

# Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti

\* \* \*

SOMMARIO: **1.** Inquadramento della questione - **2.** Origini, caratteristiche e funzioni delle Autorità amministrative indipendenti - **3.** Natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale: la questione del riparto di giurisdizione - **4.** Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle AAI, in generale. - **5.** Il sindacato sugli atti di regolazione - **5.1.** In particolare: la funzione di regolazione nell'ambito dei procedimenti collaborativi di matrice UE. Le peculiarità del modello AGCOM. - **6.** Il sindacato sugli atti sanzionatori - **7.** La tutela giustiziale avverso i provvedimenti delle Autorità indipendenti. Il nodo problematico del ricorso straordinario. - **8.** Spunti di riflessione conclusivi.

## 1. Inquadramento della questione

Il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti (AAI) appassiona ormai da circa vent'anni ampi settori della pubblicistica nazionale<sup>1</sup> e ha consentito - sia pure all'esito di un dibattito sovente tortuoso e non sempre lineare nei suoi assunti come nei suoi approdi - di fissare numerosi e importanti punti fermi

*Aspetti generali  
della questione*

Il tema che qui viene in rilievo va ad intersecarsi – e con ricadute sistematiche di assoluto interesse – con tematiche che riguardano

- sia i caratteri fondanti del fenomeno delle Autorità indipendenti in quanto tale
- sia il *proprium* dell'esercizio dell'attività giurisdizionale e i limiti del suo corretto esercizio;

---

(\*) Consigliere di Stato.

(\*\*) Il presente contributo costituisce l'estratto di un volume di imminente pubblicazione (C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice delle Comunicazioni Elettroniche Commentato e Annotato articolo per articolo*, Piacenza, La Tribuna, 2018).

<sup>1</sup> La letteratura in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti è pressoché sterminata.

Per l'indubbio rilievo sistematico e per l'importanza che presenta nell'economia della presente analisi si ritiene in primo luogo di richiamare A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, in: *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 2016, p. 123, segg. Inoltre, e senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limiterà qui a richiamare: R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti e organismi europei*, Milano, 2012; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del Giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in: *www.giustizia-amministrativa.it*; L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in: *www.giustizia-amministrativa.it*.

- sia, infine, le peculiarità di alcuni modelli di AAI e gli effetti che tali peculiarità sortiscono sulle forme e sui metodi del sindacato giurisdizionale esercitabili avverso i loro atti.

Il tema in esame, del resto, risulta di difficile inquadramento e non si presta a una sistematizzazione stabile, andando a innestarsi su una materia in continua evoluzione.

Così come, infatti, è lo stesso fenomeno delle AAI a non avere ancora rinvenuto una sua stabile sistematizzazione (essendo peraltro falliti i tentativi di introdurre una *disciplina minima comune* del fenomeno sia al livello costituzionale che a livello di disciplina primaria), così anche le forme, i metodi e i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle *Authorities* hanno finora presentato un assetto cangiante e non sembrano ancora aver raggiunto un assetto stabile.

Del resto, il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle *Authorities*

- si evolve con il modificarsi delle competenze demandate alle stesse Autorità (alle quali il Legislatore degli anni più recenti ha attribuito compiti via via nuovi e diversi e che è difficile ricondurre alla classica tripartizione dei poteri di regolazione, di vigilanza e sanzionatori);
- si evolve con il modificarsi dello stesso ruolo istituzionale delle Autorità di settore (un ruolo che tende sempre più a superare la tradizionale dicotomia fra Autorità di regolazione dei mercati e Autorità di carattere regolativo/giustiziale)
- si evolve e si modifica in relazione alle diverse tipologie di potere esercitato (è evidente, ad esempio, che il tipo di vaglio esercitabile in relazione all'attività sanzionatoria sia profondamente diverso rispetto a quello che si esercita in relazione all'attività di regolazione)
- si evolve, infine, con il modificarsi degli strumenti del vaglio giurisdizionale (basti pensare che negli anni più recenti il Giudice amministrativo ha acquisito, anche in relazione agli atti delle *Authorities*, un potere di vaglio che incide in modo pieno su tutti gli aspetti del rapporto controverso - secondo la formula, talvolta abusata, del '*giudizio sul rapporto*' -).

Nel settore oggetto del presente esame, quindi, si assiste a una duplice dinamica evolutiva il cui combinato operare determina un vero e proprio caleidoscopio di effetti la cui evoluzione non segue sempre un disegno univoco.

Ed infatti:

- per un verso, è la dinamica del ruolo e delle funzioni delle AAI ad influenzare le metodiche del vaglio in sede giurisdizionale, mentre
- per altro verso, è l'evoluzione stessa del ruolo e della funzione del giudizio amministrativo ad influire in modo deciso sugli esiti dell'operato delle Autorità di settore.

Ebbene, con il presente contributo ci si propone di fornire spunti ricostruttivi in ordine all'oggetto, agli strumenti e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti.

A tal fine si procederà in primo luogo a fornire una sintetica disamina in ordine ai caratteri di fondo dello stesso modello delle Autorità indipendenti. Tale disamina non mirerà (per evidenti ragioni di brevità) a svolgere un esame esaustivo circa le numerosissime implicazioni di sistema poste dall'*erompere* sulla scena

*Evoluzione del  
tema del sindacato  
giurisdizionale  
sugli atti delle AAI*

*Obiettivi  
dell'indagine  
e sintesi  
del contributo*

istituzionale delle AAI<sup>2</sup>, ma mirerà piuttosto a fornire alcuni elementi di contesto essenziali per meglio inquadrare la tematica del vaglio giurisdizionale sugli atti delle *Authorities*.

Nella seconda parte ci si soffermerà, quindi, sul sindacato esercitabile sugli atti di regolazione e sanzionatori, sui connessi profili di giurisdizione e sull'ampiezza del sindacato in concreto esercitabile (in particolare, dal Giudice amministrativo). Ci si soffermerà, poi, sulle peculiarità del modello di regolazione che caratterizza l'AGCOM e del modo in cui i procedimenti collaborativi che vedono il coinvolgimento delle Istituzioni e degli Organismi UE presentino aspetti peculiari anche per quanto riguarda le ricadute in ambito contenzioso.

Ci si soffermerà, poi, sulle condizioni e i limiti per ammettere che avverso gli atti delle Autorità amministrative indipendenti siano proponibili ricorsi in via amministrativa, nonché il particolare rimedio del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Nella parte conclusiva si esamineranno alcuni fra gli (invero numerosi) aspetti di persistente criticità del sistema in esame.

## **2. Origini, caratteristiche e funzioni delle Autorità amministrative indipendenti**

Come già anticipato, nel presente paragrafo si forniranno alcuni spunti ricostruttivi circa la complessiva figura ordinamentale delle AAI, limitando tuttavia l'esame ai soli aspetti che possano consentire di rinvenire tratti unificanti nell'ambito della complessa figura e di meglio inquadrare l'esame circa l'oggetto, gli strumenti e i limiti del vaglio in sede giurisdizionale.

*Circa le ragioni storiche dell'enucleazione del modello*

Ebbene, prendendo le mosse dagli aspetti qualificatori, si osserva che un primo aspetto comune a tutte le Autorità indipendenti è relativo alla *ragione* stessa della loro istituzione.

Infatti, con i diversi modelli di Autorità amministrative indipendenti introdotti nel corso del tempo il Legislatore ha mirato ad offrire una puntuale regolazione di alcuni settori dell'ordinamento sensibili, in quanto relativi a interessi economici e sociali di particolare rilevanza costituzionale (e in quanto tali meritevoli di peculiare tutela) e caratterizzati al contempo da elevato tecnicismo.

Le Autorità in questione sono state considerate, appunto, lo strumento più idoneo a garantire la regolazione e la vigilanza in peculiari settori quali (fra gli altri) il risparmio, la concorrenza, le telecomunicazioni, l'energia e la protezione dei dati personali.

L'estrema delicatezza delle materie in parola, determinata sia dall'elevato tecnicismo che le contraddistingue sia dall'immanente rischio di *cattura del regolatore*<sup>3</sup> ha indotto il Legislatore ad affidare la gestione di tali settori a

---

<sup>2</sup> Il termine è mutuato da A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

<sup>3</sup> Teoria associata all'economista statunitense George Stigler funzionale a descrivere il rischio di cattura normativa dell'ente di regolazione da parte dei poteri, pubblici e privati, sottoposti alla regolazione e al controllo dello stesso. La teoria evidenzia come la 'cattura' possa verificarsi per

organismi dotati di elevata competenza tecnica e al contempo muniti dei crismi dell'indipendenza e della neutralità.

E' qui appena il caso di osservare che, nei casi in cui è la normativa eurounitaria a prevedere l'istituzione negli Ordinamenti nazionali di Autorità di regolazione di settore, è lo stesso Legislatore UE a richiedere che le AAI siano assistite da particolari garanzie di autonomia e indipendenza (solo per fare un esempio, basterà qui richiamare l'articolo 3 della Direttiva 2002/21/CE sul *quadro normativo comune in tema di comunicazioni elettroniche* il quale mira a garantire piena indipendenza di giudizio e autonomia funzionale delle Autorità Nazionali di Regolazione istituite nei singoli Stati membri per i settori disciplinati).

La speciale competenza tecnica – e al contempo l'indipendenza di giudizio - di tali Autorità è assicurata in particolare dalla disciplina legislativa che regola la nomina dei componenti delle Autorità e il funzionamento della struttura organizzativa delle stesse.

