

**Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti?
Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990.**
di Rocco Cifarelli

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il potenziamento delle funzioni dell'Antitrust - 3. Verso un'oggettivizzazione del processo amministrativo? - 4. Alcuni problemi pratici: il coordinamento con le altre Autorità e il monitoraggio dei provvedimenti potenzialmente impugnabili - 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Le Autorità indipendenti nascono per risolvere problemi concreti che si manifestano nei contesti dei diversi Paesi, e non come applicazione di un modello generale messo a punto nei laboratori istituzionali, tant'è che in relazione a tali diversi contesti sono anche diversamente interpretate¹. Le Autorità indipendenti, infatti, si modificano e si evolvono in relazione ad esigenze concrete e sulla spinta di eventi che evidenziano la necessità di cambiamenti: come è, appunto, avvenuto con l'articolo 35 del decreto-legge n. 201 del 2011², mediante il quale il legislatore ha riconosciuto

* Dottore di ricerca in diritto pubblico e cultura dell'economia - Università degli studi di Bari "A. Moro".

¹ Cfr., in tal senso, Pajno A., Quali prospettive per le Autorità indipendenti, in D'Alberti M., Pajno A. (a cura di), Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia, Bologna, 2010, 447. Sulle differenze tra la regolazione di settore negli Stati Uniti e in Europa si veda Torchia L., La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei, in www.irpa.eu, 2012, 2ss., laddove si ricorda che "negli Stati Uniti la regolazione si sviluppa con il *New Deal* e si configura come una estensione dell'area del potere pubblico. Le *independent regulatory agencies* sono nuovi apparati amministrativi, che esercitano nuovi poteri ed incidono significativamente su ambiti e materie prima lasciati interamente all'autodeterminazione delle imprese. La regolazione introduce vincoli ed obblighi prima inesistenti e persegue fini e risultati che il mercato non è in grado di assicurare da solo: la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi resi, la cura di interessi pubblici collettivi come, ad esempio, la tutela ambientale. L'istituzione e lo sviluppo della regolazione indipendente estendono, quindi, i confini dell'influenza pubblica. Se si vuole riassumere con un segno questa tendenza, si può dire che regolazione significa, nell'ordinamento americano, "più Stato". Di segno diverso è, invece, l'esperienza europea, e italiana in particolare. Qui l'istituzione delle autorità indipendenti è coeva e strettamente connessa ai processi di privatizzazione e, soprattutto di liberalizzazione. L'apertura di settori prima dominati da monopoli, pubblici o privati, richiede necessariamente che il nuovo mercato sia regolato, innanzitutto per garantire la sua stessa sopravvivenza (altrimenti il monopolista *incumbent* riprenderebbe rapidamente il sopravvento, anche perché spesso mantiene il controllo della rete necessaria per svolgere i servizi) e comunque per garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico da parte di tutti gli operatori".

² Cfr., in tal senso, Pajno A., Quali prospettive per le Autorità indipendenti, cit, 447. La letteratura sulle Autorità Indipendenti è ormai sterminata. In questa sede, si rinvia ad AA.VV., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Torino, 1999; Allegretti U., Amministrazione pubblica e Costituzione, Padova, 1996; Amato G., Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3, 1997, 645 ss.; Amiconi C., Una giornata di studi su 'Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici', in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, 1222 ss.; Baroncelli S., La costituzionalizzazione delle Autorità amministrative indipendenti, in La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale, a cura di P. Caretti, Padova, 1998, 265 ss.; Bassi F.- Merusi F., Mercati e amministrazioni indipendenti, Milano, 1993; Bilancia P., Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti, in Diritto e società, n. 2/99, 251 ss.; Caianiello V., Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile, in Il

all'Autorità garante della concorrenza e del mercato "un ruolo assolutamente centrale nel difficile percorso diretto a superare la gravissima crisi che ha colpito il nostro Paese"³. Il citato articolo, infatti, amplia i poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi anche Agcm o Antitrust) introducendo, nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, un apposito art. 21-bis che conferisce all'Agcm la legittimazione ad agire in giudizio nei confronti di regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. In particolare, l'Autorità, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle suddette norme, procede preliminarmente all'emanazione di un parere motivato, nel quale indica alla stessa amministrazione gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se l'amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Ai giudizi instaurati ai sensi della disposizione in esame si applica la particolare disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104⁴.

