello Stato-amministrazione”*³.

La dimensione bi-funzionale del procedimento

Ulteriore impulso alla centralità del procedimento è la spinta a una unificazione europea secondo *“model rules”* uniforms.

Le model rules

3.2. Rapporto amministrativo e diritto di difesa

Alla tradizionale nozione formale di procedimento come fattispecie a formazione progressiva si affianca così la c.d. *concezione funzionale del procedimento*, la quale, ridimensionando l'importanza del provvedimento amministrativo propria di una superata visione atto-centrica del *pouvoir administratif*, valorizza il ruolo della *procedure* quale modalità di esercizio del potere pubblico, ossia forma della funzione amministrativa aperta alla partecipazione del privato e sensibile alla sirene della condivisione. La proceduralizzazione della potestà di cura concreta degli interessi pubblici rappresenta fattore di *coordinamento e composizione di opposti interessi pubblici e privati*, in un quadro relazionale imperniato sul concetto di *rapporto giuridico amministrativo*.

Se, per usare una metafora, *il potere (in astratto) è una fonte che sprigiona energia giuridica*, quest'ultima viene incanalata e guidata in sequenze procedurali tipiche.

Il procedimento, *“storia causale dell'atto”*, è *“la manifestazione sensibile della funzione”*, la forma esterna del potere colta nel suo momento dinamico.

Il procedimento è la forma dinamica del potere

Si è parlato, con qualche dose di retorica, di *eclissi dell'atto amministrativo*, per evidenziare, in modo plastico, che il vero luogo di esercizio del potere è il procedimento amministrativo, ossia *il potere nel suo farsi*, mentre il provvedimento degrada a mero riepilogo statico delle valutazioni e delle acquisizioni già operate nel corso *dell'iter* procedimentale.

Il procedimento assolve, in questo quadro, a una pluralità di funzioni, tra le quali spiccano quelle di consentire il controllo del giudice sull'esercizio del pote-

² Così V. CAIANIELLO, *Il cittadino e la trasformazione dello Stato*, in *Economia e diritto del terziario*, 1990, n. 3.

³ V. CAIANIELLO, *ivi*.

re - sulla base di una *legalità procedurale*, che si affianca a quella sostanziale - di assicurare il coordinamento tra amministrazioni, di dar voce a tutti gli interessi incisi direttamente o indirettamente dal provvedimento e di garantire il confronto secondo gli schemi di diritto naturale dell'*audi et alteram partem* e del modello anglosassone del *due process of law*, assicurando un *contraddittorio verticale* (rapporto tra p.a. e destinatario del potere) e *orizzontale* (rapporto tra P.A. e due o più privati portatori di interessi contrapposti), *paritario* e *non paritario*⁴.

Più in radice, il procedimento funge da *fonte di legittimazione del potere e di promozione della democraticità dell'ordinamento amministrativo*. Si è osservato in dottrina, a proposito degli *implied powers* delle autorità indipendenti, che la ferita alla legalità sostanziale è lenita dal rafforzamento del canone di legalità procedurale. Il procedimento, aperto alla partecipazione di tutti i soggetti interessati secondo il modello del *notice and comment*, diventa allora la sede nella quale si procede a individuare e precisare la regola per il caso concreto – che la legge lascia in qualche modo indeterminata – da porre come contenuto del provvedimento. La *democrazia procedimentale completa* così, anche se non soppianta, *la democrazia rappresentativa*, in quanto il vincolo procedurale integra il comando della norma legislativa.

Condivisione del potere e nuova nozione di interesse legittimo

In questo quadro, *la procedimentalizzazione e la condivisione del potere amministrativo esaltano il nuovo concetto relazionale del potere pubblicistico e dell'interesse legittimo che vi si contrappone*. L'interesse legittimo è oggi inteso come situazione direttamente tutelata nella cui architettura assume un rilievo centrale il bene della vita da conseguire (interesse legittimo pretensivo) o da difendere (interesse legittimo oppositivo). Si tratta, per la precisione, di una posizione che si sostanzia in un coacervo di poteri e facoltà volti a condizionare, in sede procedimentale prima ancora che processuale, il potere amministrativo, al fine di consentire il conseguimento o di assicurare la difesa di un bene della vita.