*La disciplina  
in tema di nomina  
dei componenti  
come presidio  
di indipendenza*

Al riguardo vengono tradizionalmente individuati tre modelli: *i)* il primo, volto ad attribuire il potere di nomina ad organi distinti dal Governo e che ricoprono funzioni di garanzia di particolare rilievo costituzionale; *ii)* il secondo, volto a riconoscere tale potere al Parlamento, il quale decide con procedure e maggioranze particolari<sup>4</sup>; *iii)* il terzo, volto a riconoscere nella sostanza tale potere al Governo, sia pure riconoscendo all'atto finale di nomina la veste formale del decreto del Presidente della Repubblica (e in relazione al terzo di tali modelli ci si limita qui a rilevare gli evidenti dubbi di compatibilità fra il necessario canone dell'indipendenza – *tradizionalmente* inteso come indipendenza *dal potere esecutivo* – e il riconoscimento al Governo di un potere sostanziale di nomina)<sup>5</sup>.

Il necessario carattere dell'*indipendenza* che caratterizza già al livello nominalistico il modello istituzionale in esame non è assicurato soltanto dalle pur rilevanti forme di autonomia organizzativa, contabile e finanziaria e dai descritti meccanismi di nomina dei membri delle Autorità, ma anche (e soprattutto) dall'impossibilità che le funzioni proprie delle stesse siano assoggettate a poteri di indirizzo e ad ingerenze di carattere politico.

---

l'insufficiente autonomia nella capacità di giudizio degli enti e soggetti regolatori, che sarebbero indotti ad allineare le proprie analisi e valutazioni alle interpretazioni fornite dagli operatori controllati.

<sup>4</sup> Si tratta del modello che la l. 249 del 1997 (c.d. 'legge Maccanico') riserva alla scelta dei Commissari dell'AGCOM. Previsioni peculiari riguardano invece la nomina del Presidente dell'Autorità, il quale è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni (oggi: dello Sviluppo economico). La designazione del nominativo del presidente dell'Autorità è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari ai sensi dell'articolo 2 della l. 481 del 1995.

<sup>5</sup> Sul punto sia qui consentito rinviare a C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo Codice dei contratti*, in: *Il libro dell'anno Treccani del diritto*, Roma, 2017.

G. AMATO, nel suo *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia* (in *Rivista trimestrale dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.), individua le modalità di nomina dei componenti come uno dei principali elementi atti a distinguere fra le Autorità indipendenti in senso proprio e quelle per le quali il carattere in parola risulta in qualche misura attenuato (sino a giustificare la qualificazione di organismi '*semi-indipendenti*').

Un ulteriore tratto distintivo che, secondo condivisi orientamenti, caratterizza il modello in esame è quello della piena *neutralità* rispetto all'assetto degli interessi oggetto di regolazione.

Al riguardo, una ormai consolidata elaborazione ha sottolineato la profonda differenza che sussiste fra

- da un lato, il canone dell'*imparzialità* di giudizio (che costituisce un tipico canone dell'esercizio di *qualunque* attività amministrativa ai sensi dell'articolo 97, Cost. anche se espletata attraverso la tipica compagine ministeriale). La nozione di imparzialità descrive l'obbligo della P.A. di valutare complessivamente tutti gli interessi pubblici e privati (primari e secondari) coinvolti nella fattispecie posta al suo esame, per il raggiungimento del miglior interesse pubblico, fermo restando il valore primario rivestito proprio dall'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione procedente;
- dall'altro, il canone della piena *neutralità* (che invece caratterizza il solo operato delle AAI e che descrive un ben diverso stato di piena indifferenza rispetto all'assetto degli interessi oggetto di regolazione e di piena equidistanza fra le posizioni dei vari soggetti o gruppi interessati).

*Il discrimen  
fra imparzialità  
e neutralità*

Al fine di tutelare gli interessi sopra menzionati in maniera esaustiva ed efficace, le singole leggi istitutive hanno attribuito alle Autorità amministrative indipendenti ampie ed eterogenee funzioni di carattere amministrativo, normativo e decisorio.

*Varietà di compiti  
e funzioni delle AAI  
e orientamenti  
legislativi*

Quando il Legislatore assegna a un'Autorità di settore competenze di carattere tipicamente amministrativo (come nel caso del rilascio di autorizzazioni o dell'adozione di provvedimenti di tipo ordinatorio), essa risulta titolare di un tipico potere di natura pubblicistica cui si contrappone un soggetto privato, (titolare di un interesse legittimo oppositivo o pretensivo), posto rispetto ad essa in una situazione di soggezione.

Ciò è, ad esempio, quanto si verifica per la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (CONSOB) nell'espletamento del potere di autorizzare l'esercizio dei servizi e delle attività di investimento da parte delle S.I.M. (articolo 19 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58).

Le funzioni normative e di regolazione si sostanziano, invece, nell'adozione di misure generali che intervengono in settori connotati da elevato tecnicismo e privi (almeno in parte) di una puntuale disciplina legislativa al fine di garantire il più corretto esercizio della concorrenza *nel* mercato oggetto di regolazione.

Da ultimo si osserva che nel *genus* delle funzioni decisorie rientrano *sia* quelle di natura contenziosa, *sia* quelle di natura sanzionatoria.

Per quanto riguarda la prima tipologia di funzioni, il ruolo delle Autorità è quello di arbitro (come nel caso, ad esempio dell'Arbitro Bancario Finanziario - ABF o del neo-istituito Arbitro per le Controversie Finanziarie - ACF) posto in una posizione neutrale ed equidistante rispetto alle posizioni e alle situazioni giuridiche dei soggetti interessati.

La seconda tipologia di funzioni che qui viene in rilievo concerne l'adozione di provvedimenti di carattere interdittivo o pecuniario, resi all'esito di un procedimento caratterizzato da modelli di partecipazione ispirati a finalità di garanzia.

Il fatto che le funzioni di regolazione, vigilanza e sanzionatorie siano solitamente espletate nell'esercizio di discrezionalità tecnica e che richiedano, quindi, la "contestualizzazione" di norme di settore che implicano il ricorso a concetti giuridici indeterminati, rappresenta uno degli aspetti più problematici dell'intera tematica del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti.

*Esercizio di  
discrezionalità  
tecnica  
e problematiche  
connesse*

I connotati generalmente riferibili a tutte le Autorità amministrative (elevata competenza tecnica, indipendenza di giudizio, neutralità rispetto agli interessi coinvolti), vale a differenziare notevolmente il modello delle AAI dagli altri enti pubblici. L'istituzione di amministrazioni indipendenti risponde, infatti (sia pur nella diversità dei modelli disciplinari e delle ragioni storiche che li hanno ispirati), all'intento di collocare "al di fuori della sfera di influenza politica settori amministrativi ritenuti particolarmente delicati"<sup>6</sup>.

Tuttavia, proprio la circostanza che le Autorità in questione siano indipendenti rispetto al potere esecutivo (ed anzi, il fatto che il canone di indipendenza venga solitamente fatto coincidere proprio con l'indipendenza dal potere esecutivo) ha suscitato dubbi in ordine alla legittimità costituzionale delle leggi istitutive delle stesse in quanto tali leggi, pure in assenza di una precisa copertura costituzionale, hanno determinato un rilevante scostamento rispetto al tipico modello di cui all'articolo 95 della Costituzione, che è fondato sul principio di responsabilità ministeriale<sup>7</sup>.

*Circa la  
compatibilità  
costituzionale  
del modello*

Ci si è inoltre interrogati in merito alla coerenza fra il fenomeno delle AAI e i principi di cui all'articolo 101 della Costituzione (secondo cui «*la giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*»), stante il riconoscimento di funzioni paragiurisdizionali in capo a soggetti muniti di indipendenza ma comunque non riconducibili all'Ordine giudiziario.

Ed ancora, si è posto il problema di verificare se, in assenza di qualunque fondamento costituzionale, il sistema delle fonti possa ammettere l'adozione di atti di regolazione (sotto numerosi aspetti assimilabili agli atti normativi) da parte di organismi che non sono muniti di legittimazione democratica (almeno, secondo le modalità che tipicamente caratterizzano gli enti rappresentativi su base elettiva).

Ebbene, secondo l'opinione oggi maggiormente condivisa, la legittimazione ordinamentale delle Autorità amministrative indipendenti (non potendo rinvenirsi nell'espressione di una tipica rappresentatività elettiva) andrebbe piuttosto rinvenuta nelle particolari garanzie partecipative che caratterizzano lo svolgimento dell'attività di regolazione (idonee a colmare, almeno in via tendenziale, le carenze di democraticità e rappresentatività che caratterizzano il modello in esame nel suo momento genetico).

In altri termini, in assenza di responsabilità e di soggezione al Governo, l'indipendenza delle Autorità può trovare una giustificazione di sistema, a

---

<sup>6</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, p. 253 (l'Autore richiama peraltro il pensiero di V. Cerulli Irelli).

<sup>7</sup> Invero, per talune Autorità amministrative non si pongono problemi di ammissibilità costituzionale essendo la loro istituzione intervenuta su impulso della normativa comunitaria. È il caso, ad esempio, dell'AGCM.

condizione che l'esercizio delle funzioni ad esse attribuite avvenga nel rispetto dei principi della trasparenza, della motivazione (c.d. giusto procedimento)<sup>8</sup>.

Altra parte degli osservatori ha inoltre sottolineato che, al fine di ammettere una giustificazione *anche* di ordine costituzionale all'*agere* di organismi collocati al di fuori del tipico circuito di rappresentatività democratica, è necessario valorizzare proprio il carattere della piena sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti delle AAI. A tal fine è stata in particolare valorizzata la piena giustiziabilità del vizio di eccesso di potere il quale rappresenta evidentemente la figura più critica e delicata in relazione al sottile diaframma che sovente separa l'*indipendenza* riconosciuta a un Organismo dalla sua sostanziale *irresponsabilità*.