2. Il potenziamento delle funzioni dell'Antitrust

L'ampliamento dei poteri dell'Antitrust non rappresenta, peraltro, una novità emersa *ex abrupto* nel nostro ordinamento, poiché già nel febbraio del 2010 la stessa Agcm ha auspicato l'attribuzione "*all'Autorità, laddove essa ritenga che un atto della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica sia illegittimo per violazione delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, la legittimazione ad impugnarlo davanti agli organi della giustizia amministrativa, avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato. L'attribuzione di una tale legittimazione,*

Foro amministrativo, anno LXXIII, n. 1, gennaio 1997, 341 ss.; Caranta R., Il giudice delle decisioni delle Autorità indipendenti, in I Garanti delle regole, a cura di Cassese S.- Franchini C., Bologna, 1996, 165 ss.; Casavola F. P., Quale "statuto" per le autorità indipendenti, in *Impresa e Stato*, 1996, 39 ss.; Cassese S., Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra statali, relazione al Convegno internazionale Francesco Saja La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, in *Foro italiano*, vol. V, 1996, 7 ss.; Cerulli Irelli V., Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti", in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi- F. Merusi, Milano, 1993, 1 ss.; Clarich M., Le Autorità indipendenti raccontate agli economisti, in *Dir. Amm.vo*, n. 1/99, 181 ss.; D'Alberti M., Autorità indipendenti (dir. amm.), in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1995; Franchini C., Le autorità amministrative indipendenti, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1988, 549 ss.; Grasso G., Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America), in *Quaderni regionali*, vol. II, 1993, 1303 ss.; Majone G.- La Spina A., Lo Stato regolatore, in *Riv. trim. sc. Amm.*, n. 3, 1991, 3 ss.; Manetti M., Poteri neutrali e Costituzione, Milano, 1994; Napolitano G., Autorità indipendenti e tutela degli utenti, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 1996, 14 ss.; Niccolai S., Le Autorità indipendenti come potere di garanzia, in *Rass. Parl.*, 1998, 335 ss.; Pericu G., Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1996, 1 ss.; Roversi Monaco M. G., Note su alcune "autorità garanti" e sulla tutela giurisdizionale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 245 ss.; Tucciarelli C., Il procedimento di istituzione delle Autorità indipendenti in relazione al sistema delle fonti, in *Rass. Parl.*, 1997, 115 ss.

³ Sandulli M.A., Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011, in www.federalismi.it, 2012, 4. Per un'attenta ricostruzione in relazione al potenziamento delle funzioni dell'Antitrust si rinvia a Cintioli F., Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, in www.federalismi.it, 2012; Sandulli M.A., Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990, *ivi*; Politi R., Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità Antitrust tra il Minosse di Dante ed il giudice di De Andrè, *ivi*.

⁴ Il titolo V del libro IV del D.Lgs. 104/2010 è dedicato ai riti abbreviati relativi a speciali controversie.

e il suo successivo esercizio nel tempo da parte dell'Autorità, garantirebbero già nel medio termine un forte incentivo alla piena adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di procedure di affidamento rispondenti a criteri realmente competitivi, ottenendosi così concreti risultati di miglioramento del funzionamento dell'economia nel suo complesso"⁵.

Inoltre, da parte della dottrina, non sono mancate proposte volte a promuovere l'ampliamento dei poteri dell'Antitrust come, ad esempio, l'introduzione per l'Agcm della facoltà di emanare un ordine alla stazione appaltante volto a rimuovere le misure restrittive contenute nel bando a seguito di contraddittorio su istanza di parte, prevedendo un termine breve per l'impugnazione⁶.

Giova, in questa sede, ricordare che il legislatore ha potenziato in misura consistente, nel corso degli ultimi mesi, gli ambiti di intervento dell'Antitrust, sia *ex ante* (in fase cioè di elaborazione delle nuove normative) sia *ex post* (in fase di attuazione).