È, quindi, una *posizione sostanziale*, equiparata dalla Costituzione al diritto soggettivo (art. 24), che va traguadata non più solo e tanto nella prospettiva dei poteri attribuiti agli apparati pubblici, ma dall'angolo visuale dei diritti di libertà del cittadino⁵.

La norma che disciplina il potere amministrativo, lungi dall'essere finalizzata al solo interesse pubblico, assolve alla doppia ed equiordinata funzione di tutelare l'interesse pubblico (così da consentirne la cura in concreto da parte dell'amministrazione, anche a costo del sacrificio di interessi privati) e di proteggere l'interesse del privato (che mira ad acquistare o conservare un'utilità finale o

⁴ È paritario nei procedimenti i concorsuali, per esempio; è non paritario nei procedimenti sanzionatori, nel senso che il denunciante non gode di una tutela identica a quella garantita al soggetto esposto al rischio della sanzione. In questo secondo caso il contraddittorio orizzontale non è paritetico.

⁵ Così, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 131.

bene della vita). L'interesse pubblico non assorbe quello privato, né quest'ultimo il primo.

L'interesse legittimo, assimilabile ad un *diritto pubblico soggettivo*, è allora tassello di un mosaico imperniato su una relazione giuridica intersoggettiva, qualificabile come *rapporto giuridico amministrativo*, in cui si fronteggiano il potere pubblico di cura dell'interesse pubblico (descrittivamente equiparabile a un diritto potestativo, in ragione della possibilità di modificare unilateralmente l'altrui sfera giuridica) e la libertà del titolare dell'interesse legittimo di scegliere le forme procedimentali, oltre che processuali, di tutela del suo interesse individuale. Si supera, in tal guisa, l'idea di un diritto amministrativo come strumento del potere volto a regolare una "macchina dell'obbedienza" e si abbraccia un approccio democratico al problema del *public power*.

In questa prospettiva, l'interesse legittimo ingloba una *dimensione passiva* (situazione di soggezione, rispetto a una produzione di effetti) e una *dimensione attiva* (pretesa, principalmente azionabile con facoltà procedimentali, a un esercizio corretto del potere ai fini della tutela del bene della vita).

Dimensione attiva e passiva dell'interesse legittimo

Se il potere amministrativo è essenzialmente procedimentale e relazionale, *la difesa dell'interesse legittimo si sostanzia principalmente nell'esercizio delle pretese partecipative o diritti difensivi*- evincibili dai principi costituzionali ed europei e regolati dalla legge n. 241/1990 e dalle normative di settore, qualificabili come tecniche di tutela preventiva volte a evitare l'adozione di un provvedimento lesivo o a limitarne la portata pregiudizievole. I diritti di partecipazione - quali, in materia *antitrust*, quelli alla comunicazione dell'avvio dell'istruttoria, alla puntuale contestazione degli addebiti, alla comunicazione delle risultanze dell'istruttoria, all'audizione, all'accesso, alla produzione di memorie e documenti e all'esame dei contributi procedimentali - pur non essendo posizioni sostanziali autonome rispetto all'interesse legittimo, garantiscono una tutela *ante causam* del bene della vita, per definizione più effettiva e soddisfacente rispetto alla reazione patologica in sede processuale a fronte dell'avvenuta adozione del provvedimento lesivo.

3.3. Difesa procedimentale e funzione giusdicente

La centralità del momento procedimentale di difesa dei beni della vita sottoposti alla clava del potere amministrativo assume un significato speciale per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, in generale, per le autorità indipendenti.