### **3. Natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale: la questione del riparto di giurisdizione**

Una volta delineate (sia pure, in modo necessariamente sintetico) alcune fra le caratteristiche fondamentali che distinguono le Autorità Amministrative Indipendenti nell'esperienza nazionale, è possibile soffermarsi (in modo parimenti sintetico) su una disamina in ordine alla natura giuridica delle stesse: la disamina in parola fornirà rilevanti spunti ricostruttivi al fine di comprendere quali siano le modalità di vaglio effettivamente esercitabili nei confronti degli atti delle AAI e i relativi strumenti

*Natura giuridica  
delle AAI  
e implicazioni  
di sistema*

Se infatti si propendesse per il riconoscimento alle *Authorities* di un carattere sostanzialmente paragiurisdizionale, si dovrebbe coerentemente escludere - quanto meno in via tendenziale - la stessa possibilità di ammettere forme di *judicial review* avverso i loro atti; laddove invece si propendesse nel senso di una loro connotazione amministrativa, se ne dovrebbe dedurre la piena giustiziabilità dei relativi atti (anche alla luce dell'articolo 113, Cost.), sia pure secondo modalità che tengano adeguatamente conto delle peculiarità del modello ordinamentale in esame.

Ebbene, allo stato attuale di evoluzione del dibattito pubblicistico, risulta ampiamente prevalente la tesi della natura amministrativa delle Autorità indipendenti con la conseguente sottoposizione della loro attività al sindacato giurisdizionale, non ammettendo, peraltro, il nostro ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione<sup>9</sup>.

A sostegno di tale ipotesi ricostruttiva milita oltretutto un argomento di carattere positivo: il Legislatore, nei pochi interventi in cui ha fatto espresso riferimento al fenomeno nel suo complesso (e non a singole sue declinazioni settoriali), ha utilizzato il termine "*Autorità amministrative indipendenti*" in tal

---

<sup>8</sup> Secondo Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, "(...) l'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture stricto sensu rappresentative (...)".

<sup>9</sup> Cons. Stato 10 ottobre 2007, n. 4888; Cass. 20 maggio 2002, n. 7341.

modo confermando – anche attraverso un’aggettivazione certamente non neutrale - la natura essenzialmente amministrativa del modello in esame (in tal senso *anche* l’articolo 119, comma 1, lettera b) del cod. proc. amm.)<sup>10</sup>.

In sintesi: le Autorità indipendenti hanno natura amministrativa nonostante si differenzino, in larga parte, dal tradizionale modello di esercizio delle funzioni amministrative, caratterizzato dalla ponderazione imparziale (e non anche neutrale) dell’interesse pubblico di riferimento.

Una volta esclusa, quindi, la natura giurisdizionale (o anche solo paragiurisdizionale) delle Autorità indipendenti, ne consegue che gli atti dalle stesse adottati ben possano (*rectius*: debbano) essere sottoposti al sindacato giurisdizionale in applicazione della regola generale, cui non sfuggono i soggetti in questione, secondo la quale *ogni potere ha il suo Giudice*<sup>11</sup>.

Del resto, l’eventuale tentativo di sottrarre in tutto o in parte gli atti delle AAI al sindacato giurisdizionale (o di condizionarne altrimenti la tutelabilità) si porrebbe in insanabile contrasto con l’articolo 113, Cost.<sup>12</sup>

Non è infatti sostenibile che le Autorità amministrative indipendenti, originariamente concepite per sopperire alla difficoltà di esercitare in modo pieno ed effettivo un controllo giurisdizionale in settori caratterizzati da elevato tecnicismo, siano per ciò stesso sottratte in via definitiva a quel medesimo controllo<sup>13</sup>.

Una volta ammessa (e senza dubbi sistematici di sorta) la sindacabilità degli atti delle Autorità amministrative indipendenti, la prima problematica che viene in

*Il carattere  
squisitamente  
amministrativo  
delle funzioni svolte  
e il nodo della  
giustiziabilità*

---

<sup>10</sup> Secondo Cons. Stato, VI, 30 maggio 2014, n. 2818, “È evidente che le Autorità indipendenti sono amministrazioni pubbliche in senso stretto, poiché, composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali, svolgono compiti propri dello Stato, di potere normativo secondario e sanzionatorio, di ispezione e di controllo, hanno, in conclusione, poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve - necessariamente- essere loro riconosciuta.

D’altra parte le “Autorità amministrative indipendenti” sono definite tali dal Legislatore in ragione della loro “piena indipendenza di giudizio e di valutazione”, la quale non va intesa come ragione di esonero dalla applicazione della disciplina di carattere generale riguardante le pubbliche amministrazioni, ma comporta, più limitatamente che, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e coordinamento, nel senso che non può influire sull’esercizio dei poteri tecnico-discrezionali, spettanti alle Autorità”.

<sup>11</sup> R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti e organismi europei*, Milano, 2012, 107.

<sup>12</sup> «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

<sup>13</sup> Secondo Cass., Sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632, “Il fatto che alle c.d. Autorità garanti sia riconosciuta una speciale posizione d’indipendenza nell’ordinamento giuridico non vale ad attribuire a queste ultime, e per di più in via esclusiva, l’esercizio di una funzione giurisdizionale spettante nel sistema costituzionale ai soli giudici, ordinario e speciali. I principi costituzionali della pienezza della tutela giurisdizionale e del diritto di difesa escludono, altresì, che possa configurarsi una riserva di amministrazione, sia pure a favore di autorità indipendenti. Del resto, il sindacato giurisdizionale sugli atti di tali Autorità, ivi compresi quelli resi a seguito di procedimenti contenziosi e definiti come paragiurisdizionali, è generalmente ammesso in giurisprudenza”.

rilievo è quella inerente al riparto di giurisdizione e cioè all'individuazione del Giudice chiamato a conoscere dei vizi degli atti e dei provvedimenti dalle stesse adottati.

Anche in questo caso, l'assenza di una regolamentazione organica del fenomeno e la notevole varietà e complessità dei modelli disciplinari non agevola il compito dell'interprete.

Pur emergendo un'accentuata preferenza legislativa in favore del riconoscimento della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, non può tacersi la presenza di ipotesi che delineano, invece, ipotesi di giurisdizione del Giudice ordinario. Ad esempio, sono demandate alla giurisdizione dell'A.G.O. le controversie aventi ad oggetto gli atti del Garante per la protezione dei dati personali (articolo 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196).

Non è qui possibile analizzare in modo compiuto le ragioni concettuali sottese a tale scelta legislativa.

Ci si limita qui ad osservare che essa viene solitamente giustificata alla luce della qualificazione del diritto alla riservatezza come diritto fondamentale dell'individuo (una posizione giuridica soggettiva che, per sua stessa natura, sfuggirebbe alla possibile devoluzione al G.A.).

Il costrutto sistematico in parola, tuttavia, non risulta persuasivo sia perché *tutte* le Autorità di settore operano in ambiti che interessano interessi fondanti dell'individuo e della società (con particolare riguardo ai diritti e alle libertà di matrice economica), sia perché risulta ormai definitivamente superata la teorica che riteneva non configurabile una giurisdizione del G.A. in tema di diritti fondamentali dell'individuo (in tal senso – e in modo inequivoco – la sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2007).

In numerosi casi il Legislatore, con le stesse leggi istitutive delle singole Autorità, ha provveduto a devolvere alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le relative controversie. Ciò è accaduto, ad esempio, per ciò che riguarda le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti: *a)* delle Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni (articolo 2, comma 25 della l. 14 novembre 1995, n. 481); *b)* dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni/AGCOM (articolo 1, comma 26 della l. 31 luglio 1997, n. 249); *c)* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (e fatta salva la giurisdizione del Giudice ordinario per le questioni di nullità degli accordi anticoncorrenziali<sup>14</sup> - articolo 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 -);

Sempre in ordine alle regole di riparto, va qui segnalato che l'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 devolve(va) alla giurisdizione esclusiva

*Ipotesi di  
predeterminazione  
legale del Giudice  
munito di  
giurisdizione*

<sup>14</sup> Cons. Stato 6 maggio 2014, n. 2299: “*Il principio di effettività e compiutezza della tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo consente, con riguardo al diritto antitrust, l'esercizio delle azioni di nullità (contro gli atti e/o le intese anticoncorrenziali di cui agli artt. 2 ss. l. 10 ottobre 1990, n. 287) e di risarcimento dei danni da illecito anticoncorrenziale dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (art. 33, comma 2, l. n. 287/1990), ferma restando, ex art. 113, commi 1 e 3, Cost., la separata proponibilità dell'azione di annullamento, dinanzi al Giudice amministrativo, contro gli atti autoritativi di esercizio del potere per vizi di eccesso di potere o di violazione di legge per inosservanza della disciplina, comunitaria e nazionale, della concorrenza*”.

del Giudice amministrativo «*tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*».

Le disposizioni sopra citate sono state abrogate dal Codice del processo amministrativo che, all'art. 133, comma 1, lett. l) (con previsione in massima parte ricognitiva del quadro giuridico preesistente), ha riconosciuto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209*».

La portata innovativa della disposizione appena richiamata consiste, invero, nella – apparentemente indistinta - devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo delle controversie relative ai provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti.

*Giurisdizione del G.A. e atti sanzionatori delle AAI*

La previsione codicistica in esame è intervenuta con valenza marcatamente innovativa sul pregresso assetto che, secondo orientamenti piuttosto consolidati, riconosceva al Giudice ordinario le controversie relative alle sanzioni irrogate dalle AAI (e tanto, anche sulla scorta degli articoli 22 e 22-bis della l. 24 novembre 1981, n. 689)<sup>15</sup>.

Ebbene, la previsione codicistica in esame, per la sua parte innovativa rispetto al quadro normativo pregresso, è stata oggetto di due successive pronunce della Corte Costituzionale (la n. 162 del 2012 e la n. 94 del 2014), la quale è intervenuta ripristinando la giurisdizione del Giudice ordinario in ordine alle controversie relative ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia che, come rilevato, l'articolo 133, comma 1 lett. l) del cod. proc. amm. aveva attribuito in modo sostanzialmente indistinto alla giurisdizione del Giudice amministrativo<sup>16</sup>.

*Corte cost., sentt. 162/2012 e 94/2014*

In particolare la Consulta ha affermato l'illegittimità costituzionale dell'intervento del Legislatore delegato il quale, incidendo profondamente sul

<sup>15</sup> Sul punto, M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, *passim*.