L'art. 34 ("Liberalizzazione delle attività economiche") del d.l. n. 201/2011 (c.d. salva-Italia) ha previsto un parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'attività.

L'art. 4 ("Norme a tutela e promozione della concorrenza nelle amministrazioni pubbliche) del d.l. n. 1/2012 (c.d. cresci-Italia) ha previsto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle autorità amministrative indipendenti (quindi, in primis dell'AGCM) aventi ad oggetto le restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato al fine di esercitare le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione.

L'art. 1 ("Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese") del d.l. n. 1/2012 (c.d. cresci-Italia) ha previsto che, nell'emanazione dei nuovi regolamenti che il Governo dovrà adottare per l'individuazione delle attività economiche per le quali è giustificato il mantenimento di un preventivo atto di assenso, atto di assenso, sia richiesto un parere preventivo da parte dell'Autorità.

L'art. 12 ("Semplificazione procedimentale per l'esercizio di attività economiche") del d.l. n. 5/2012 infine ha introdotto un parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui regolamenti di semplificazione che il Governo dovrà adottare con riguardo ai procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa.

Il disegno del legislatore appare chiaro: se la libera concorrenza si oppone tanto alle restrizioni pubbliche dei mercati quanto alle restrizioni private, grazie ai nuovi poteri l'Autorità diviene il "guardiano", oltre che delle imprese e gli operatori economici, anche dei pubblici poteri (legislatore e pubblica amministrazione)⁷.

⁵ AGCM, AS659 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, 2010, 10.

⁶ D'Alberti M., Cancrini A., Appalti pubblici e Antitrust, in www.treccani.it, 2009, 10. Gli Autori ritengono che il potere d'ordine dell'Agcm debba affiancarsi «alle procedure pre-contenziose dinanzi alla AVCP. Queste ultime possono riguardare varie "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici", relative anche al rispetto di principi di diritto amministrativo (ad es., la legittimità o meno dell'annullamento degli atti di gara, o l'applicazione di determinati punteggi nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). L'eventuale ordine dell'AGCM che si prospetta potrebbe, invece, riferirsi esclusivamente ai contenuti dei bandi in relazione al principio e alle regole di concorrenza».

⁷ Argentati A., Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in Rivista trimestrale di diritto dell'economia, n. 1/2012, spec. 41.

3. Verso un'oggettivizzazione del processo amministrativo?

Orbene, l'articolo 21-bis ha delle importanti implicazioni, innanzitutto, sul piano processuale: la *ratio* di tale disposizione risiederebbe, secondo alcuni primi commentatori, in un tentativo di oggettivizzazione del giudizio amministrativo⁸, a presidio dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e del mercato, ponendosi in discontinuità con i principi generali che tradizionalmente governano il processo amministrativo ed in specie con quello dispositivo e dell'impulso di parte. Con la disposizione *de qua*, infatti, viene introdotta una legittimazione pubblica all'azione "nell'interesse della legge", che «vede indubitabilmente potenziata la sua funzione di garanzia della "giustizia nell'amministrazione" affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004. Il giudizio che viene instaurato dall'Autorità si spoglia dalle vesti tipiche del giudizio di parti a tutela di una posizione giuridica soggettiva, per assumere connotazioni più propriamente oggettive, che hanno fatto giustamente parlare dell'introduzione di una sorta di "pubblico ministero della concorrenza" nel giudizio amministrativo»⁹. In sostanza, con l'articolo 35 del decreto citato il legislatore avrebbe individuato un soggetto istituzionale competente in materia di concorrenza, che può adire il giudice amministrativo e che si aggiunge agli interessati ed ai legittimati secondo le consuete regole processuali, al fine di rimuovere quegli atti amministrativi che violano le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