Dette autorità sono il frutto della fuga dall'amministrazione centrale di tipo tradizionale. La creazione di organismi caratterizzati dalla sottrazione all'indirizzo politico governativo e dall'equidistanza rispetto agli interessi privati ha consentito all'Italia di adeguarsi, solo negli ultimi trent'anni, a esigenze di modernizzazione e di garanzia che, già alla fine del XIX secolo (l'*Interstate Commerce Commission* del 1887), avevano

Il ruolo delle Autorità Indipendenti

portato, negli Stati Uniti, alla nascita di organismi e *boards* indipendenti, dotati di poteri quasi giudiziali (*independent regulatory agencies*).

*Le peculiarità
funzionale e
strutturali
delle Autorità
Indipendenti*

È noto che le autorità indipendenti danno vita a un mondo vario, che sfugge a ogni tentativo di definizione unitaria. Si è parlato, in modo plastico, di *arcipelago*, a significare le corpose diversità tra singole *authorities* quanto a tasso di indipendenza, ambito di operatività, tipologie di funzioni, latitudine dei poteri.

Un duplice tratto unificante è tuttavia ravvisabile nelle peculiari e immancabili incarnazioni di questo modello amministrativo di derivazione anglosassone: il *profilo soggettivo dell'indipendenza* dal potere politico e dall'apparato governativo; l'*aspetto oggettivo di una funzione neutrale*, caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità tecnica.

*La funzione
giudicante*

Soffermandosi su quest'ultimo aspetto, è utile osservare che *le funzioni autoritative delle Autorità si affrancano dalle tradizionali categorie amministrativistiche*. Infatti, il Garante esplica una funzione giurisdizionale sostanzialmente paragiurisdizionale, di garanzia dell'applicazione della legge nel settore di riferimento, dettando le regole (in applicazione delle norme primarie), risolvendo i conflitti, vigi lando sugli operatori e sanzionando le inosservanze. La funzione giurisdizionale, in quanto più estesa rispetto a quella schiettamente giurisdizionale, si concreta in un *concetto ampio di attuazione della legge, comprensivo del regolare* (in applicazione della norma primaria) *e del decidere*. Le Autorità non sono, cioè, chiamate alla cura, con scelte di valore amministrativamente discrezionali, di interessi pubblici di loro pertinenza, ma dirimono, in via preventiva, potenziali conflitti tra interessi collettivi, diffusi, categoriali e individuali, stabilendo le regole di disciplina di settore, per poi eventualmente ricorrere all'utilizzo di poteri correttivi e sanzionatori, idonei a ricondurre l'attività dei singoli e dei gruppi nei binari della correttezza e della legalità.

L'emancipazione dal concetto costituzionale classico di pubblica amministrazione, con il varo di amministrazioni non soggette al potere esecutivo ma solo alla legge, risulta addirittura palpabile: buona parte delle funzioni delle *independent commissions*, pur se autoritative, lungi dal concretarsi nella ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati, si incentra, infatti, nell'applicazione della legge, ancorché essa non consista nella meccanica traduzione della volontà astratta del Legislatore, ma nella valutazione dei presupposti della fattispecie astratta, in base ai precetti tecnici richiamati dal Legislatore e suscettibili di vario apprezzamento.

*Neutralità,
non solo
imparzialità*

Non si può, allora, non concordare con quanti hanno autorevolmente sottolineato che la particolare posizione di indipendenza delle Autorità le rende del tutto eccentriche rispetto al paradigma costituzionale, grazie all'ispirazione di detta funzione tutoria al *modello della neutralità* più che al classico *principio di imparzialità* cristallizzato dall'art. 97 della Carta fondamentale.

I due termini, pur se simili e spesso adoperati in modo promiscuo, sono indicativi di concetti diversi.