<sup>16</sup> Nello specifico, la Corte costituzionale, con le sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 14 aprile 2014, n. 94 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

precedente assetto, si è discostato dagli indirizzi giurisprudenziali consolidati che invece avrebbero dovuto orientare il suo intervento.

Ai sensi della legge delega n. 69 del 2009 (articolo 44, commi 1 e 2) la delega al Governo per il riassetto e il riordino del processo amministrativo avrebbe dovuto essere esercitata in modo da adeguare l'assetto del riparto di giurisdizione «*alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*» (laddove, invece, la devoluzione dell'intera materia sanzionatoria al Giudice amministrativo si poneva in contrasto con gli orientamenti sino ad allora prevalenti nell'ambito delle Supreme Corti).

Pertanto, in assenza di specifiche indicazioni legislative in senso contrario, la giurisdizione sulle controversie in tema di sanzioni inflitte dalle citate Autorità spetta al Giudice ordinario, posto che tali sanzioni devono essere applicate sulla base di criteri che riguardano situazioni di diritto soggettivo (si tratta, in particolare, del diritto a non essere assoggettati a sanzioni amministrative illegittime e alle relative conseguenze, in particolare di carattere pecuniario)<sup>17</sup>.

Pertanto, venuta meno, nelle ipotesi in parola la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, rivivono gli ordinari criteri di riparto, senza che possa, viceversa, ipotizzarsi una giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario.

Nel senso della inconfigurabilità di una giurisdizione esclusiva del G.O. in tema di impugnativa avverso gli atti sanzionatori delle AAI si è recentemente espresso il Consiglio di Stato con la sentenza 26 marzo 2015, n. 1596.

Anche all'indomani delle sentenze della Consulta del 2012 e del 2014 residua, invece, la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in ordine: *a*) alle altre controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, adottati dalle Autorità indipendenti (diverse da Consob e Banca d'Italia) di cui all'articolo 133, comma 1 lettera l) del cod. proc. amm.; *b*) alle controversie afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità (articolo 133, comma 1 lettera c) del cod. proc. amm. In tali ipotesi di giurisdizione esclusiva – e sulla base di generali principi - il Giudice amministrativo può essere adito non solo per la tutela degli interessi legittimi, ma anche dei diritti soggettivi.

*Ipotesi residue di giurisdizione del G.A. sugli atti sanzionatori delle AAI*

Da ultimo, si segnala che restano affidate alla giurisdizione ordinaria (almeno secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale)<sup>18</sup>, le azioni di risarcimento proposte nei confronti delle Autorità per omessa vigilanza considerata la differente posizione degli organismi vigilati (diritto soggettivo) rispetto ai soggetti nei confronti dei quali la vigilanza è esercitata (interesse legittimo). Mentre, infatti, nei confronti dei primi l'Autorità esercita una serie di poteri in relazione ai quali vengono in rilievo posizioni di interesse legittimo, per ciò che attiene ai secondi, essi si qualificano come soggetti che l'Autorità è tenuta a tutelare, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi assurge a rango di diritto soggettivo. Più di recente, invece, la S.C. si è pronunciata sul riparto di giurisdizione sulla pretesa azionata dai titolari delle azioni di una società quotata nei confronti della CONSOB, avente ad oggetto non già il risarcimento del danno subito, ma la

<sup>17</sup> Cass. Sez Unite, 22 luglio 2004, n. 13703.

<sup>18</sup> Cass. Civ., Sez. III; 23 marzo 2011, n. 6681.

condanna della menzionata autorità ad esercitare i poteri di vigilanza alla stessa attribuiti dall'ordinamento per assicurare la correttezza e la trasparenza dei mercati finanziari, al fine di elidere il rischio di danni futuri paventati.

Ebbene, la Corte di cassazione (ord. 10095 del 2015)<sup>19</sup> ha stabilito che tale controversia rientra nell'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo, non essendo le sottese posizioni giuridiche soggettive qualificabili come diritto soggettivo, bensì come interesse legittimo.

Secondo la S.C., infatti, “[spetta] al Giudice amministrativo stabilire, in concreto e nel merito, se l'interesse del privato volto ad ottenere o a conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'Amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, ma di un interesse pubblico che lo ricomprende e per la cui realizzazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione, costituisca un interesse meritevole di tutela ovvero rientri tra gli interessi di mero fatto”.

#### **4. Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle AAI, in generale**

Una volta risolte dal Legislatore e dalla Corte costituzionale (nonché dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione) le questioni attinenti al riparto di giurisdizione, il *focus* della presente indagine si sposta sugli strumenti e sulle modalità del sindacato giurisdizionale esercitabile dal Giudice amministrativo sugli atti delle AAI.

*Le forme e i metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle AAI*

In via preliminare, occorre distinguere fra le diverse tipologie di atti potenzialmente suscettibili di essere sottoposti a sindacato giurisdizionale.

Al riguardo si osserva che gli strumenti e i metodi di somministrazione della tutela giurisdizionale si differenziano a seconda che venga in rilievo l'attività di normazione-regolazione ovvero quella sanzionatoria.

La *funzione di normazione-regolazione*, in particolare, si traduce nella determinazione *ex ante* di regole di comportamento destinate a orientare o a vincolare i comportamenti dei soggetti operanti nei settori di volta in volta regolati. Essa si esercita attraverso l'emanazione di atti di regolazione dal contenuto tendenzialmente generale e il cui contenuto non risulta predeterminato dal legislatore, se non in sede di fissazione degli ambiti entro i quali può esplicarsi la funzione di *rule making* demandata alle singole AAI.

*Il sindacato sugli atti di normazione e regolazione*

Sotto tale aspetto, quindi, il *principio di legalità* opera nel settore in esame in modo assai ampio, non implicando forme di riserva di legge. Al contrario, per ciò che riguarda la funzione regolatoria delle AAI, gli ambiti di autonomia demandati alle Autorità di settore sono quanto mai ampi ed è del tutto residuale l'ipotesi in cui il vizio di legittimità che può inficiare tali atti sia quello della violazione di legge

---

<sup>19</sup> Cass. Civ., ord. 18 maggio 2015, n. 10095.

Nel settore in esame, infatti, è particolarmente pregnante il monito della dottrina a riguardare in modo sostanziale al principio di legalità, non soffermandosi sulla sola conformità degli atti alla legge, bensì al diritto (*i.e.*: all'Ordinamento giuridico nel suo complesso)<sup>20</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'attività sanzionatoria, essa colpisce *ex post*, con provvedimenti pecuniari o interdittivi, i soggetti operanti in un determinato settore i quali abbiano tenuto comportamenti difformi rispetto alle regole poste a disciplina del settore stesso.

Nel settore in esame (come nell'intera materia sanzionatoria) vige, al contrario, uno stretto principio di legalità. Tuttavia, in tale settore l'attuazione pratica della disciplina sanzionatoria viene resa di particolare delicatezza e complessità per il fatto che l'integrazione del precetto (attraverso il tipico schema prescrizione / violazione / sanzione) viene demandata all'opera integrativa dell'Autorità di settore, chiamata a contestualizzare la fattispecie attraverso l'applicazione di regole tecniche specialistiche di carattere necessariamente opinabile.

Le modalità di vaglio sulle richiamate tipologie di atti (*i.e.*: su quelli che costituiscono esplicitazione – rispettivamente - dell'attività di regolazione e di sanzione) sono differenziate e appare pertanto opportuno esaminarle in modo distinto.

## 5. Il sindacato sugli atti di regolazione

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione delle AAI non pone – almeno in via di principio - particolari problematiche di ordine sistematico.

Ed infatti, la sostanziale equiparazione di tali atti (*mutatis mutandis*) a quelli di normazione secondaria consente di ritenere valide, nei limiti della compatibilità, le consolidate soluzioni in ordine alle quali si è pervenuto in riferimento a questi ultimi.

La problematica concernente la funzione di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, come già rilevato, coinvolge l'aspetto della legittimazione democratica e della responsabilità politica dei membri di tali organismi. Si è detto, però, che la conformità a Costituzione dello stesso modello istituzionale delle AAI può essere affermata mercé la piena valorizzazione del momento partecipativo nell'ambito dell'adozione degli atti di regolazione.

Quindi, tanto meno risulterà garantita la legittimazione in senso rappresentativo dei membri delle Autorità indipendenti, tanto più dovrà essere rispettato e incrementato il profilo relativo alla legalità in senso procedimentale.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha efficacemente osservato al riguardo che il (parziale) *temperamento del principio di legalità in senso sostanziale* - giustificato dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori - impone, altresì (quale sorta di contraltare sistematico), il

*Il sindacato sugli atti di regolazione: l'assimilazione agli atti di normazione secondaria*

*La legalità in senso procedimentale*

---

<sup>20</sup> F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in: *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2010.

*rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale* che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari (Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, cit.)<sup>21</sup>.

Pertanto, il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione ha ad oggetto in modo rilevante (anche se non esclusivo) il rispetto delle citate garanzie procedimentali.

È così emerso un fenomeno in parte nuovo nell'esperienza giuridica nazionale: la sottoposizione di un'attività sostanzialmente normativa al principio del giusto procedimento e del contraddittorio.

Sul piano del sindacato giurisdizionale, l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento delle Autorità ha certamente determinato un parziale ridimensionamento del vizio di *violazione di legge* dal momento che, sovente, l'assenza di criteri e di principi stabiliti dalle leggi istitutive delle diverse Autorità indipendenti si risolve in una sostanziale *delega in bianco* alla regolazione (o quanto meno in una rimodulazione delle rigidità insite nel principio di legalità).

Da questo punto di vista (e in considerazione agli ampi spazi di integrazione demandati alle Autorità di settore nell'esercizio dell'attività di regolazione) diviene tendenzialmente recessivo il vizio della violazione di legge, mentre residuano apprezzabili spazi sistematici per configurare ipotesi di *eccesso di potere*, con particolare riguardo alle figure sintomatiche della contraddittorietà, dell'ingiustizia manifesta e del difetto di istruttoria.