⁸ Sull'origine del dibattito intorno al concetto di giurisdizione di diritto oggettivo si rinvia a Cintioli F., Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990), in www.giutamm.it, 2012. L'Autore osserva che "la nozione di giurisdizione di diritto oggettivo risale soprattutto al dibattito dottrinale che si sviluppò all'indomani della legge Crispi, la quale istituì nel 1889 la prima Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato. A fronte di coloro che avevano sostenuto che non si potesse definire come giurisdizionale una tale funzione, perché non mirata alla tutela di diritti soggettivi (a quel tempo la serie delle situazioni soggettive tutelabili era incentrata nel diritto soggettivo), vi era chi aveva obiettato prontamente che la funzione giurisdizionale è più ampia e che essa poteva anche svilupparsi nella tutela di un interesse alla legalità o comunque nella tutela di un interesse pubblico, procurando una protezione soltanto indiretta e mediata dei cittadini. Si menzionava in proposito la giurisdizione penale: in essa si tutela un interesse generale dell'ordinamento e nondimeno essa è certamente una autentica funzione di giurisdizione. Sennonché il processo amministrativo (al di là di una disputa che comunque aveva anche talora una dimensione solo nominalistica) è stato, sin da principio, guidato lungo il sentiero della giurisdizione di diritto soggettivo. La scelta fondamentale del legislatore era infatti di delimitare il sindacato del Consiglio di Stato ai motivi proposti dal ricorrente, al quale spettava, su tutti, quel potere di rinuncia al ricorso che costituiva il più illuminante esempio del principio dispositivo. Proprio questo tratto ha consentito di segnare una netta distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione di controllo".

⁹ Sandulli M.A., Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011, cit., 4. Cfr., in senso analogo. Quinto P., L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, il quale rileva che "il contenuto straordinario dell'art. 35 si manifesta nella introduzione – per dichiarazione espressa del sottosegretario Catricalà – di un vero e proprio «pubblico ministero» nel processo amministrativo, con l'attribuzione di tale funzione ad una Autorità, autonoma ed indipendente dagli organi di Governo o di altri organi di rappresentanza politica, che opera come organo collegiale costituito «da persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo». Sull'oggettivizzazione del processo amministrativo si veda anche de Lise P., I nuovi confini della giurisdizione esclusiva, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, il quale ritiene che "la giustizia amministrativa tenda non solo alla tutela degli interessi dei singoli ma anche, attraverso tale tutela, a garantire il buon andamento dell'amministrazione (art. 97) e quindi il pubblico interesse previsto dalla norma attributiva del potere (una sorta – soltanto una sorta – di oggettivizzazione del giudizio amministrativo)".

Una lettura del tipo di quella appena descritta non può che suscitare alcune perplessità, anche con specifico riferimento ai parametri costituzionali (artt. 24, 100, 103 e 113 Cost.). Ed infatti, come ripetutamente sostenuto in dottrina e dalla giurisprudenza (seppur con qualche oscillazione), la giurisdizione amministrativa ha avuto sino ad oggi il compito di tutelare i cittadini che siano titolari di situazioni giuridiche soggettive vere e proprie, si è ispirata al principio dispositivo e ed è proprio grazie a questo dato di partenza che si è sviluppata in modo da raggiungere una tutela effettiva di dette situazioni. Il compito immediato della giustizia amministrativa non è, insomma, quello di assicurare obiettivi generali di giustizia, legalità o miglior cura dell'interesse generale. Il suo compito è invece quello di assicurare la protezione dei diritti ed interessi dei singoli quando tali interessi abbiano raggiunto la soglia della situazione soggettiva tutelabile e quando, dunque, abbiano quei connotati giuridici cui è ancorata la legittimazione¹⁰.

Detto compito immediato della giustizia amministrativa, d'altra parte, è ancor più necessario se si pensa alle trasformazioni che investono le stesse situazioni soggettive su cui è fondato il riparto ed in particolare l'interesse legittimo. Questo, infatti, coerentemente con i cambiamenti che riguardano, specie a seguito della legge sul procedimento amministrativo, lo stesso modo di intendere l'interesse pubblico, va perdendo un certo carattere *famulativo* ed *ancillare*, per acquistare una consistenza ed una corposità, a fronte di un potere pubblico sempre più procedimentalizzato, sempre meno caratterizzato da una discrezionalità non controllabile, e per tale ragione meno "ablatorio" e più paritario, che esige forme di tutela che vanno al di là della mera rimozione del provvedimento amministrativo¹¹.