L'«imparzialità» esprime l'esigenza che l'amministrazione, agendo per il perseguimento dell'interesse pubblico primario che costituisce il dato teleologico di fondo, si comporti nei confronti dei destinatari dell'*agere* amministrativo senza innescare discriminazioni arbitrarie. Il canone costituzionale di lealtà ed equità comportamentale impone, cioè, che l'operatore pubblico, a patto di non scantonare dalla stella polare dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico, si comporti equamente nell'apprezzamento degli altri interessi, pubblici e privati, in gioco, evitando sacrifici non imposti dall'interesse pubblico primario medesimo. L'imparzialità non significa, perciò, disinteresse e indifferenza, bensì equità di condotta, sulla premessa del carattere interessato dell'azione amministrativa, volta alla cura di interessi pubblici concreti. La «neutralità», per converso, indica, come accennato, indifferenza dell'Amministrazione indipendente rispetto ai protagonisti degli interessi confliggenti da comporre, il suo essere terza e, quindi, giudicante nell'agone in cui si scontrano i protagonisti del «giuoco» da regolare. Di qui, la veste di arbitro o, in certi settori, di magistrato economico, non condizionato politicamente da un vincolo di preferenza nella regolazione degli interessi, tutti sullo stesso piano, ivi compresi quelli pubblici, rispetto all'esigenza *cogente del rispetto della legge*.

Il pensiero di Benjamin Constant, al quale si deve l'analisi forse più compiuta del *Pouvoir neutre modérateur*, ha da tempo messo in luce che non tutti gli apparati pubblici devono mantenere un collegamento stretto con il circuito politico amministrativo che risente spesso delle logiche di breve periodo dei cicli elettorali, in quanto la gestione di diritti fondamentali e la regolazione di mercati nevralgici richiedono una rafforzata autonomia di giudizio. Di qui la necessità di battezzare agenzie indipendenti per assicurare il *keeping out of politics* e, quindi, un riparo efficace dalla corruzione e dalle frodi grazie a processi decisionali fondati sull'esperienza tecnica e sulla neutralità⁶. Il primato della tecnica neutrale di soluzione dei problemi sociali è ben messo in evidenza dal motto «*there is not a democrat or republican way to pave a road*». Le pulsioni politiche e le passioni partigiane rischiano di compromettere il primato della tecnica e il bisogno della buona amministrazione. Non è un caso se l'*Interstate Commerce Commission* del 1887 fu denominata *the poor man's court*.

Se l'azione delle autorità assume un significato paragiurisdizionale, *non può che attribuirsi un significato particolare alla partecipazione a vario titolo dei privati interessati e, soprattutto, alle istanze difensive del soggetto che rischia di essere inciso negativamente all'esito della procedura*. Nell'azione delle autorità indipendenti si inverte la nota osservazione di Kelsen secondo cui due sole

⁶ Vedi R. CHIEPPA in G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di G. SANTANIELLO), Padova, 2010, 4.

sono le funzioni di base dello Stato: la creazione e l'applicazione delle norme⁷. Il principio di separazione dei poteri si affievolisce in quanto anche le autorità di garanzia, come i giudici, sono chiamate a un'applicazione neutrale della legge attraverso un procedimento sostanzialmente giurisdizionale che, secondo meccanismi più incisivi e rigorosi di quelli dipinti dalla legge 241/90, deve coinvolgere come protagonisti i soggetti nella cui sfera giuridica sono destinati a operare i risultati dell'azione giustiziale. Riprendendo le considerazioni svolte in precedenza sul valore democratico della partecipazione procedimentale, si può aggiungere che questo fattore di compensazione democratica assume particolare rilievo per le *Authorities*, estranee, per la loro peculiare collocazione istituzionale e per l'essenza della funzione assolta, al circuito democratico rappresentativo basato sull'indiretta investitura elettorale di cui all'articolo 95 della Carta Fondamentale. L'intervento attivo dei soggetti interessati nello svolgersi dinamico della funzione diventa, infatti, il fattore di vera legittimazione del *public power*: legittimazione che proviene dal basso, e non dall'alto, poiché non è il popolo sovrano che opera secondo un sistema di rappresentanza a riconoscere l'autorità, ma lo fanno i privati e gli operatoti a vario titolo coinvolti dall'azione amministrativa⁸.