Ed infatti, siccome l'attività di tipo normativo-regolativo è rimasta talora priva di sicuri referenti legislativi ai quali ancorare il controllo di legittimità della decisione adottata dall'Autorità indipendente, il sindacato giurisdizionale si è incentrato *sia* sulla intrinseca ragionevolezza di quest'ultima, *sia* - come già evidenziato - sul rispetto delle garanzie partecipative assicurate ai destinatari dell'atto.

L'eccesso di potere è in tal modo divenuto il principale strumento per valutare il rispetto da parte delle AAI dei principi di coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore. Resta ferma, naturalmente (e in base a generali e condivisi principi), l'intangibilità della scelta adottata dall'Autorità indipendente quando questa risulti nel suo complesso razionale e adottata all'esito ad un'attività procedimentale nel cui ambito le richiamate garanzie risultino nel complesso rispettate.

*Carattere recessivo  
del vizio di  
violazione di legge.  
Espansione  
dell'eccesso di  
potere*

---

<sup>21</sup> La sentenza in parola ha, in particolare, stabilito che “*il rispetto del principio di legalità, pur non imponendo la puntuale e rigida predeterminazione legale dell'an e del quantum dell'attività di regolazione, richiede nondimeno sia la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire nell'esercizio in concreto di tale attività, sia la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. Nel caso degli atti regolamentari, tuttavia, la legge normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto. La particolare declinazione del principio di legalità sostanziale in tal modo realizzata si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema (...)*”

## 5.1. In particolare: la funzione di regolazione nell'ambito dei procedimenti collaborativi di matrice UE. Le peculiarità del modello AGCOM.

Se è vero – in generale – che l'attività di regolazione demandata alle AAI deve svolgersi secondo modalità volte a valorizzare in massimo grado la legalità in senso procedimentale (intesa quale strumento di legittimazione in senso suppletivo dello stesso modello istituzionale delle *Authorities*), l'esigenza di valorizzare tale declinazione del principio di legalità risulta tanto più avvertita nei settori in cui l'attività di regolazione presuppone l'esercizio coordinato delle funzioni fra le Istituzioni europee e le Autorità di regolazione nazionali (ANR).

Al riguardo occorre svolgere alcune considerazioni preliminari.

In alcuni ambiti disciplinari che non costituiscono oggetto di armonizzazione, ma soltanto di ravvicinamento delle legislazioni in ambito UE (come nel caso delle comunicazioni elettroniche), la disciplina eurounitaria individua forme di collaborazione di carattere orizzontale e verticale fra la Commissione europea, le ANR nazionali, nonché fra particolari organismi di raccordo fra i regolatori nazionali (come nel caso del *Body of European Regulators of Electronic Communications* – BEREC ).

Nella disciplina UE di tali settori, sia l'attività di analisi dei mercati, sia l'attività di regolamentazione *ex ante* contempla momenti di confronto collaborativo fra livello UE e livello nazionale (secondo un vero e proprio “*dialogo*” fra i diversi livelli di governo)<sup>22</sup>, ferma restando la responsabilità esclusiva dell'ANR nell'adozione dell'atto finale di regolazione.

Ciò comporta che, in tali settori disciplinari, l'ambito UE opera in due momenti e in due forme distinte sul vaglio di legittimità sull'atto finale di regolazione dell'ANR:

- in alcune (ma limitate) ipotesi, la norma eurounitaria si pone quale parametro diretto di legittimità dell'atto di regolazione adottato dall'ANR<sup>23</sup>. In tal caso, il tema delle forme, dei metodi e dei limiti del vaglio giurisdizionale demandati al Giudice nazionale si pone in modo non dissimile da quello proprio di qualunque altro settore dell'Ordinamento in cui operano forme di ravvicinamento delle legislazioni nazionali
- in altre ipotesi, la normativa eurounitaria di riferimento delinea soltanto forme e metodi di svolgimento del dialogo collaborativo fra i diversi livelli istituzionali (secondo il richiamato schema della legittimità in senso procedimentale), ferma restando l'esclusiva responsabilità finale dell'ANR nell'adozione dell'atto di regolazione (è questo – ad esempio – il caso della procedura per l'applicazione delle misure correttive per le reti e i servizi di comunicazione elettronica di cui all'articolo 7-bis della c.d. ‘*Direttiva quadro*’ n. 2002/21/CE).

*Legalità in senso procedimentale e esercizio coordinato delle funzioni in ambito UE*

*Circa l'integrazione operativa fra le diverse ANR: il caso del BEREC*

<sup>22</sup> A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., par. 3.2 e *passim*.

<sup>23</sup> Si pensi al rispetto della nozione di ‘*significativo potere di mercato*’ di cui all'articolo 14 della Dir. 2002/21/CE (c.d. ‘*Direttiva quadro*’) che si impone alle ANR (alle quali, peraltro, è demandato il compito di contestualizzare attraverso autonome valutazioni la nozione in parola in relazione alle peculiarità del caso concreto).

Il secondo novero di ipotesi risulta certamente di maggiore interesse sistematico e offre all'interprete (e al Giudice) una casistica particolarmente densa di spunti di riflessione.

Nell'ambito di tali ipotesi è infatti possibile distinguere (con un necessario grado di semplificazione) fra: *i*) i casi in cui l'ANR non abbia sostanzialmente valutato gli apporti forniti dalla Commissione e dal BEREC (nonostante essi fossero conformi ai metodi di "dialogo" sanciti dalle direttive UE) e *ii*) i casi in cui l'ANR si sia motivatamente – ma significativamente – discostata dalle indicazioni formulate dall'Esecutivo UE.

Nel primo caso la giurisprudenza nazionale serba solitamente un atteggiamento di estremo rigore e conclude per l'illegittimità dell'atto di regolazione violativo delle regole sulla collaborazione fra Commissione europea, BEREC e ANR.

In tali ipotesi l'ANR (il cui atto di regolazione sia impugnato per violazione delle richiamate regole in tema di cooperazione) non sarà neppure ammessa a provare *ex post* che, in caso di svolgimento del "dialogo" interistituzionale, il contenuto finale dell'atto di regolazione non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato.

Ciò, in quanto nel settore in esame il rispetto delle regole procedurali non assume una mera *valenza strumentale* (come nello schema di cui all'articolo 21-*octies* della l. 241 del 1990) ma assurge esso stesso a *parametro di legittimità* dell'attività regolatoria nel suo complesso (secondo il più volte richiamato schema della *legalità in senso procedimentale*, che si estende evidentemente anche al rapporto con le Istituzioni e gli Organismi UE).

Diverso è invece il caso in cui l'ANR abbia – sì – valutato gli apporti offerti in particolare dalla Commissione europea nel corso del procedimento, ma se ne sia in concreto discostata all'esito della propria autonoma valutazione.

In tale caso la divergenza dell'esito finale non determinerà *ex se* l'illegittimità dell'atto finale di regolazione, ma comporterà comunque un adeguato vaglio giudiziale circa le ragioni concrete che hanno indotto l'Autorità nazionale a discostarsi dalle indicazioni offerte dalle Istituzioni e dagli Organismi coinvolti nel "dialogo" interistituzionale.

In alcuni casi (come nell'impugnativa avverso le delibere AGCOM 746/13/CONS e 747/13/CONS)<sup>24</sup> il Giudice nazionale, pur dando atto della frontale diversità fra l'approccio suggerito dalla Commissione UE e quello infine seguito dall'Autorità nazionale, ha escluso che le delibere conclusive fossero per ciò stesse viziate, non emergendo in atti "particolari vizi di manifesta irragionevolezza o di grave ingiustizia", rilevando che l'adesione all'approccio indicato dall'Esecutivo UE avrebbe comportato un sindacato di tipo sostitutivo, non consentito al Giudice nazionale<sup>25</sup>.

*Patologia negli esiti del dialogo interistituzionale e ricadute sugli atti finali*

*La violazione delle regole sul dialogo interistituzionale come vizio di carattere sostanziale*

<sup>24</sup> Relative, rispettivamente: *i*) all'approvazione delle condizioni economiche e tecniche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2013 relativa ai servizi *bitstream* su rete in rame e *ii*) alle modifiche alla delibera n. 476/12/CONS e approvazione delle condizioni economiche e tecniche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2013 relativa ai servizi di accesso disaggregato all'ingrosso alle reti e sottoreti metalliche e ai servizi di co-locazione (mercato 4).

<sup>25</sup> In tal senso: T.A.R. Lazio, sent. 2775 del 2015.

In altri casi, invece, il Giudice nazionale (pur evitando di svolgere valutazioni in ordine al merito della scelta regolatoria adottata dall'ANR) ha dichiarato illegittimi gli atti finali di regolazione per avere l'Autorità omesso di fornire *quanto meno* un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che l'avevano indotta a discostarsi in modo netto dalle indicazioni offerte dalla Commissione UE nell'ambito del più volte richiamato "dialogo" interistituzionale<sup>26</sup>.

In definitiva i Giudici di Palazzo Spada, lungi dal ritenere che gli apporti offerti dalla Commissione europea siano qualificabili *ex se* quali parametri di legittimità delle scelte regolatorie dell'ANR, sanciscono a carico dell'AGCOM un onere rafforzato di valutazione e di adeguata motivazione, trattandosi di un rilevantissimo atto di collaborazione offerto dall'Esecutivo UE al programma di razionalizzazione del quale l'Autorità è investita<sup>27</sup>.

Al di là dei diversi esiti conclusivi che hanno caratterizzato le vicende giudiziarie da ultimo richiamate, vi è una sostanziale coerenza nella giurisprudenza amministrativa relativa al vaglio in ordine alle ipotesi in cui l'attività di regolazione comporti forme di cooperazione con le Istituzioni e gli organismi UE.