Appare, pertanto, necessaria una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 che eviti lo "sdoganamento" di una giurisdizione amministrativa assimilabile ad una funzione di controllo e suscettibile persino di sconfinare nel merito dell'azione amministrativa, compromettendo così i criteri generali della divisione dei poteri e della riserva di amministrazione rispetto alla giurisdizione. In sostanza, la previsione normativa di un procedimento articolato con la formulazione di un parere, che potrà essere recepito dall'Amministrazione, e la successiva valutazione dell'Agcm sulle nuove determinazioni di amministrazione attiva ai fini dell'eventuale azione giurisdizionale, nonché la considerazione di nuovi parametri di riferimento ai quali ancorare la formulazione di vizi di legittimità senza impingere nel merito dell'azione amministrativa (si veda paragrafo successivo), inducono a ritenere che l'Antitrust non sia divenuta un pubblico ministero di settore nell'ambito del processo amministrativo¹².

Parimenti, la legittimazione ad impugnare riconosciuta all'Agcm non può essere inserita nell'ambito della rappresentanza processuale degli interessi diffusi che il legislatore, negli ultimi anni, ha riconosciuto, ad esempio, nel campo ambientale e degli interessi economici (codice del consumo), e, con la recente legge n. 180/2011, degli interessi produttivi (associazioni di categoria)¹³. L'Antitrust, infatti, non fa valere in giudizio situazioni giuridiche proprie, né è assimilabile ad un ente collettivo, in quanto non è titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività

¹⁰ Così Cintioli F., Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990), cit.

¹¹ Così Pajno A., Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, in ASTRID – Rassegna, n. 26/2006, 9-10.

¹² Cfr., in tal senso, Quinto P., L'interesse legittimo "anfibia" nell'Europa del diritto, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

¹³ Ivi.

e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto¹⁴.

Probabilmente, la *ratio* dell'articolo 21-bis risiede in un tentativo di oggettivizzazione del giudizio, a presidio dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e del mercato. In altri termini, si tratta di un "potenziamento" del ruolo del soggetto affidatario (Agcm) della tutela di un interesse pubblico particolare (tutela del mercato e della concorrenza), fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti¹⁵.

Tale potenziamento, tuttavia, rischia, se non "maneggiato" con cura, di porsi in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che l'ordinamento giuridico ha attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa. Nell'attuale ordinamento giuridico, infatti, anche per effetto di scelte costituzionalmente orientate confluite nel codice del processo amministrativo, l'interesse legittimo non si configura quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso proposto al giudice amministrativo perché verifichi la legittimità dell'azione amministrativa in sé considerata, ma si propone come posizione sostanziale, correlata ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione, in termini di sacrificio o di insoddisfazione, a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo, può provocare un danno; va quindi inteso come posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di tecniche di tutela e di forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento lesivo ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale (cfr., *ex multis*, Ad. Plen. Consiglio Stato, 23 marzo 2011, n. 3).

L'interprete, di conseguenza, dovrà tener conto, nell'applicazione della disposizione *de qua*, sia del suo carattere di giurisdizione di tipo oggettivo, sia dell'art. 103, primo comma, Cost. che ribadisce il riparto di giurisdizione per situazioni soggettive tra giudice ordinario e giudice amministrativo, configurando anche una tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione, ma non fa alcun riferimento ad interessi generali¹⁶.

In altri termini, poiché la giurisdizione di tipo oggettivo costituisce un'eccezione nel nostro ordinamento, appare necessaria un'interpretazione dell'art. 21-bis che ne valorizzi gli elementi di specificità, al fine anche di superare quei dubbi di legittimità che sono stati già sollevati. In particolare, la Regione Veneto in un ricorso in via principale ha evidenziato come la disposizione in commento, per un verso, reintroduca un controllo generalizzato su iniziativa dell'Autorità statale, per certi versi analogo a quella forma di controllo del previgente art. 125 Cost., abrogato con la legge costituzionale n. 3 del 2001; sotto altro profilo, l'attribuzione all'Autorità di una generale legittimazione processuale ad impugnare gli atti amministrativi a tutela della concorrenza e del mercato contrasta con la natura di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo e, in particolare, "con l'art. 113, I comma della Costituzione, dove si prevede che sia la titolarità di una posizione giuridica sostanziale e la lesione della stessa ad opera del potere amministrativo, la condizione generale per agire innanzi al giudice amministrativo"¹⁷.