3.4. Difesa preventiva e discrezionalità tecnica: un binomio inscindibile

L'importanza della difesa procedimentale brilla di una luce ancora più intensa se consideriamo che l'azione dell'autorità *antitrust*, nel quadro generale delle autorità indipendenti, è caratterizzata da una *rincarata discrezionalità tecnica finalizzata all'applicazione della norma*, con la soluzione dei problemi che si pongono per la decodificazione e l'attuazione di "*leges artis*" che si atteggiavano a concetti giuridici indeterminati.

L'assenza della
ponderazione
di interessi

È noto che il giudizio di discrezionalità tecnica inerisce a una "disciplina non esatta", caratterizzata dalla possibile, fisiologica *opinabilità* del risultato. Si tratta di una valutazione distinta dalla discrezionalità amministrativa: "*malgrado il carattere fortemente valutativo che possiedono siffatti giudizi, essi rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale*" (M.S. GIANNINI).

La discrezionalità tecnica è caratterizzata dal perimetro dell'unicità dell'interesse: la valutazione dell'amministrazione secondo canoni scientifici e tecnici

⁷ H. KELSEN, *General theory of law and State*, Harvard, 1945, 269 e segg.

⁸ Così Cons. Stato, commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855; 2 agosto 2016, n. 1767, sui poteri impliciti dell'ANAC alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, cfr. anche parere 14 settembre 2016, n. 1920, sul potere dell'ANAC di adottare un regolamento volto a disciplinare la procedura relativa all'emissione dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211, comma 1, c.p.a.

esclude la presa in considerazione e la comparazione con altri interessi in modo di individuare la soluzione più conveniente. La scelta di convenienza è già fatta a monte, dalla legge, e all'amministrazione resta solo di rilevare le cose e modularvi adeguatamente l'intensità del proprio intervento specialistico. L'amministrazione preposta alla tutela dell'interesse primario regolato dalla legge non deve prendere in considerazione e calcolare gli altri interessi toccati, quale ne sia la natura o la meritevolezza, la convergenza o il conflitto. Non le compete, altrimenti il suo non sarebbe più un giudizio tecnico ma un esercizio di discrezionalità amministrativa, quando la sua struttura organizzativa e le sue professionalità non sono finalizzate a quello. *Essa si deve muovere unidirezionalmente, come lungo una monorotaia*, dove, una volta rilevata la situazione in fatto, deve contenersi a calibrare - in base a regole e cognizioni di scienze e arti - l'intensità e l'adeguatezza delle misure da assumere per intervenire in congrua cura dell'interesse affidatole. Non deve cioè uscire dalla monorotaia, deve valutare in concreto dove sensatamente arrivarvi per evitare che l'interesse affidatole sia compromesso o messo in pericolo. È fuori dal compito degli organi tecnici la comparazione e valutazione, diretta o indiretta - vale a dire, la *commisurazione* con altri interessi, pubblici o privati.

La particolarità delle "tecniche" da spendere in taluni di questi settori (si pensi ai provvedimenti finalizzati alla tutela di beni di interesse culturale o paesaggistico) è un marcato carattere di "scienza non esatta" o "non scienza in senso tecnico" delle conoscenze specialistiche. Più in particolare, a usare una terminologia oggi in voga per quanto non universalmente condivisa, *non si tratta di hard sciences* dai dati sperimentali, oggettivamente quantificabili, controllabili e ripetibili com'è invece per la fisica, la chimica e altre scienze naturali o formali; ma di *soft sciences*, com'è appunto delle "discipline non esatte". Mentre nel campo delle *hard sciences* l'opinabilità è per sua natura contenuta (anche se non si arriva all'assenza di opinabilità, come invece nel caso delle misurazioni da accertamento tecnico) e i risultati della valutazione sono conseguenti e vincolanti, nel campo delle *soft sciences* l'opinabilità, anche ampia, rappresenta un'eventualità naturale e fisiologica e il risultato delle ricognizioni e delle valutazioni è normalmente discutibile.