In tali ipotesi, infatti, lungi dall'individuare nelle forme e nei metodi della cooperazione un vincolo di carattere teleologico (e un parametro di legittimità *in se*), i Giudici amministrativi pongono al centro della propria attenzione la stessa legalità in senso procedimentale.

Laddove l'atto finale di regolazione (pur discostandosi in modo significativo dagli apporti offerti in sede di cooperazione) risulti conforme ai consueti canoni della ragionevolezza, della logicità e della coerenza, esso non potrà essere fatto oggetto di annullamento.

A conclusioni opposte dovrà pervenirsi laddove il concreto svolgimento dell'attività di regolazione palesi che l'ANR non ha riconosciuto la dovuta considerazione (in termini valutativi e motivazionali) ai richiamati apporti. In tal caso risulterà violato in radice (e a prescindere dagli esiti concreti dell'attività di regolazione) il valore *in se* rappresentato dall'esercizio coordinato delle funzioni in un ambito (quello delle telecomunicazioni) caratterizzato da accentuate forme di frammentazione e, in via mediata, da oggettive difficoltà all'instaurazione di un mercato unico<sup>28</sup>.

*La giurisprudenza nazionale e la centralità della legalità in senso procedimentale*

## 6. Il sindacato sugli atti sanzionatori

Per quanto riguarda i provvedimenti di natura sanzionatoria si impongono considerazioni alquanto più approfondite in quanto l'adozione di tali provvedimenti, generalmente, sottende l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'Autorità<sup>29</sup>.

*Il sindacato sugli atti sanzionatori e il nodo della discrezionalità tecnica*

<sup>26</sup> In tal senso: Cons. Stato, III, sent. 1837 del 2013 sulla disciplina relativa ai metodi di calcolo per i prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa.

<sup>27</sup> A. PRETO, B. CAROTTI, *op. loc. cit.*

<sup>28</sup> I. CHIEFFI, *La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche*, in: *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2010, p. 901, ss.

<sup>29</sup> M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative*, cit., *passim*.

La norma che regola l'esercizio della potestà sanzionatoria, infatti, nel descrivere la fattispecie sanzionata, richiama sovente *concetti giuridici indeterminati* la cui contestualizzazione richiede il ricorso a regole tecnico-specialistiche proprie delle discipline di settore (e.g.: dalle scienze economiche) connotate dal carattere dell'elasticità e, quindi, dalla fisiologica opinabilità delle relative applicazioni<sup>30</sup>.

E' infatti configurabile l'esercizio di discrezionalità tecnica laddove l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, è chiamata ad applicare una norma tecnica o una disciplina di settore cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. Come è noto, il fatto che la norma sanzionatoria richieda – ai fini della verifica dell'integrazione della fattispecie sanzionabile - la spendita di conoscenze specialistiche e settoriali che esulano dalle discipline giuridiche non impedisce, di regola, il controllo giudiziario sull'atto adottato dall'amministrazione in esito a tali valutazioni.

Infatti, fin dalla sentenza Cons. Stato, 9 aprile 1999, n. 601 è stato affermato il principio secondo cui *“il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”*.

*Cons. Stato,  
sent. 601/1999*

Secondo tale approccio, ciò che è precluso al Giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità non è la verifica della valutazione tecnica operata dall'amministrazione, ma la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, che costituisce il merito amministrativo (in quanto tale tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale).

E' stato quindi chiarito che una cosa è l'opinabilità dell'apprezzamento tecnico, mentre altra cosa è l'opportunità propria della valutazione di merito: il controllo giurisdizionale può estendersi fino alla verifica dell'attendibilità dello stesso processo valutativo che ha ispirato il procedimento di sussunzione della fattispecie astratta nel caso concreto.

Naturalmente, una volta accertata la correttezza del processo tecnico di contestualizzazione del concetto indeterminato stabilito in via astratta nel precetto normativo, rimane precluso al Giudice il sindacato sulla opportunità della scelta finale, che costituisce espressione di merito amministrativo.

Tale quadro ricostruttivo risulta avvalorato dalla definitiva codificazione della consulenza tecnica d'ufficio (CTU) come mezzo di prova anche nel processo amministrativo (art. 67 c.p.a.) e, soprattutto, dalla sua preordinazione anche all'acquisizione di valutazioni che richiedono competenze tecniche (art. 63, comma 4, c.p.a.).

*Forme di sindacato  
e strumenti  
processuali*

In definitiva, la giurisprudenza amministrativa in tema di sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali risulta ormai consolidata: è pacificamente ammesso un tipo di sindacato giurisdizionale volto a verificare l'attendibilità tecnica della valutazione compiuta dall'Amministrazione, pur riconoscendosi che,

---

<sup>30</sup> R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), relazione al convegno tenutosi presso il Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013.

a fronte di più soluzioni tutte fisiologicamente opinabili - ma allo stesso tempo tutte plausibili - debba prevalere la scelta tecnica compiuta dall'Amministrazione.

Non sembra, però, che tali conclusioni siano *de plano* riferibili anche al sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali compiute dalle Autorità indipendenti in sede di accertamento della fattispecie sanzionatoria.

Le peculiarità di tali organismi, dinanzi evidenziate, hanno infatti suggerito soluzioni talvolta diverse.

Secondo alcuni interpreti, il riconoscimento delle particolari prerogative ordinamentali delle AAI dovrebbe indurre a riservare agli atti (in particolare sanzionatori) dalle stesse adottati un vaglio particolarmente rispettoso di tali prerogative.

Secondo altri, al contrario, la rilevanza anche costituzionale degli interessi demandati all'attività di vigilanza, controllo e sanzionatoria da parte delle AAI dovrebbe indurre a delineare un sindacato più intenso rispetto a quello tradizionalmente esercitato dal Giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'Amministrazione.

In base al primo approccio, il sindacato operato dal Giudice amministrativo sugli atti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti dovrebbe essere ispirato da un vero e proprio spirito di *deference* istituzionale<sup>31</sup>, nel senso, appunto, di limitare in massimo grado il controllo sulla discrezionalità tecnica esercitata da tali Autorità.

La *ratio* sottesa a tale approccio è che non appare congruo consentire a un Giudice di controllare *ab intrinseco* quella stessa valutazione tecnico-discrezionale che, a monte, si è inteso affidare ad un soggetto altamente specializzato.

All'impostazione appena richiamata (la quale appare invero difficilmente conciliabile con il disposto dell'articolo 113 della Costituzione) si contrappone l'orientamento di coloro che, invece, proprio sottolineando la peculiarità che contraddistingue la funzione sanzionatoria esercitata dalle AAI, propone un sindacato di particolare intensità sia a fronte delle sanzioni di carattere ripristinatorio che a fronte di quelle di carattere afflittivo.

L'approccio in questione risulta suffragato dall'autorevole orientamento dottrinale secondo cui l'esercizio della potestà sanzionatoria non risulta riconducibile alla *funzione amministrativa* in senso proprio, bensì a una autonoma *funzione afflittiva*<sup>32</sup> a fronte della quale deve essere comunque garantita – a garanzia della complessiva conformità a Costituzione del sistema – la piena conoscibilità da parte del Giudice, atteso che qualunque potestà sanzionatoria punitiva è pur sempre espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*).

Impostati in tale modo i termini generali della questione (e una volta ascritta la funzione afflittiva in quanto tale all'ambito complessivo della giurisdizione), ne consegue che il sindacato esperibile nel momento squisitamente giurisdizionale non può che essere pieno e incondizionato e non può ammettere zone d'ombra o limitazioni di sorta.

*In nodo del quantum di potere giurisdizionale esercitabile: verso un sindacato deferente?*

*Il sindacato 'deferente' è incompatibile con l'art. 113, Cost.*

*Autonomia della funzione afflittiva*

<sup>31</sup> L'espressione "sindacato deferente" trova la propria origine in una sentenza della Corte Suprema americana (caso *Chevron* 1984) che invitò, appunto le corti di merito ad un atteggiamento "deferente" nei confronti delle *agencies*.

<sup>32</sup> G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in: *Enc. Dir.*, Agg. VI (2002)

In una prospettiva analoga, volta a valorizzare la particolarità della funzione sanzionatoria esercitata dalle Autorità indipendenti, si inserisce anche la questione esaminata dalla Corte EDU nel caso *Menarini Diagnostic c. Italia* del settembre 2011, in cui si è affrontata la questione se il tipo di sindacato esercitato dal Giudice amministrativo italiano sulle sanzioni delle Autorità indipendenti (segnatamente su quelle irrogate dall'AGCM) possa considerarsi in linea con il diritto ad una tutela piena ed effettiva riconosciuto dall'art. 6, par. 1, della Convenzione.

Come si avrà modo di osservare, la Corte EDU ha concluso nel senso della complessiva conformità fra il sistema nazionale dei rimedi giurisdizionali esperibili avverso gli atti sanzionatori delle AAI e il canone convenzionale del giusto processo.

Sul tema si tornerà fra breve.

Giova, a questo punto, ripercorrere le fasi più significative del dibattito interno circa l'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dal Giudice amministrativo, al fine di verificare se gli approdi cui si è pervenuti risultino conformi, quanto ad effettività della tutela, a quanto espresso dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

*Un breve excursus storico*

Nel corso di una *prima fase*, si riteneva che il sindacato giurisdizionale fosse limitato ai vizi di legittimità degli atti adottati dalle AAI, restando precluso qualunque sindacato circa il merito delle scelte tecnico-discrezionali dalle stesse operate. Sotto il profilo della stretta legittimità, tuttavia, il controllo giudiziario non incontrava limiti di sorta, potendo essere esercitato in relazione ai tradizionali vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Un sindacato circoscritto ai soli profili di legittimità dell'atto (e non esteso al merito delle scelte tecnico-discrezionali riservate all'amministrazione) consentiva al Giudice amministrativo di verificare unicamente la logicità, la congruità e la ragionevolezza dell'atto e non anche di sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità (e tanto, in base alla logica del c.d. controllo estrinseco).