¹⁴ Cintioli F., cit.

¹⁵ Sandulli M.A., Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990, cit., 12.

¹⁶ Cfr., in tal senso, Pajno A., Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, cit., 8.

¹⁷ Ricorso Regione Veneto per illegittimità costituzionale in data 23/2/2012, in G.U. n. 12 in data 21/3/2012.

Gli elementi di specificità dell'art. 21-bis, che l'interprete dovrebbe valorizzare per evitare sconfinamenti nel merito amministrativo o in valutazioni prettamente economiche e sociali, potrebbero essere (i) la deduzione nel ricorso di un motivo specifico consistente nella violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; (ii) la "costruzione" del ricorso, anziché buono alla tutela di qualsivoglia interesse pubblico, sulla rilevanza e sulla constatazione della lesione di un ben determinato interesse di ordine generale assunto dall'ordinamento, ossia quello che corrisponde alla tutela della concorrenza e del mercato¹⁸.

4. Alcuni problemi pratici: il coordinamento con le altre Autorità e il monitoraggio dei provvedimenti potenzialmente impugnabili

L'articolo 21-bis rileva, poi, sul piano dei rapporti dell'Agcm con le altre Autorità indipendenti, atteso che, com'è noto, le Autorità sono separate dall'apparato amministrativo e monofunzionali, per cui non debbono né porsi problemi di coordinamento amministrativo, né operare ponderazioni di interessi pubblici confliggenti¹⁹. La funzione di "pubblico ministero dell'economia" riconosciuta all'Antitrust potrebbe, infatti, acuire la competizione che si è sviluppata negli anni tra le Autorità, per la difesa di competenze o per l'acquisizione di compiti nelle zone di confine, oppure per la spartizione di risorse²⁰. Deve rilevarsi, in proposito, che il decreto-legge n. 201 del 2011 non individua strumenti di collaborazione tra l'Agcm e le altre Autorità (si pensi, in particolar modo, alle competenze dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi), lasciando così aperto il problema dei conflitti di competenza tra Autorità che attualmente non dispongono di un luogo di risoluzione. Al riguardo, è stato giustamente osservato che "la pari dignità di queste istituzioni, la ragion d'essere della loro creazione, senza alcuna ingerenza dell'apparato governativo, al servizio della comunità, dei suoi bisogni e dei valori ad essa immanenti, impongono una equiordinazione dei poteri di intervento per la realizzazione degli obiettivi per i quali sono state istituite"²¹. Tale equiordinazione sembra oggi essere messa in discussione dal legislatore, il quale, riconoscendo all'Antitrust una legittimazione pubblica all'azione "nell'interesse della legge", crea di fatto una disparità di trattamento tra le Autorità in relazione ai poteri di intervento per la tutela degli interessi loro affidati. Sarebbe, pertanto, auspicabile l'attivazione da parte dell'Antitrust di

¹⁸ Cintioli F., cit. Sulle ricadute processuali dell'articolo in commento si veda anche Politi R., Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità Antitrust tra il Minosse di Dante ed il giudice di De Andrè, cit. il quale rileva che «Da un lato, il solo controllo di legittimità – esclusa ogni esondazione nel merito, riservata ai soli provvedimenti sanzionatori – rischia di collocarsi al di sotto della soglia di incisività che la materia impone, segnatamente laddove la verificabilità di atti, nel quadro dell'esercizio dei poteri lato sensu "regolatori" attribuiti dall'art. 21-bis, inevitabilmente induce una penetrazione nel proprium delle regole competitive, il cui compiuto apprezzamento dinamico appare asfitticamente presidabile anche da un sindacato "intrinseco" e/o "forte". D'altro canto, lo sviluppo di una proprietà transitiva che, attraverso il controllo giudiziale stimolato dall'iniziativa dell'Autorità trasferisca sul giudice la verifica delle valutazioni da quest'ultima compiute su atti a carattere generale di regolazione della concorrenza e del mercato ben si presta ad inappropriate tracimazioni della funzione giurisdizionale, quantunque auspicabilmente non spinte fino agli eccessi di "onnipotenza" mirabilmente tratteggiati in un noto brano di De Andrè» (31-32).