Carattere di scienza non esatta

Non basta: tra le stesse discipline non esatte ve ne sono alcune i cui risultati, *ex post*, possono offrire un'effettiva dimostrazione della bontà, o della non bontà, della valutazione tecnica a suo tempo compiuta (si pensi ai giudizi sanitari, agronomici, concorsuali, economici o anticoncorrenziali); e altre come per le discipline umanistiche e le c.d. scienze sociali dov'è del tutto normale che, anche dopo, l'assunto seguito resti comunque non dimostrabile e oggettivamente non da tutti condivisibile nei risultati.

Questo elemento, che è nella natura delle cose e perciò insopprimibile, accentua la rammentata caratteristica di *opinabilità* - cioè di assenza di certezze oggettive e di sicurezze anticipate - della singola valutazione specialistica che in varia misura resta intrinseca a qualsivoglia valutazione tecnica: la quale valutazione permane dunque inevitabilmente soggettiva, personale e infine discutibile. Se non fosse così, quella stessa

valutazione non potrebbe esistere e tutto si ridurrebbe a stima dell'opportunità: il che provverebbe troppo.

Le soft sciences accentuano la centralità delle difese procedimentale

La natura inesatta della scienza applicata e il margine di opinabilità insopprimibile del giudizio valutativo incidono sul tipo di sindacato giurisdizionale e, per l'effetto, sulla rilevanza della difesa procedimentale. È noto che la giurisprudenza ha abbandonato il criterio del sindacato meramente formale ed estrinseco sull'esercizio della discrezionalità tecnica ed è pervenuta, a partire dalla storica Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. n. 601, alla tesi della sua piena sindacabilità intrinseca secondo il parametro non del profano ma dello specialista, attraverso il *pieno accesso al fatto e il completo controllo dell'attendibilità e della correttezza della valutazione tecnica sul piano metodologico, operativo, procedimentale, teleologico e sostanziale*. Nondimeno *si salvaguarda*, in ossequio al principio di separazione dei poteri e al corollario della riserva della funzione amministrativa, *il margine di opinabilità della valutazione, vedendovi un'espressione del merito amministrativo e perciò considerandolo insindacabile perché non altrimenti sovrapponibile che da una diversa e opposta opinabilità*. L'opinabilità è infatti, come si è detto, una fisiologica caratteristica delle alternative tecniche.

Resta invece sottoposto al sindacato pieno del giudice amministrativo il caso della valutazione tecnica che esuli dall'opinabilità. Questo superamento, occorre precisare, dev'essere complessivo e non secondario rispetto al bene: occorre cioè che "la sommatoria delle lacune individuate risulti di tale pregnanza da compromettere nel suo complesso l'attendibilità del giudizio espresso dall'organo competente"⁹.

Qual è allora in concreto il limite di accettabilità dell'opinabilità?

La risposta va ricercata negli spazi del superamento logico di ogni plausibilità tecnica.

Il sindacato di ragionevolezza del giudice amministrativo

L'esame della giurisprudenza rileva che il sindacato giurisdizionale supera gli stessi margini dell'opinabilità mediante il riscontro del superamento dei parametri generali di *congruenza, proporzionalità e ragionevolezza*: questi sono utilizzati per censurare un uso su basi tecniche del potere che in realtà fuoriesce dalle ragioni per cui il potere stesso è dato dalla legge; casi in cui l'opinabilità cessa di essere tale o di essere assistita dall'immunità ed entra nello spazio correzionale del sindacato del giudice amministrativo. È fondamentale la ragionevolezza, che deriva da *ratio*, cioè rapporto, misura; e *congruo* da *cum gruere*, incontrare, corrispondere, allinearsi: in entrambi i casi si evoca un giusto e proporzionato rapporto tra due termini¹⁰.

⁹ Cons. Stato, VI, 30 giugno 2011, n. 3894; 13 settembre 2012, n. 4872.

¹⁰ V. ad es. Cons. Stato, VI, 3 luglio 2012, n. 3893, cit. sul sistema dei laghi di Mantova, che evidenzia che la proporzionalità è "connessa alla ragionevolezza, e questa si specifica nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta e sufficiente funzionalità dell'esercizio del potere di vincolo"; Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2013, n. 6241, 3 luglio 2014, n. 3355, en-