L'avvertita esigenza di un controllo che permettesse al Giudice amministrativo di verificare la corretta ricostruzione dei fatti compiuta dall'Autorità, ha segnato il passaggio ad un controllo c.d. *intrinseco*, con ciò intendendosi la possibilità per il Giudice di valutare la correttezza del criterio tecnico applicato dall'amministrazione<sup>33</sup>.

*Sindacato intrinseco vs. sindacato estrinseco*

La perdurante impossibilità per il Giudice di esercitare un potere sostitutivo così da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile all'operato dell'Autorità ha contribuito al diffondersi della ossimorica espressione *sindacato di tipo debole*.

*Sindacato 'forte' vs. sindacato 'debole'*

In una *fase successiva*, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza 2 marzo 2004, n. 926) ha inteso superare le incertezze sottese all'ambigua dicotomia fra sindacato di tipo forte e di tipo debole e ha impostato i termini concettuali della

---

<sup>33</sup> Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199 ha affermato che il controllo da parte del Giudice amministrativo implica un accesso pieno e senza limitazioni ai fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, "il che presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese".

questione postulando nei confronti degli atti (anche sanzionatori) delle AAI un *sindacato pieno ed effettivo*.

Del resto, una tutela giurisdizionale effettiva, quand'anche relativa all'esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, per essere davvero tale, non può limitarsi ad un *sindacato meramente estrinseco*, ma deve consentire al Giudice un *controllo intrinseco*, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente<sup>34</sup>.

Ciò significa, quindi, che il Giudice amministrativo esercita sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Autorità un sindacato di tipo intrinseco (ricorrendo alle medesime regole specialistiche utilizzate dall'Autorità), ma a carattere non sostitutivo, limitandosi a verificare se la soluzione tecnica individuata dall'Amministrazione risulti nel suo complesso congrua e attendibile (*i.e.*: se rientri nell'ambito dei margini di elasticità consentiti dalla contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato).

Un siffatto modello di sindacato è stato ritenuto compatibile con le garanzie assicurate dalla CEDU e, in particolare, con il diritto a un equo processo di cui all'articolo 6 della Convenzione EDU.

Con la richiamata sentenza sul caso *Menarini Diagnostics* del settembre 2011 la Corte di Strasburgo è stata chiamata, in particolare, a valutare la conformità alla Convenzione del modello di sindacato sulle sanzioni dell'AGCM elaborato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale<sup>35</sup>.

In via preliminare, la Corte europea ha dovuto stabilire se le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM potessero essere considerate quali *'pene'*, ai sensi dell'art. 6, Par. 1, della Convenzione.

La questione è stata risolta facendo applicazione del consolidato orientamento della giurisprudenza CEDU che fonda il riconoscimento del carattere *lato sensu 'penale'* di una misura sui c.d. tre criteri *Engel*<sup>36</sup>.

Così qualificate le sanzioni irrogate dall'AGCM, la Corte europea ha positivamente verificato: *a)* la possibilità per il ricorrente di impugnare tali sanzioni innanzi agli organi italiani di giustizia amministrativa, i quali soddisfano i requisiti che caratterizzano un «tribunale» ai sensi dell'art. 6 CEDU, perché indipendenti sia dal potere esecutivo, sia dalle parti in lite; *b)* la *pienezza* del sindacato esercitato dall'autorità giudiziaria adita.

Quanto alla ammissibilità di un *controllo sostitutivo* da parte del Giudice, deve escludersi che il Giudice amministrativo, adito in sede di impugnazione del

*Il caso Menarini Diagnostics e il carattere pieno ed effettivo della tutela giurisdizionale*

<sup>34</sup> Cons. Stato, 17 dicembre 2007, n. 6469.

<sup>35</sup> *Menarini Diagnostic c. Italia*, n. 43509/08, 27 settembre 2011. Nel merito, i giudici di Strasburgo hanno respinto il ricorso, rilevando che la società ricorrente aveva beneficiato di un tutela di piena giurisdizione, e non limitata al mero controllo di legalità: il G.A., infatti, dopo aver esaminato gli elementi di prova allegati dalle parti, aveva svolto un adeguato sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, nonché una dettagliata analisi circa l'adeguatezza della sanzione all'infrazione commessa. La Corte, in conclusione, dichiara che non vi è stata violazione dell'articolo 6 della Convenzione EDU.

<sup>36</sup> Secondo la Corte EDU, *Engel* e altri c. Paesi Bassi sent. 23 novembre 1976 i criteri in questione riguardano: 1) la qualificazione della sanzione operata dal diritto interno; 2) la natura dell'infrazione; 3) la severità della pena.

provvedimento sanzionatorio, si riappropri, in sede processuale, di una potestà punitiva irretrattabilmente demandata alla stessa Autorità.

La potestà sanzionatoria è attribuita all'Autorità indipendente come funzione sua propria, e tale attribuzione risulta giustificata proprio alla luce delle particolari caratteristiche di tecnicità, indipendenza, neutralità che connotano tale soggetto.

Si tratta, quindi, del tradizionale sindacato sul corretto esercizio di un potere altrui, che, pertanto, deve svolgersi senza sostituirsi al soggetto titolare del potere.

Non depone in senso contrario la circostanza che il Codice del processo amministrativo del 2010 abbia previsto espressamente una giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni delle Autorità indipendenti (articolo 134, lett. c), cod. proc. amm.).

Tale previsione viene, infatti, interpretata come attributiva della sola facoltà di intervenire sul *quantum* della sanzione pecuniaria, e non anche del potere di esercitare un sindacato sull'opportunità della sua adozione<sup>37</sup>. La giurisdizione estesa al merito riguarda, quindi, solo l'importo della sanzione e non la valutazione di esistenza dei suoi presupposti.

In sintesi, secondo la Corte di Strasburgo, il sindacato esercitabile dal Giudice amministrativo italiano sugli atti sanzionatori delle AAI è certamente *pieno ed effettivo* (pieno essendo il potere del Giudice amministrativo di accertare i fatti), ma è pur sempre un sindacato che risente delle regole della giurisdizione amministrativa nel cui ambito si iscrive: regole che impediscono al Giudice di appropriarsi della funzione dell'Amministrazione e di sostituirsi ad essa nel suo esercizio.

Il *pieno accesso al fatto* e il sindacato altrettanto pieno sull'attendibilità della valutazione delle Autorità indipendenti, anche sotto il profilo tecnico, consentono certamente di ritenere tale tecnica di tutela in linea con quanto esige il rispetto dell'articolo 6, Par. 1 della Convenzione EDU.

## **7. La tutela giustiziale avverso i provvedimenti delle Autorità indipendenti. Il nodo problematico del ricorso straordinario**

Se la natura ormai pacificamente amministrativa delle Autorità indipendenti depone nel senso di ammettere *anche* l'operatività delle tutela giustiziale avverso i provvedimenti delle stesse (attraverso l'esperimento di ricorsi amministrativi con finalità di riesame), le peculiarità che le contraddistinguono impongono di rimeditare, almeno in parte, tale conclusione.

In via generale, la tutela giustiziale consiste, nella possibilità per il privato di chiedere giustizia alla stessa Amministrazione senza ricorrere alla tutela giurisdizionale.

Ebbene, per quanto riguarda il *ricorso gerarchico improprio* (presentato, cioè, a un'Autorità non legata a quella che ha emanato l'atto impugnato da un rapporto gerarchico) e a quello *in opposizione* (presentato alla stessa Autorità che ha emanato l'atto impugnato), considerata la loro natura tassativa e il *numerus*

*Il sindacato sugli atti delle AAI e il nodo della tutela giustiziale*

<sup>37</sup> C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del Giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017.

*clausus* che li caratterizza (in tal senso il d.P.R. 1199 del 1971), può pacificamente escludersene l'ammissibilità.

Ciò, in quanto nessuna disposizione di legge afferma l'applicabilità di tali rimedi anche in relazione agli atti delle AAI.

Il canone di indipendenza proprio delle AAI suggerisce, altresì, di ritenere non predicabile avverso gli atti della *Authorities* l'ammissibilità del *ricorso gerarchico proprio* (presentato all'Autorità gerarchicamente sovraordinata a quella che ha emanato l'atto impugnato).

Un discorso a parte deve essere svolto per quanto riguarda la possibilità di ammettere che avverso gli atti delle AAI sia esperito il rimedio del *ricorso straordinario al Capo dello Stato* (un rimedio di cui, come è noto, è stato da ultimo riconosciuto il carattere sostanzialmente giurisdizionale)<sup>38</sup>.

*Le peculiarità del ricorso straordinario al Capo dello Stato*

Ebbene, fino a tempi piuttosto recenti si era affermato (e con qualche ragione) che

- anche una volta acquisito il dato della natura sostanzialmente amministrativa delle Autorità indipendenti
- in sede di vaglio avverso i loro atti, non potesse disconoscersi il dato oggettivo della neutralità che caratterizza l'esercizio delle funzioni tipiche delle AAI (e ciò comportava che i loro atti non potessero essere assoggettati a qualunque modalità di vaglio, in specie laddove l'esercizio dello stesso fosse idoneo a compromettere i canoni dell'indipendenza e della neutralità)

E la questione si poneva in termini particolarmente delicati proprio in relazione al ricorso straordinario al Capo dello Stato in quanto

- se (per un verso) tale decisione era preceduta dal parere di un organo (il Consiglio di Stato) munito a propria volta di autonomia e indipendenza
- per altro verso, il parere in questione poteva (almeno in via teorica) essere superato da una deliberazione del Consiglio dei Ministri (in tal senso l'articolo 14, secondo comma del d.P.R. 1199 del 1971).