¹⁹ Cassese S., L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti, Schema della relazione al convegno organizzato dalla Fondazione Einaudi su "L'antitrust italiano: vent'anni di esperienza", Roma, 26 novembre 2010, in www.irpa.eu, 2010, 4.

²⁰ Ivi.

²¹ Quinto P., L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo, cit.

strumenti di interazione con le altre Autorità quali, ad esempio, lo scambio di informazioni, la stipulazione di protocolli di intesa o la creazione di comitati²².

La disposizione in commento pone anche degli interrogativi di carattere pratico in merito sia al limitato organico dell'Autorità, sia alla possibilità per la medesima di "monitorare" tutti i provvedimenti amministrativi suscettibili di contravvenire alle norme sulla concorrenza²³. A tal riguardo, deve innanzitutto osservarsi che la norma in esame fa gravare sull'Agcm un obbligo di attivarsi (su istanza di parte o d'ufficio). Sicché quando ritenga sussistente la violazione, l'Antitrust emetterà un parere motivato, mentre negli altri casi non potrà che procedere all'archiviazione²⁴. In secondo luogo, non è mancato chi abbia auspicato l'individuazione da parte dell'Agcm di specifici criteri di selezione in merito alle segnalazioni, onde evitare la paralisi dell'attività dell'Autorità stessa²⁵. Tuttavia, l'individuazione di tali criteri non appare semplice, atteso che il vizio-motivo, consistente nella violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, parrebbe non ricomprendere soltanto la violazione di legge, ma anche l'eccesso di potere, poiché nell'ambito del concetto di legge sono compresi anche i principi generali, parte integrante del diritto positivo²⁶.

In proposito, è stato giustamente rilevato che nel concetto di tutela della concorrenza debbono farsi rientrare non solo la disciplina antitrust in senso stretto, ma anche e pure gli interventi di promozione della concorrenza. La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha interpretato la materia "tutela della concorrenza" in modo abbastanza esteso, riconducendovi oltre alla disciplina antitrust vera e propria i) le normative di liberalizzazione; ii) le normative sulle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici; iii) le normative che attengono in senso lato alla competitività e allo sviluppo del mercato e, finanche, alla semplificazione amministrativa. Posto che l'art. 21-bis menziona non soltanto le norme a tutela della concorrenza, ma anche quelle a tutela del mercato, l'impugnativa sarà dunque possibile in tutti i casi in cui un atto amministrativo contrasti con una normativa che, in via diretta o attraverso l'interpretazione giudiziale o perché di provenienza dall'ordinamento comunitario, sia riconducibile all'esigenza di tutelare o promuovere la concorrenza in uno specifico mercato. Potranno essere impugnati, a titolo meramente esemplificativo, i) le delibere degli enti locali in violazione della normativa in tema affidamento di servizi pubblici locali di cui all'art. 4 del d.l. 138/2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011) e successive modificazioni; ii) i bandi di gara nelle procedure ad evidenza pubblica, che risultino in violazione ad es. della normativa del codice dei contratti pubblici; iii) gli strumenti pianificatori, quali i piani urbanistici, con i quali, dopo la riforma del Titolo V, sono stati spesso recuperati i profili dirigitici della soppressa programmazione economica nel settore della distribuzione commerciale; iv) l'attribuzione senza gara di concessioni e altri titoli di accesso limitato al mercato; v) i regimi amministrativi di accesso e di esercizio delle attività economiche

²² È notizia di questi giorni che l'Antitrust e l'Autorità dei contratti pubblici stiano predisponendo - come si auspicava - un protocollo d'intesa per le interconnessioni di competenze, funzioni e procedure per il rispetto delle regole della concorrenza e del diritto comunitario. Non bisogna peraltro dimenticare che in sede di redazione del Codice, la Commissione Affari costituzionali del Senato, in una osservazione non recepita, aveva proposto l'attribuzione della legittimazione processuale all'Autorità dei contratti pubblici. Così Quinto P., A.P. n. 4/2011, Sentenza TAR Lazio n. 197/2012, art. 35 Decreto Monti: Quali prospettive?, in www.federalismi.it, 2012, 5.