E' evidente che tale impostazione concettuale fosse idonea – almeno in via potenziale - a determinare una sorta di corto-circuito istituzionale, consentendo che il Governo intervenisse in modo determinante sulle decisioni di un'Autorità il cui canone di indipendenza si valuta proprio in relazione alle garanzie offerte nei confronti del potere esecutivo

Ebbene, come è noto i termini della questione sono stati modificati proprio con la 'mini-riforma' del 2009<sup>39</sup>, la quale ha introdotto il carattere sostanzialmente vincolante del parere del Consiglio di Stato ai fini dell'adozione del d.P.R. decisivo sul ricorso straordinario.

*Le novità introdotte dalla l. 69/2009*

Come è stato osservato dalla prevalente dottrina (e dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 73 del 2014), la riforma del 2009 ha comportato la sostanziale giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario e quindi il rafforzamento del suo carattere di piena alternatività rispetto al tipico rimedio giurisdizionale.

<sup>38</sup> In tal senso: Corte cost., sent. 73 del 2014.

<sup>39</sup> Si tratta della l. 69 del 2009 il cui articolo 69 ha modificato gli articoli 13 e 14 del d.P.R. 1199, cit., dando luogo alla sostanziale giurisdizionalizzazione del rimedio del ricorso straordinario.

Risultano in tal modo superati i principali aspetti di perplessità che, sino alla riforma del 2009, avevano accompagnato la possibilità stessa che avverso gli atti delle AAI fosse esperibile il rimedio del ricorso straordinario.

## 8. Spunti di riflessione conclusivi

Nell'attuale fase di evoluzione del sistema pubblicistico nazionale, il tema del sindacato giudiziale sugli atti delle AAI (e dei relativi metodi e limiti) rappresenta sotto molti aspetti una sorta di *faux ami* per lo studioso del diritto amministrativo: per un verso – infatti – esso richiama temi e problematiche ben note e a lungo dibattute mentre – per altro verso – esso evoca questioni ancora in larga parte irrisolte.

*Tre questioni per concludere*

Fra i principali temi che si ritiene qui di richiamare, ne emergono in particolare tre, che possono essere compendiate in altrettanti brevi quesiti.

*Il primo di tali interrogativi può essere così riassunto: la particolare collocazione istituzionale delle AAI postula una maggiore o una minore intensità nel vaglio giurisdizionale?*

*Peculiarità del modello delle AAI intensità del vaglio giurisdizionale*

La risposta a tale quesito risulta particolarmente complessa in quanto intercetta tematiche di ordine assiologico e incide sulle stesse ragioni fondanti del ricorso a un modello istituzionale (quello delle AAI) che ha conosciuto uno straordinario successo nel corso degli anni Novanta dello scorso secolo, ma che ha conosciuto in tempi più recenti una profonda rimediazione critica.

Se è vero (come in parte è vero) che una delle ragioni fondanti dell'enucleazione del modello è rappresentata dal diffuso clima di *fuga dalla giurisdizione* (non limitata, invero, alla sola giustizia amministrativa), dovrebbe senz'altro concludersi che la limitazione delle forme e dei metodi del vaglio giudiziale sugli atti delle AAI rappresenti un esito del tutto coerente con il modello in quanto tale.

D'altra parte, alcuni rilevanti elementi sembrano militare in senso opposto.

E infatti, una volta superati (e ormai di fatto tramontati) i tentativi di riconoscere alle AAI natura e funzioni (almeno in parte) giurisdizionali e una volta superato l'arduo tentativo di enucleare una sorta di *terza via* fra amministrazione e giurisdizione, è evidente che qualunque tentativo di limitare il vaglio in sede giurisdizionale sugli atti delle *Authorities* presenti forti aspetti di contrasto con il principio di piena giustiziabilità di cui all'articolo 113, II, Cost.

Vi è poi l'impulso proveniente dagli Ordinamenti sovranazionali. Ed infatti la giurisprudenza *Menarini* testimonia un orientamento il quale non soltanto postula un *controllo di piena giurisdizione* sugli atti delle AAI, ma – per di più – considera tale controllo come condizione indefettibile per riconoscere legittimità al modello istituzionale in quanto tale.

*Il secondo interrogativo può essere compendiate come segue: si può ancora oggi affermare che il tema del sindacato sugli atti delle AAI coincida (almeno in misura rilevante) con quello del sindacato sulla discrezionalità tecnica?*

*Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*

Ebbene, se fino a tempi piuttosto recenti l'immedesimazione fra i due ambiti era pressoché integrale, l'evoluzione successiva (in particolare, delle forme e dei metodi del vaglio giurisdizionale) induce a una conclusione certamente negativa.

Come è stato evidenziato in dottrina<sup>40</sup>, le diverse formule e categorie enucleate nel corso degli anni al fine di ammettere forme di sindacato sugli atti delle AAI (sindacato estrinseco vs intrinseco; sindacato debole vs forte) hanno avuto l'indubbio merito di aprire una breccia nel muro della (ritenuta) insindacabilità, ma ormai hanno esaurito la loro stessa funzione storica.

Ed infatti, l'evoluzione delle forme e dei metodi con cui si svolge in generale il sindacato giudiziale amministrativo (per come compendiate nel *Codice del processo amministrativo* del 2010) ha consentito di riconoscere al G.A. una piena *signoria sul fatto*, che implica necessariamente una valutazione piena e autonoma delle circostanze rilevanti.

Il Legislatore ha in tal modo fornito una nozione quanto mai estesa della nozione di '*fatto*', tale da includere ogni circostanza (anche di carattere squisitamente tecnico) idonea a rivelare - e in assenza di aree di riservato dominio - se l'amministrazione abbia esercitato il proprio potere in modo complessivamente corretto.

Secondo tale approccio, “[il fatto che] un giudizio sia stato formulato alla stregua di una scienza, in luogo di legittimare una riserva di amministrazione, costituisce all'opposto la premessa della sua verificabilità”<sup>41</sup>.

La peculiarità (e anche la complessità) tecnica delle valutazioni poste a fondamento degli atti di regolazione e di quelli sanzionatori, quindi, lungi dal rappresentare un ostacolo alla piena giustiziabilità delle posizioni giuridiche sottese, deve piuttosto rappresentare un elemento idoneo a rafforzare gli strumenti di indagine e intervento.

Il *focus* della questione, quindi, si sposta dall'*oggetto* del sindacato agli *strumenti* con cui esso si svolge, conformemente al canone della *pienezza ed effettività* della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24, Cost.

*Il terzo interrogativo può essere così riassunto: quali sono i limiti (in positivo e in negativo) che il Giudice incontra in sede di vaglio giudiziale sugli atti di regolazione?*

*Limiti del vaglio giurisdizionale sugli atti delle AAI*

Come si è già osservato, la sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti di regolazione e sanzionatori delle AAI non solo è ormai unanimemente ammessa (e con ampia latitudine di poteri conoscitivi), ma essa rappresenta di per sé una condizione di legittimazione della figura istituzionale nel suo complesso. Non a caso la Corte EDU ha sottolineato la necessità che, ai sensi dell'articolo 6 della CEDU, gli atti sanzionatori delle AAI siano sottoposti al vaglio di *organes judiciaires de pleine jurisdiction*.

Evidentemente, però, il fatto che un sindacato sia ammesso - e con forme e metodi anche molto penetranti - non implica certamente che tale sindacato resti a propria volta esente da qualunque limite.

Occorre a questo punto individuare il *quantum* di tali limiti.

<sup>40</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del Giudice amministrativo*, cit., par. 3.

<sup>41</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, p. 179.

Un orientamento ormai tradizionale (pur se declinato nel corso degli anni in forme e con termini in parte diversi) afferma che, in sostanza, l'unico vincolo *in negativo* che si frapponesse alla piena e incondizionata conoscibilità da parte del G.A. degli atti delle *Authorities* sia rappresentato dall'impossibilità per il Giudice di sostituire la propria valutazione di merito a quella dell'AAI e, in ultima analisi, la propria soluzione della questione tecnica a quella offerta in prima battuta dall'Autorità stessa.

Altra cosa è, ad esempio, la critica – anche estremamente penetrante – che il Giudice può rivolere alle modalità con cui l'Autorità di settore ha individuato gli ambiti di un determinato mercato rilevante, mentre ben altra cosa è consentire che sia lo stesso Giudice a ripermire secondo modalità alternative il mercato stesso, in tal modo pervenendo a un esito non soltanto diverso, ma sostanzialmente fissato dal Giudice nell'*an* e nel *quomodo* (con auto-attribuzione di compiti sostanziali di amministrazione attiva).

Si tratta di acquisizioni ormai consolidate anche se – lo si ripete – affidate nel corso degli anni ad argomenti e locuzioni apparentemente diversificate.

Non può invece affermarsi che il vaglio in sede giudiziale sugli atti delle AAI sia suscettibile di alcuna limitazione nella propria espansione *in positivo*.

Non esiste infatti alcun settore sostanziale la cui complessità o peculiarità tecnica giustifichi forme di esclusione – o anche soltanto di limitazione – dei poteri di vaglio del Giudice.

Spetterà, se del caso, al Giudice stesso il compito di utilizzare (con cautela ma senza timore alcuno) i numerosi e penetranti strumenti istruttori, conoscitivi e decisori posti a sua disposizione dal Legislatore, al fine di scomporre i termini delle più complesse questioni tecniche di settore e consentire che le stesse siano riconducibili a delicate (ma non insuperabili) valutazioni in termini di ragionevolezza e coerenza intrinseca.

Si tratta, del resto, di una soluzione resa necessaria non solo dall'esigenza di garantire piena legittimazione democratica (*ex ante* ed *ex post*) all'operato delle Autorità di settore, ma anche dalla concomitante esigenza di riaffermare il principio di *esclusiva soggezione alla legge* (art. 101, II, Cost.) che rappresenta a propria volta il fondamento stesso della legittimazione della Magistratura in un sistema genuinamente democratico.

*Legittimazione democratica delle AAI e soggezione del Giudice solo alla Legge*

**Claudio Contessa**  
Consigliere di Stato

Publicato il 24 luglio 2018