²³ Sandulli M.A., Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011, cit., 4.

²⁴ Cintioli F., cit.

²⁵ Quinto P., L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo, cit.

²⁶ Cintioli F., Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990), cit.

ingiustificatamente restrittivi, laddove contrastanti, ad es., con le previsioni della direttiva Servizi²⁷.

5. Riflessioni conclusive

La considerazione dei diversi profili sopra ricordati sembra fornire alcune indicazioni di fondo. In primo luogo, alle Autorità indipendenti viene affidato il compito di garantire l'osservanza delle leggi ed impedirne la violazione: da parte dei cittadini, ma anche da parte degli altri pubblici poteri²⁸. La disposizione in commento è proprio tesa a rafforzare i poteri dell'Antitrust, anche sul piano processuale, al fine di garantire l'osservanza delle norme poste a tutela del mercato e della concorrenza da parte non solo dei privati, ma anche della pubblica amministrazione. In secondo luogo, dinanzi alla crisi economica, che richiede anche l'opera di organismi "pro-active", più che "re-active" (come sono in larga misura le Autorità, anche per il loro modo di procedere procedimentalizzato e partecipato)²⁹, il legislatore ha scelto di potenziare il ruolo dell'Antitrust, valorizzando alcuni strumenti (pareri, segnalazioni, legge annuale per il mercato e la concorrenza³⁰, legittimazione ad impugnare atti amministrativi lesivi del mercato e della concorrenza), "volti a rilanciare il contributo della tecnica alla politica, al fine di realizzare un percorso circolare in cui gli interessi tornino alla politica attraversando il filtro della tecnica"³¹. In terzo luogo, la legittimazione processuale riconosciuta all'Agcm impone agli interpreti di agganciare gli interessi generali tutelati dalle Autorità indipendenti a dati giuridico-formali, al fine di evitare che l'imprevedibilità e l'imprecisione del concetto di interesse generale "finisca per rendere imprevedibile anche l'illegittimità amministrativa, creando per l'amministrazione e per i cittadini nei loro reciproci rapporti un velo di incertezza difficilmente sopportabile. Il bene della certezza nella relazioni giuridiche è anch'esso parimenti (e quanto mai) prezioso. Ancor più lo è quando è in gioco l'azione amministrativa. Proprio la concorrenza e il mercato principalmente se ne nutrono, sicché è necessario che se ne tenga adeguatamente conto"³². In quarto luogo, l'erompere e il moltiplicarsi delle Autorità indipendenti pongono con sempre maggior forza il problema dei conflitti di competenza tra Autorità che, come nel caso della disposizione in commento, il legislatore stenta a risolvere. Infine, il potenziamento del ruolo delle Autorità indipendenti non può più essere visto come una eccezione rispetto alla "regola intangibile" rappresentata dalla tripartizione dei poteri, ma

²⁷ Così Argentati A., Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., 35 ss.

²⁸ Torchia L., La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei, cit., 5.

²⁹ Cassese. S., L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti, cit., 7.

³⁰ Sull'introduzione nel nostro ordinamento della Legge annuale per il mercato e la concorrenza si rinvia a Lupo N., La tutela del mercato, della concorrenza e dei consumatori nei processi legislativi. Alcune prime considerazioni, in Rivosecchi G. – Zupetta M. (a cura di), Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea, Bari, 2010, pagg. 41 ss.; Florà F., La nascita della legge annuale per il mercato e la concorrenza, in Mercato Concorrenza Regole, n. 3/2009, 614 ss.; Cifarelli R., La Legge annuale per il mercato e la concorrenza, il protagonismo degli organi di indirizzo politico e la crisi economica, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 169/2010, 23 ss..

³¹ Valastro A., Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore, Napoli, 2008, 56.

³² Cintioli F., cit.

come uno strumento volto ad assicurare alcune essenziali condizioni di funzionamento della democrazia nell'esperienza contemporanea³³.

³³ Torchia L., cit., 8-9.